

OZANAM CORRÊA DE ALMEIDA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE À
LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC - MG

2013

OZANAM CORRÊA DE ALMEIDA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE À
LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito, das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito.

FIC - MG

2013

Dedico esse trabalho a todos aqueles que acreditam e veem no conhecimento uma fonte de prosperidade e capaz de erguer os rumos de uma nação.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado força para suportar e vencer as dificuldades que surgiram ao longo desse percurso.

Agradeço a toda minha família pelo apoio incondicional.

Agradeço a todos os meus professores, que transmitiram os conhecimentos necessários a minha formação. De modo Especial, agradeço meu orientador, pela dedicação com que acompanhou o desenvolvimento desse trabalho.

Há, sim, um direito do mais sábio, mas não um direito do mais forte.

Joseph Joubert

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por objetivo abordar a inconstitucionalidade da Lei do Abate frente aos direitos e garantias fundamentais: a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, ampla defesa, inseridos em nossa Lei Maior. O constituinte brasileiro, coerentemente, proclamou o direito à vida, citando-o como o primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais. A Lei do Abate, paradoxalmente, traz em seu texto, a legitimação da positivação da pena capital no ordenamento jurídico brasileiro em tempos de paz, com o intuito de defender o espaço aéreo brasileiro, e do combate ao narcotráfico e condutas semelhantes consideradas hostis. O artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Carta da República, dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de Emenda Constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Assim, fica evidente que perante a lei do abate, o objeto de maior valor e que se encontra sobre ameaça, é a vida de tripulantes e passageiros ocupantes de aeronaves. Ao entrar em cena a Lei do Abate, outros princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, como o devido processo legal, este, ao depender de tal lei, não haverá tramitação processual, nem tão pouco estará sobre o amparo da legalidade sobre a ótica da Constituição Federal. A ampla defesa e contraditório, garantias constitucionais de todo cidadão, na “praticidade” da referida lei, indivíduos ocupantes de aeronaves, diga-se, suspeitas, poderão sofrer a pena capital. Nesta situação, não existe a premissa de que todos são inocentes até que se prove o contrário. Sendo assim, é objeto da presente pesquisa, a reafirmação dos pressupostos Constitucionais, vedado quaisquer forma atentatória, principalmente o direito à vida.

Palavras-chave: Lei do Abate; garantia constitucional; direito à vida; pena de morte, ampla defesa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO I – ASPECTOS MOTIVACIONAIS	13
1.1 Surgimento da Lei	13
1.2 Preservação da vida	15
CAPÍTULO II – A LEI DO ABATE E A SEGURANÇA NACIONAL	17
2.1 Estrito cumprimento de um dever legal	17
2.2 Garantias Constitucionais Materiais	23
2.3 Garantias Constitucionais Processuais	24
2.3.1 Ampla Defesa	25
2.3.2 Contraditório	27
2.3.3 O Devido Processo Legal	29
CAPÍTULO III – REFLEXÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE	34
3.1 O Direito de punir	34
3.2 Aspectos Favoráveis	35
3.3 A Lei do Abate e a lesão à garantia da inviolabilidade do direito à vida	37
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

O presente estudo, sob o tema “A inconstitucionalidade da lei do abate à luz do direito fundamental à vida”, tem por objetivo abordar a inconstitucionalidade da Lei do Abate frente aos direitos e garantias fundamentais: a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade e a ampla defesa, inseridos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A pesquisa em epígrafe revela ganhos em três searas distintas, a saber: no âmbito jurídico, social e acadêmico.

Como ganho jurídico, a pesquisa justifica-se pelo aspecto de se definir os elementos basilares que fazem parte da lei maior do ordenamento brasileiro, considerando-se a premissa de que todos os demais ramos do direito deverão ser norteados pelos preceitos Constitucionais. Deste modo, o instituto da “Lei do Abate”, traz em seu bojo, uma legislação que servirá para confrontar interesses difusos e, por conseguinte, a eficácia de sua aplicabilidade.

O presente estudo também apresenta ganhos no âmbito social, ao demonstrar que sempre deve prevalecer, acima da criação de dispositivos legais, a dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que se pratica a busca incessante à proteção da soberania nacional.

Por derradeiro, o ganho acadêmico do presente estudo, encontra-se na necessidade de aprimoramento do conhecimento científico do pesquisador, o que será essencial para futuros préstimos profissionais.

Assim sendo, tendo em vista o que dispõe o artigo 4º do Decreto 5144/04 que regulamenta a Lei 9614/98, o qual assevera que a aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, classificada como hostis, ficará sujeita a medida de destruição, tal dispositivo afronta a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida, ao admitir a hipótese de pena de morte estranha à exceção do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição de 1988?

Diante de tal interrogativa, a presente pesquisa, busca investigar os aspectos jurídicos probatórios da possível inconstitucionalidade da Lei nº 9614/98, regulamentada pelo Decreto nº 5144/04 em seu artigo 4º, colacionando a jurisprudência pátria acerca da interpretação e a possível aplicabilidade da referida Lei, assim como as consequências jurídicas para aqueles que a executam e avaliar a real necessidade das medidas extremas inseridas no Instituto da “Lei do Abate”.

Levanta-se como hipótese que o direito à vida se apresenta como um dos direitos proclamados pelo constituinte originário, e ganha extrema relevância ao tornar uma via fundamental de poder usufruir dos demais direitos inerentes à dignidade humana.

Nesse sentido, deve-se reconhecer a inconstitucionalidade material do Decreto 5.144/04, em seu artigo 4º, que regulamenta a Lei 9614/98, determinando o abate de aeronaves suspeitas de tráfico de drogas e consideradas hostis dentro do espaço aéreo brasileiro.

Tais pressupostos encontram embasamento nas ideias defendidas por Luiz Flávio Gomes, que assim preleciona

É inconstitucional a Lei, já que a Constituição Federal veda a adoção de penas de mortes, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, a, da CF). Ademais, a execução seria sumária, sem qualquer direito à defesa, contraditório ou devido processo legal (art. 5º, XLVII, LV), com a presunção de culpa dos envolvidos (art. 5º, LVII, da CF)¹.

Assim, tem-se como objetivo abordar a inconstitucionalidade da Lei do Abate frente aos direitos e garantias fundamentais: a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade e a ampla defesa, inseridos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Utiliza-se como metodologia no presente trabalho, as jurisprudências dos Tribunais brasileiros, as bibliografias pertinentes e as legislações, abordando e desenvolvendo um melhor entendimento sobre a inconstitucionalidade da Lei do Abate.

As jurisprudências colacionadas ao longo desse estudo monográfico demonstrarão o quanto se faz presente a análise e por consequente o reconhecimento da dimensão retratada pela Lei do Abate diante dos direitos fundamentais.

Sendo assim, o presente trabalho de pesquisa é teórico-dogmática, reforçada por explorar a análise de jurisprudências, a doutrina e toda a legislação que verse sobre o respectivo assunto.

Apresenta uma natureza transdisciplinar, reiterada pela investigação dos seguintes setores do conhecimento: Direito Constitucional, Direito Processual e Direito Processual Penal.

¹ GOMES, Luiz Flávio, **Direito Penal**: Introdução e princípios fundamentais. São Paulo: RT, 2007. p.304.

A monografia em tela será dividida em três capítulos. O primeiro capítulo, intitulado “Aspectos Motivacionais”, abordará o surgimento da denominada Lei do Abate, bem como a previsão constitucional da preservação da vida, direito supremo da Constituição Federal.

No segundo capítulo sob o título do “A lei do abate e a segurança nacional”, esboçará questões pertinentes ao Estricto cumprimento de um dever legal, além das Garantias Constitucionais Materiais e Processuais, ressaltando-se, ainda, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Por fim, o capítulo final, tendo como título “Reflexões sobre a inconstitucionalidade da ‘Lei do Abate’”, retratará a importância do Direito de Punir. Serão apresentados, ainda, os autores que defendem a constitucionalidade do referido dispositivo legal e, posteriormente, serão realizadas breves considerações sobre a Lei do Abate e a lesão à garantia da inviolabilidade do direito à vida, defendendo-se, portanto, o caráter inconstitucional da Lei do Abate.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Considerando-se a importância da temática acerca da inconstitucionalidade da Lei do Abate à luz do direito à vida, torna-se fundamental a análise de alguns conceitos centrais com o objetivo de melhor elucidar os aspectos jurídicos probatórios da possível inconstitucionalidade da Lei nº 9614/1998, regulamentada pelo Decreto nº 5144/2004 em seu artigo 4º, verificando-se, assim, a validade e legitimidade de tal instrumento.

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “Lei do Abate”; da “garantia constitucional”; do “direito à vida”; da “pena de morte” e do princípio da “ampla defesa”, os quais busca-se explicar a partir de então.

A denominada Lei do Abate compreende a Lei Nº 9.614, de 5 de março de 1998, que Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave:

Art. 1º O art. 303 da Lei nº 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 sujeito 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 emulatório².

Trata-se, desse modo, de um dispositivo legal que autoriza a derrubada de aviões que invadam o espaço aéreo brasileiro³.

Ademais, entende-se por garantias os princípios que limitam o exercício do poder estatal sem deixar margem ao exercício do arbítrio⁴. Trata-se, pois, dos instrumentos pelos

² BRASIL. **Lei Nº 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: 21/03/2013.

³ ARRUDA, João Rodrigues. **O uso político das Forças Armadas e outras questões militares**. Rio de Janeiro: Mauad, 2007. p. 111.

⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011. p. 32.

quais se asseguram o exercício e gozo dos direitos, compreendidos como bens e vantagens conferidos pela norma ⁵.

Conforme os ensinamentos de Pedro Lenza, as garantias são os instrumentos por meio dos quais se assegura o exercício dos direitos ou prontamente os repara, caso ocorra sua violação ⁶. Deste modo, as garantias constitucionais se caracterizam como imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito violado ⁷.

Por sua vez, o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna ⁸. Assim, o direito à vida consiste em um direito constitucionalmente previsto, possuindo por tanto *status* de supremacia, inviolabilidade e irrevogabilidade.

Alexandre de Moraes afirma que “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” ⁹. Em conformidade com Carvalho, que afirma: “Desde a concepção até a morte natural, o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral”¹⁰.

Por isso, Carlos Roberto Gonçalves ensina que “o direito à vida deve ser entendido como o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos” ¹¹

O direito à vida compreende um direito subjetivo de defesa, cuja determinabilidade jurídico-constitucional não oferece dúvidas, haja vista que reconhece-se, logo a nível normativo-constitucional, o direito de o indivíduo afirmar, sem mais, o direito de viver, com os correspondentes deveres jurídicos dos poderes públicos e dos outros indivíduos de não agredirem o bem da vida¹².

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 412.

⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 961.

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 413.

⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 970.

⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39.

¹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 638.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 526.

A proibição da pena de morte ocorre em decorrência do desdobramento do direito à vida¹³. Assim, observa-se a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, IV¹⁴.

Assim, quando a Constituição consagra, no artigo 5º, o direito à vida, poder-se-á dizer que:

(1) o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este (proibição da pena de morte legal); o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo; (2) o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos; estes devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém¹⁵.

Por isso, deve ser assegurado o princípio de ampla defesa ao acusado. Por ampla defesa entende-se, de acordo com os ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, como “o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua auto-incriminação”¹⁶, e assim, ter a oportunidade de se defender¹⁷. A defesa pode ser subdividida em defesa técnica, efetuada por profissional habilitado; e autodefesa, que é realizada pelo próprio imputado¹⁸.

¹³ REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76.

¹⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 970.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 533.

¹⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 165.

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. p. 58.

CAPÍTULO I – ASPECTOS MOTIVACIONAIS

1.1 SURGIMENTO DA LEI

A questão do abate de aeronaves é um assunto que adquiriu maior importância no cenário brasileiro a partir de 1988, quando se modificou o Código Aeronáutico do Brasil, autorizando, então, o uso do tiro de destruição contra aeronaves civis em voo suspeitas de envolvimento no tráfico ilícito de entorpecentes.

O Código Brasileiro de Aeronáutica, instituído pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e modificado pela Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998, prevê, em seu artigo 303, casos em que uma aeronave pode ser submetida à detenção, à interdição e à apreensão por autoridades competentes. Neste artigo, foi inserido o parágrafo segundo, com a seguinte redação: “§ 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”.

A mudança ganhou o nome de Lei do Abate, incluindo, portanto, a hipótese de destruição de aeronave hostil que invada o espaço aéreo brasileiro. Tal dispositivo acabou regulamentada apenas em 2004, após um lento processo de discussão e negociação envolvendo militares, as autoridades civis brasileiras e o governo norte-americano. A lei colocou o Brasil junto do Peru e da Colômbia no grupo dos países com programas semelhantes¹⁹.

Realizando uma importante análise crítica do referido dispositivo legal, João Rodrigues Arruda²⁰ defende que, em determinadas circunstâncias, tal como ocorre na Lei do Abate, certamente o uso político das Forças Armadas não se restringe em mandar que os militares atuem para solucionar crises na segurança pública dos estados.

Assim, diante de qualquer agravamento nesse campo, as Forças Armadas são lembradas como “curinga” num jogo de cartas. No caso, o jogo político. Nesse sentido, manifesta-se o autor:

¹⁹ FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista brasileira de política internacional**. Brasília, v. 55, n. 1, p. 66-92. 2012.

²⁰ ARRUDA, João Rodrigues. **O uso político das Forças Armadas e outras questões militares**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 111.

Foi assim, por exemplo, com a regulação da chamada Lei do Abate (...). O curinga, nesse caso, foi a Força Aérea Brasileira, utilizada para combater o narcotráfico. Durante anos o assunto foi discutido, à exaustão, sem falar as costumeiras pressões dos norte-americanos, com ameaça de cortes no programa de ajuda financeira para determinados projetos²¹.

Ainda segundo o autor, o texto aprovado não deixa qualquer dúvida de que os alvos são somente as aeronaves que venham de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas. Observa-se, portanto, que não se trata de armas e outras mercadorias.

Assim, a discussão sobre a importância da Lei do Abate liga-se umbilicalmente às políticas norte-americanas de combate às drogas. Desde a década de 1970, a repressão à produção e distribuição de entorpecentes pelos EUA orienta-se segundo as premissas da chamada guerra às drogas, cuja forma repousa sobre os mesmos postulados: controle da entrada das drogas nos EUA e a criação de mecanismos para desestimular o uso de entorpecente²².

Segundo informações da Força Aérea Brasileira²³, com a modernização do sistema de defesa aérea e controle do tráfego aéreo brasileiro, observou-se que as principais rotas de entrada de drogas ilícitas no Brasil ocorrem por meio de pequenas aeronaves, oriundas das regiões reconhecidamente produtoras dessas substâncias. Essas abastecem o consumo interno ou vão para países vizinhos, a caminho da Europa e Estados Unidos. Entretanto, devido à falta da regulamentação, as aeronaves de interceptação da Força Aérea Brasileira eram ignoradas por pilotos em vôo clandestinos, que acreditavam na impunidade de seus atos. Todo esse cenário serviu, portanto, como motivação para a promulgação da Lei do Abate.

Agravando ainda mais esta complexa situação, o ministro da Defesa brasileira comparou a autorização para a derrubada de aeronaves à ação policial nos casos de resistência à prisão, o que, certamente, pode estimular um raciocínio perigoso: “Se a Força Aérea Brasileira pode destruir o veículo utilizado como meio de fuga pelo traficante, a polícia vai querer fazer o mesmo com o cidadão que, desavisadamente, não pare o carro durante uma *blitz* policial”²⁴.

²¹ ARRUDA, João Rodrigues. **O uso político das Forças Armadas e outras questões militares**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 111.

²² FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista brasileira de política internacional**. Brasília, v. 55, n. 1, p. 66-92. 2012.

²³ BRASIL. Força Aérea Brasileira. **Informações sobre a Lei do Abate**. Disponível em: <<http://www.fab.mil.br>>. Acesso: 23/04/2013.

²⁴ ARRUDA, João Rodrigues. **O uso político das Forças Armadas e outras questões militares**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 111.

1.2 Preservação da vida

O direito à vida consiste em um direito constitucionalmente previsto, possuindo por tanto *status* de supremacia, inviolabilidade e irrevogabilidade.

Derivada do latim *vita*, a palavra vida engloba um amplo conceito e admite diversas definições. Trata-se de um tema complexo, devido à multiplicidade de perspectivas e variáveis inerentes ao processo²⁵.

Certamente, o significado da vida envolve inúmeras percepções, tanto no âmbito da filosofia e da ciência, como para as pessoas em geral. Trata-se, pois, de uma abordagem recente no âmbito científico, comparado com sua antiguidade no pensamento religioso e filosófico.

Foi somente ao longo do último século que a origem da vida começou a ser abordada cientificamente, por meio de experiências laboratoriais e estudo de processos teóricos, tornando-se, assim, um tema eminentemente interdisciplinar.

Contudo, cabe ressaltar que algumas questões fundamentais continuam, entretanto, sem solução. Não há sequer um conceito universalmente aceito do que é vida e critérios padronizados para esse fim.

No âmbito do direito, há de se reconhecer que a vida assume um *status* de direito fundamental, elencada na Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, afirma Pedro Lenza²⁶ que o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5.º, *caput*, abrange “tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna”. Em decorrência disso, afirma o autor:

Em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não se ver privado da vida de modo artificial), encontramos a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Assim, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a cláusula pétrea do art. 60, § 4.º, IV, lembrando, ainda, a doutrina moderna que impede, ainda, a evolução reacionária ou o retrocesso social, e, nesse sentido, não admitiria a previsão da pena de morte, nem mesmo diante da manifestação do poder constituinte originário. O segundo desdobramento, ou seja, o direito a uma vida digna, garantindo -se as necessidades vitais básicas do ser humano e proibindo qualquer tratamento indigno, como a tortura, penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, cruéis etc²⁷.

²⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 639.

²⁶ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 970.

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 970.

Assim, o poder constituinte originário não poderia ampliar as hipóteses de pena de morte tendo em vista o princípio da continuidade e proibição ao retrocesso. Isso denota que os direitos fundamentais conquistados não podem retroceder.

Diante dessas considerações, percebe-se que nenhum indivíduo pode ser arbitrariamente privado de sua vida, sendo dever do Estado protegê-la integralmente. Por isso, considerando-se a possibilidade de que a Lei do Abate pode ceifar com a vida de indivíduos inocentes, defende-se aqui sua inconstitucionalidade, tendo em vista sua agressão a preceitos Constitucionais.

CAPÍTULO II A LEI DO ABATE E A SEGURANÇA NACIONAL

2.1 Estrito cumprimento de um dever legal

Prevê o direito causas que excluem a antijuridicidade do fato típico. Trata-se de normas permissivas, também denominadas de tipos permissivos, que excluem a antijuridicidade por permitirem a prática de um fato típico. Assim, estabelece a lei penal brasileira, em seu artigo 23, que "não há crime" quando o agente pratica o fato casos em que é caracterizado o estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito ²⁸.

Nessa perspectiva, é então vedada a decretação de prisão preventiva se o juiz verificar, pelas provas constantes dos autos, que o agente praticou o ato sob o manto de uma das excludentes de ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular de direito ou estrito cumprimento do dever legal) ²⁹. Tal regra encontra-se no art. 314 do Código de Processo Penal³⁰, que assim preconiza: “Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do *caput* do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).”.

Cabe salientar que, ao longo desse tópico, dar-se-á enfoque somente à condição da excludente de ilicitude do Estrito cumprimento de um dever legal, discutindo suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o entendimento jurisprudencial acerca do referido tema.

Contribuindo com um aprofundamento no aspecto conceitual do referido tema, cabe ressaltar que, conforme afirma Fernando Capez ³¹, o estrito cumprimento de um dever legal compreende “uma causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei”.

O art. 188, I, proclama que não constituem atos ilícitos “os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”. O próprio “cumprimento do dever

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Atlas: São Paulo. 2001. p. 180.

²⁹ REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 386.

³⁰ BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20/04/2013.

³¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315

legal”, embora não explicitamente, nele está contido, pois atua no exercício regular de um direito reconhecido aquele que pratica um ato “no estrito cumprimento do dever legal”³².

Contudo, deve-se observar que certas pessoas, por estarem encarregadas de funções que, normalmente, as colocam em perigo, não podem eximir-se da responsabilidade pela conduta típica que praticarem numa dessas situações. Prevê o § 1º do art. 24 do Código Penal que: "Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo".

Importantes considerações são levantadas por Julio Fabbrini Mirabete³³, ao afirmar que dever legal é aquele previsto em uma norma jurídica, como é o caso da lei, do decreto ou do regulamento. Assim sendo, pode derivar da própria lei penal ou extrapenal, como, por exemplo, nas disposições jurídicas administrativas, sendo que a obediência a uma ordem não manifestamente ilegal exclui apenas a culpabilidade³⁴. Contribuindo com esse entendimento, o autor Fernando Capez se manifesta do seguinte modo:

Dever legal: compreende toda e qualquer obrigação direta ou indiretamente derivada de lei. Pode, portanto, constar de decreto, regulamento ou qualquer ato administrativo infralegal, desde que originários de lei. O mesmo se diga em relação a decisões judiciais, que nada mais são do que determinações emanadas do Poder Judiciário em cumprimento da ordem legal. No caso, porém, de resolução administrativa de caráter específico dirigida ao agente sem o conteúdo genérico que caracteriza os atos normativos, como, por exemplo, na hipótese de ordens de serviço específicas endereçadas ao subordinado, não há que se falar em estrito cumprimento de dever legal, mas em obediência hierárquica³⁵.

O estrito dever legal é configurado, por exemplo, no caso do policial que cumpre um mandado de prisão e o fiscal sanitário que são obrigados à violação de domicílio, o soldado que executa por fuzilamento o condenado ou elimina o inimigo no campo de batalha. Agem, nesses casos, em estrito cumprimento do dever legal. Responderão eles pelo crime praticado para salvar direito próprio, embora presentes os requisitos do estado de necessidade já assinalados, caso estiverem enfrentando o perigo em decorrência de disposição legal³⁶. Ainda nessa direção, Mirabete afirma:

Não há crime quando o agente pratica o fato no "estrito cumprimento de dever legal" (art. 23, inc. III, primeira parte). Quem cumpre regularmente um dever não pode, ao

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 382.

³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Atlas: São Paulo. 2001. p. 180.

³⁴ As circunstâncias que excluem o crime são as chamadas excludentes de ilicitude ou antijuridicidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito). Já as que isentam o réu de pena são as excludentes de culpabilidade e as escusas absolutórias.

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 315.

³⁶ *Idem, Ibidem*.

mesmo tempo, praticar ilícito penal, uma vez que a lei não contém contradições. Falta no caso a antijuridicidade da conduta e, segundo os doutrinadores, o dispositivo seria até dispensável. A excludente, todavia, é prevista expressamente para que se evite qualquer dúvida quanto a sua aplicação, definindo-se na lei os termos exatos de sua caracterização. A excludente pressupõe no executor um funcionário ou agente público que age por ordem da lei, não se excluindo o particular que exerça função pública (jurado, perito, mesário da Justiça Eleitoral etc.)³⁷.

A jurisprudência tem se manifestado pelo reconhecimento da excludente de ilicitude do "estrito cumprimento do dever legal", como se busca ilustrar a seguir, por meio das decisões colacionadas.

É o que se observa, por exemplo, na ação indenização por danos morais ajuizada no Tribunal de Justiça de São Paulo. Tal recurso foi desprovido, pois segundo o entendimento dos ministros, agiram os guardas municipais cumprindo o estrito cumprimento do seu dever legal, sendo que não foi configurada a abusividade de suas ações. Apresenta-se a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL Responsabilidade civil Danos morais não reconhecido Guardas municipais agiram no estrito cumprimento do seu dever legal Abusividade não configurada Aplicação do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso desprovido³⁸.

Ressalta-se, ainda, a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins. Nesse recurso, os recorrentes alegam que o ato teria sido praticado sob o manto da excludente referente ao estrito cumprimento do dever legal e requerem, portanto, a absolvição. Assim, decidiram os magistrados em prover o recurso. Segue ementa:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROCESSUAL PENAL. IMPRONÚNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. MAIORIA. ABSOLVIÇÃO SUMARIA.
1 - Quem age no estrito cumprimento de dever legal, não comete crime, conforme artigo 23, III, do Código Penal.
2 - Há de ser reconhecida a excludente de criminalidade, devendo os recorrentes serem absolvidos sumariamente.
3 - Recurso provido³⁹.

Discute-se, ainda, a decisão Jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, impetrado por um guarda de presídio,

³⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Atlas: São Paulo. 2001. p. 180.

³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação: APL 2045680320088260000 SP 0204568-03.2008.8.26.0000. Relator: Eduardo Gouvêa. Julgado em: 27/02/2012. Publicado em: 01/03/2012. Acesso em: 20/04/2013.

³⁹ TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Recurso em Sentido Estrito : RSE 2178 TO**. Relator: Desembargador José Liberato Costa Póvoa. Acesso em: 21/04/2013.

inconformado com decisão primeiramente proferida pelo Meritíssimo Juiz de Direito do Tribunal do Júri da Comarca de Macapá, que o pronunciou como incurso nas penas do artigo 121, do Código Penal Brasileiro, sendo para tanto, acusado de ter produzido a morte da vítima, um detento que se encontrava em fuga, quando foi alvejado por um tiro, que lhe ceifou a vida.

Apresenta-se, a seguir, a ementa desse processo:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONUNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE. ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL. OCORRÊNCIA. INSTRUÇÃO CRIMINAL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA LIMITOU-SE A CONFIRMAR O DECLARADO NO INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1) Se o conjunto probatório não deixar dúvidas sobre a ocorrência de excludente de ilicitude, estrito cumprimento do dever legal, torna-se imperiosa a absolvição sumária do réu; 2) Limitando-se as testemunhas a ratificar as declarações prestadas no inquérito policial, sendo estas declarações favoráveis ao recorrente, e por consistirem nulidade relativa sem comprovação de prejuízos para as partes, não há que se pretender a anulação do processo, sob o argumento de ausência do contraditório. 3) Recurso Conhecido e provido⁴⁰.

O recorrente alegou, resumidamente, que não cometeu o crime, uma vez que agiu no estrito cumprimento do dever legal, o que exclui a antijuridicidade do fato delituoso que lhe é imputado, e, por conseguinte, tal fato o torna imperiosa a sua absolvição. Daí porque, sustentou que a decisão não está em conformidade com o conjunto probatório carreado aos autos.

Por sua vez, o Ministério Público alegou em suas contra-razões, que por se tratar de juízo de admissibilidade e não de condenação definitiva a decisão deveria ser mantida, haja vista a existência de autoria e materialidade. Até mesmo porque, há dúvida em relação à excludente de ilicitude de estrito cumprimento do dever legal, como foi asseverado pelo Juiz *a quo*.

A Procuradoria de Justiça opinou pela nulidade do presente feito até a audiência de instrução, tendo em vista que as testemunhas apenas confirmaram na instrução criminal, as declarações prestadas no inquérito policial, configurando-se, a seu ver, a ausência de contraditório e, conseqüentemente, a nulidade do processo. Isto porque, o inquérito é peça apenas informativa e de natureza inquisitiva.

⁴⁰ AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. **Recurso Em Sentido Estrito(Rse) : Recsenses 26002 AP**. Relator: Desembargador Luiz Carlos. Publicado em: 21/03/2003. Acesso em: 21/04/2013.

Vistos e relatados os presentes autos, a Câmara Única do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, decidiu por unanimidade, conhecer e prover o recurso, absolvendo, então, o apelante, nos termos do voto proferido pelo Relator, que assim se manifestou: “Daí porque entendendo, que agiu o policial-apelante em estrito cumprimento do dever legal, tendo em vista que o seu intento foi tão-somente, a captura do fugitivo, o que caracteriza, a meu juízo, o cumprimento do seu dever como policial responsável pela escolta do presidiário vitimado”⁴¹.

Observa-se, porquanto, que sempre que a conduta do réu estiver acobertada pela excludente de ilicitude inserta no artigo 23, inciso III, primeira figura, do Código Penal, agindo, assim, no estrito cumprimento do dever legal, será então excluída a antijuridicidade, por se tratar da prática de um fato típico.

Cabe ainda ressaltar que, tratando-se de dever legal, estão excluídas da proteção as obrigações meramente morais, sociais ou religiosas⁴². Nessa perspectiva, a título de ilustração, haverá violação de domicílio, se um sacerdote forçar a entrada em domicílio para ministrar a extrema-unção; e ocorrerá constrangimento ilegal caso o policial obrigue um passageiro de um coletivo a ceder seu lugar a uma pessoa idosa.

Além disso, cabe observar que é impreterível que o agente se contenha dentro dos rígidos limites de seu dever, fora dos quais desaparece a excludente. É o que se observa, por exemplo, na execução do condenado pelo carrasco, o qual deve abster-se de qualquer tipo de provocação de última hora ou também de atos de sadismo ou tortura; ou na prisão legal efetuada pelos agentes policiais, que deve ser efetuada sem caráter infamante, salvo quando inevitável⁴³.

Assim sendo, somente os atos rigorosamente necessários e que decorram de exigências legais amparam-se na causa de justificação em estudo. Porquanto, os excessos cometidos pelos agentes poderão constituir crime de abuso de autoridade ou delitos previstos no Código Penal.

Para Julio Fabbrini Mirabete⁴⁴, exige a lei que se obedeça rigorosamente às condições objetivas a que a ação estava subordinada. Compreende-se, pois, que todo dever é limitado ou regulado em sua execução, e fora dos limites traçados na lei o que se apresenta é o excesso de poder punível.

⁴¹ AMAPÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. **Recurso Em Sentido Estrito(Rse) : Recsenses 26002 AP**. Relator: Desembargador Luiz Carlos. Publicado em: 21/03/2003. Acesso em: 21/04/2013.

⁴² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Atlas: São Paulo. 2001. p. 180.

⁴³ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 316.

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Atlas: São Paulo. 2001. p. 180.

Tais ensinamentos contribuem com a fundamentação da decisão jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Trata-se de recurso em Sentido Estrito, em que os policiais militares pronunciados como incurso no art. 121, § 2º, I, III e IV, c.c. o art. 29 do Código Penal recorrem em sentido estrito, alegando total falta de pressupostos para sustentar a pronúncia. Pedem a impronúncia ou absolvição sumária ou, em se mantendo a pronúncia, o afastamento das qualificadoras. Segue ementa:

Recurso em sentido estrito - homicídio qualificado - réus policiais militares - pronúncia - falta de pressupostos legais - alegada falta de identificação de autoria - aplicação da teoria monista - alegação improcedente - excludentes de criminalidade - estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa - não caracterização - afastamento das qualificadoras - impossibilidade – Improvido⁴⁵.

Contam os autos que os apelantes, juntamente com outros policiais, utilizando-se de revólveres de calibre 38 e escopeta de calibre 12, dispararam contra a vítima Amarildo Victor Barbosa, provocando-lhe ferimentos que deram causa a sua morte. Narra, ainda, a exordial que minutos antes Amarildo, nas proximidades do local dos fatos, teria brigado com dois irmãos, resultando a morte de um e ferimento do outro, esse último, policial militar que estava à paisana, razão pela qual, quando acionada, a polícia compareceu ao local com várias viaturas, fazendo-se um cerco no depósito onde se refugiava a vítima. Notícia, também, a denúncia que, invadindo o estabelecimento comercial, a polícia encontrou Amarildo escondido dentro de um banheiro, onde, com fúria, sem qualquer tática policial e com requintes de crueldade, efetuaram vários disparos contra ele, que, sem oportunidade de defesa, foi barbaramente executado.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, manifesta-se pela manutenção da sentença de pronúncia. Porquanto, em juízo de retratação, o magistrado manteve a sentença atacada, determinando a remessa dos autos a este Tribunal.

Outro aspecto interessante reside no fato de que não há crime na injúria ou difamação proferida por testemunha em resposta a reperguntas, já que a lei a obriga a dizer a verdade, ou na hipótese específica de ofensa à honra no conceito desfavorável omitido por funcionário público em apreciação ou informação que preste no cumprimento do dever de ofício (art. 142, inc. III do Código Penal)⁴⁶.

⁴⁵ MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Recurso em Sentido Estrito : RSE 7837 MS 2001.007837-6**. Relator: Exmo. Sr. Des. Rui Garcia Dias. Julgado em: 23/10/2001. Acesso em: 21/04/2013.

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Atlas: São Paulo. 2001. p. 180.

Reconhecendo-se o estrito cumprimento de dever legal em relação a um autor, o co-autor ou partícipe do fato também não pode ser responsabilizado. Nessa perspectiva, ensina Fernando Capez que: “O fato não pode ser objetivamente lícito para uns e ilícito para outros. Ressalva-se, no entanto, o caso de co-autor ou partícipe que desconhece a situação justificadora, atuando com o propósito de produzir um dano”⁴⁷.

Por conseguinte, ante a falta de conhecimento da situação justificante, responderá isoladamente pelo crime.

Cabe ainda salientar que o reconhecimento de excludente da ilicitude nem sempre exime o acusado de arcar com a indenização⁴⁸, pois, ao contrário do que ocorre na esfera penal, o réu poderá, no âmbito civil, ser chamado a indenizar mesmo que acobertado por uma das justificantes.

2.2 Garantias Constitucionais Materiais

As garantias constitucionais materiais ou garantias constitucionais de direito material podem ser compreendidas como garantias fundamentais do indivíduo, constantes do Artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que tratam de questões de direito material, principalmente de direito penal. Referidas garantias representam importante conquista da sociedade no que diz respeito aos direitos individuais, uma vez que dizem respeito aos principais direitos do ser humano: o direito à vida e o direito à liberdade⁴⁹.

As garantias constitucionais materiais de direito penal, constam do artigo 5º da Constituição e são as seguintes: inciso XXXIX – Princípio da anterioridade e da reserva legal; inciso XL – Princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa; inciso XLV – Princípio da personalização da pena; inciso XLVI – princípio da individualização da pena; inciso XLVII – proibição de determinadas penas; incisos XLVII, XLIX e L – Princípios relativos à execução da pena privativa de liberdade; incisos LI e LII – Restrição à extradição de nacionais e estrangeiros; inciso LXVII – proibição de prisão civil por dívida, salvo nos casos de devedor de pensão alimentícia e de depositário infiel.

⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 316.

⁴⁸ REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 141.

⁴⁹ PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Direito Constitucional em Perguntas e Respostas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 195-196.

2.3 Garantias Constitucionais Processuais

Garantias constitucionais compreendem tutelas protetivas estabelecidas como direitos do cidadão, impondo limites à atuação do Estado. As garantias do Processo penal, especificamente, protegem o cidadão comum, uma vez que qualquer um pode vir a ser acusado de uma infração penal⁵⁰.

O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional. Aliás, o processo é uma das previsões constitucionais de garantia do atendimento ao texto da Constituição do Brasil⁵¹.

Uma parte consistente dos dispositivos que regulamentam o Processo Penal encontra-se na Constituição Federal, que contém diversos princípios que garantem o pleno direito de defesa do acusado, tais como o princípio do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e da vedação das provas ilícitas⁵².

Contudo, enquanto alguns dos princípios gerais do processo penal foram erigidos à condição de norma constitucional, outros continuam não escritos, mas unanimemente aceitos, como o princípio da verdade real.

Dessa forma, torna-se claro que nas hipóteses em que a legislação não resolve expressamente determinados temas, a solução pode então ser encontrada em um desses princípios.

Conforme preconiza o Artigo 5º, LV, da Constituição Federal: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”.

Observa-se, desse modo, que a Constituição Federal de 1988 previu o contraditório e a ampla defesa em um único dispositivo, aplicável expressamente aos litigantes, em qualquer processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral⁵³. Com base nesse entendimento, o texto constitucional autoriza a compreensão de que o contraditório e a ampla

⁵⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. p. 54.

⁵¹ *Idem, Ibidem*.

⁵² REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 31

⁵³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 61.

defesa são também garantidos no processo administrativo não punitivo, em que não há acusados, mas litigantes, ou seja, titulares de conflitos de interesses.

Reconhecendo a importância do referido tema, apresenta-se, a seguir, uma análise acerca da ampla defesa e do contraditório, abordando, ainda, a questão do devido processo legal, assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral.

2.3.1 Ampla defesa

Por ampla defesa entende-se, de acordo com os ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ⁵⁴, “o direito que é dado ao indivíduo de trazer ao processo, administrativo ou judicial, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo de omitir-se ou calar-se, se assim entender, para evitar sua auto-incriminação”, e assim, ter a oportunidade de se defender.

Observa-se, desse modo, que deve ser assegurada a ampla possibilidade de defesa, lançando-se mão dos meios e recursos disponíveis e a ela inerentes.

Assim como o princípio de reciprocidade, o princípio da ampla defesa está expressamente prescrito na Constituição da República Federativa do Brasil.

Imprescindível ressaltar que as garantias constitucionais da ampla defesa são indissociáveis, caminhando paralelamente no processo administrativo ou judicial.

A defesa pode ser subdividida em defesa técnica, efetuada por profissional habilitado; e autodefesa, que é realizada pelo próprio imputado. A primeira é sempre obrigatória. Já a segunda se encontra no âmbito de convivência do réu, que pode optar por permanecer inerte, inclusive utilizando-se do silêncio ⁵⁵. Ainda nessa perspectiva ressalta-se que:

No processo penal entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Mas enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio⁵⁶.

⁵⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 165.

⁵⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. p. 58.

⁵⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 62.

O princípio da ampla defesa obriga o juiz a observar o pleno direito de defesa aos acusados em ação penal. Em razão disso, ainda que o réu diga que não quer ser defendido, o juiz deverá nomear-lhe defensor. Por isso, mesmo que o réu não queira defender-se é preciso que o faça. Em caso de recusa, o juiz nomeará em seu favor um defensor dativo. E, caso tenha constituído advogado, se a defesa por ele apresentada não for suficiente, ou for a técnica, o juiz declarará indefeso e nomeará outro, em substituição⁵⁷.

Por conseguinte, caso a defesa do réu seja insuficiente, o juiz deverá declarar o réu indefeso e então, dar a ele prazo para constituir novo defensor, sob pena de nulidade do julgamento⁵⁸.

De acordo com a Súmula n. 523 do Supremo Tribunal Federal – STF “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Compreende-se, portanto, que a insuficiência de defesa equivale à falta desta e gera a nulidade. Por sua vez, a deficiência de defesa só gera a nulidade se comprovado o prejuízo.

Tais considerações podem ser ilustradas pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde os desembargadores, por maioria, não acolheram os embargos infringentes. A matéria trazida à apreciação diz respeito à divergência dos julgadores quanto à configuração de nulidade no PAD - Procedimento Administrativo Disciplinar instaurado contra o apenado, por desrespeito ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

O Desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira, Relator do acórdão embargado e prolator do voto vencido, acolheu a preliminar de nulidade, lançando mão dos seguintes fundamentos: “2.1. Preliminar de nulidade do PAD: Quanto à preliminar arguida pelo agravante, assiste-lhe razão, porquanto, efetivamente, o PAD é nulo, uma vez que o agravante não teve a assistência de defensor.”

Contudo, a decisão dos desembargadores, contrária à do desembargador, não acolheu os embargos infringentes. Segue ementa:

Embargos infringentes. pad. alegação de NULIDADE por ausência de defesa técnica. POSSIBILIDADE DE ASSISTÊNCIA REALIZADA POR DEFENSORA DESIGNADA.

O apenado foi ouvido perante o Conselho Disciplinar, assistido por Defensora designada, que é bacharel em Direito. Assim, não há falar em nulidade do

⁵⁷ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

⁵⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. p. 58.

procedimento administrativo e, ainda que assim o fosse, tanto não estaria a atingir a decisão ora atacada, pois ausente qualquer prejuízo à defesa. Precedentes. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS POR MAIORIA ⁵⁹.

Tal contexto também é observado na Jurisprudência do STF, onde os ministros, por unanimidade, indeferiram o pedido de *Habeas corpus*, sob a alegação de que a deficiência da defesa só anula o processo penal quando demonstrado o efetivo prejuízo do réu. A decisão dos magistrados considerou a Súmula 523 ⁶⁰.

Cabe ressaltar que, mesmo que o réu confesse integralmente o crime, as testemunhas terão ainda de ser ouvidas, para que o juiz verifique se a confissão é mesmo verdadeira. Ademais, tem-se como regra de a defesa apresentar seus argumentos por último, ou seja, após a acusação, quer nos debates em audiência, quer no Plenário do Júri ⁶¹.

A Constituição prevê, ainda, que é dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

É evidente que o princípio da ampla defesa encontra restrições, no próprio corpo da Constituição, quando veda as provas ilícitas ainda que em prol do réu (art. 5º, LVI), e na legislação comum, quando decreta a preclusão de atos processuais em razão do não exercício do direito dentro do prazo. Tem-se como exemplo a não apresentação do recurso dentro do prazo previsto em lei; não arrolar testemunhas no prazo da resposta escrita; não juntar os documentos e objetos que pretende apresentar no julgamento em Plenário com até 3 dias úteis de antecedência, entre outros.

Diante dessas considerações, observa-se que a Lei do Abate apresenta um grave teor inconstitucional, haja vista que os indivíduos abordados não terão oportunidade de se defender, por meio do mecanismo de ampla defesa.

2.3.2 Contraditório

O princípio do contraditório ou bilateralidade da audiência, traduzido no binômio ciência e participação, e de respaldo constitucional (Artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal), impõe que às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do

⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **NOP Nº 70040658296 2010/Crime**. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Julgado em: 25/03/2011. Publicado em: 08/06/2011. Acesso em: 21/03/2013.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS: HC 68814 SP**. Relator: Celio Borja. Julgado em: 21/10/1991. Julgado em: DJ 06-12-1991. Acesso: 21/03/2013.

⁶¹ REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78.

magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual.

Por conseguinte, compreende-se que, numa visão macroscópica, o contraditório vai abranger a garantia de influir em processo com repercussão na esfera jurídica do agente, independente do pólo da relação processual que se encontre ⁶².

Trata-se, portanto, de uma modalidade indicadora que preconiza que ninguém pode ser condenado criminalmente sem que, anteriormente, lhe seja assegurado o exercício do direito de defesa.

Ainda nesse aspecto, Ovídio Baptista da Silva ⁶³ ensina que “o princípio da audiência bilateral, também conhecido como princípio do contraditório, é certamente o princípio cardeal para a determinação do próprio conceito de função jurisdicional”. Com isso, nenhuma dúvida pode restar quanto à necessidade de obediência ao contraditório, tanto no processo civil quanto no administrativo.

Com efeito, a própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um interessado e um contra-interessado, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis, e, sobre o outro, efeitos prejudiciais.

Assim, em decorrência do princípio do contraditório, as partes devem ser ouvidas e ter oportunidades de manifestação em igualdade de condições, tendo ciência bilateral dos atos realizados e dos que irão se realizar, bem como oportunidade para produzir prova em sentido contrário àquelas juntadas aos autos ⁶⁴.

De acordo com os ensinamentos de Marcus Vinícius Rios Gonçalves, “é preciso dar ciência ao réu da existência do processo, e às partes, dos atos que nele são praticados, permitindo-lhes reagir àqueles que lhe sejam desfavoráveis. As partes têm o direito de ser ouvidas e de expor ao julgador os argumentos que pretendem ver acolhidos” ⁶⁵.

Dessa maneira, o agente, autor ou réu, será admitido a influenciar o conteúdo da decisão judicial, o que abrange, por exemplo, o direito de produzir prova, o direito de alegar, de se manifestar, de ser cientificado, dentre outros ⁶⁶.

⁶² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. p. 58.

⁶³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 70.

⁶⁴ REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78.

⁶⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26.

⁶⁶ *Idem, ibidem*.

No Código de Processo Penal brasileiro, encontram-se diversos dispositivos que refletem a aplicação do princípio do contraditório, como se busca apresentar na citação a seguir:

- a) O art. 155, caput, que diz que “o juiz formará sua livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação...”(...)
- b) O art. 479, que prevê que durante o julgamento no Plenário do Júri a parte não poderá ler documento ou exhibir objeto que não tenha sido juntado aos autos com antecedência mínima de 3 dias úteis, para que, previamente, se possa dar ciência à outra parte (...)
- c) O art. 282, § 3º, que dispõe que o juiz, ao receber pedido de aplicação de medida cautelar pessoal, deve determinar a intimação da outra parte, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, para que possa apresentar seus fundamentos em sentido contrário. Esta oitiva prévia, entretanto, será incabível, conforme ressalva o próprio texto legal, se houver urgência ou perigo de ineficácia como consequência da oitiva prévia⁶⁷.

Ademais, ressalta-se, como decorrência do princípio do contraditório, a possibilidade de reperguntas às testemunhas da parte contrária ou ao réu em seu interrogatório (art. 212 do CPP), a possibilidade de requerimento de novas diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução (art. 402 do CPP), a necessidade de apresentação de resposta escrita logo após o recebimento da denúncia (art. 396 do CPP) etc.

2.3.3 O devido processo legal

A categoria de acusado em processo criminal confere ao indivíduo um feixe de direitos e deveres relacionados à sua condição. Esses direitos e garantias atribuídos ao acusado, como forma de protegê-lo contra o arbítrio estatal, compõem o que se convencionou denominar cláusula do devido processo legal (*due process of law*)⁶⁸.

Trata-se, de uma das mais relevantes garantias constitucionais do processo, garantia essa que deve ser combinada com o princípio da inafastabilidade de jurisdição e com a plenitude do contraditório e da ampla defesa. Esses três postulados, conjuntamente, afirmam as garantias processuais do indivíduo no Estado Democrático de Direito⁶⁹.

⁶⁷ BRASIL. Decreto - Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 19/03/2013 *apud* REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 78..

⁶⁸ REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 337.

⁶⁹ *Idem, ibidem*.

Ainda que exista certa divergência a respeito da sua origem, costuma-se creditá-la à previsão contida na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215. Ao longo do tempo, ele foi ganhando maior amplitude e generalizando-se⁷⁰.

Hoje em dia, não se limita à tutela processual, tendo adquirido também um sentido substancial, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, à tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo⁷¹.

Atualmente, o devido processo legal encontra previsão constitucional no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Artigo 5º, LIV, da Carta Magna que assim preconiza: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

É pacífico o entendimento de que o devido processo legal funciona como um supraprincípio, norteador de todos os demais que devem ser observados no processo. Esse princípio atua como o alicerce sobre o qual se elevam os demais princípios que regem a atividade processual e dele decorrem todas as garantias que asseguram às partes o acesso a uma decisão justa⁷².

Em sentido processual, o princípio obriga a que se respeite nas garantias processuais e as exigências necessárias para a obtenção de uma sentença justa. Exige ainda que o trâmite dos processos seja célere e de duração razoável.

A jurisprudência do STF tem acolhido o princípio do devido processo legal, como pode ser observado por meio do recente Recurso extraordinário com agravo: ARE 731833 RS.

O litígio em causa envolve discussão em torno da possibilidade constitucional de o Poder Público impor restrições, ainda que fundadas em lei, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, por inviabilizar o exercício, pela empresa devedora, de atividade econômica lícita:

Sanções políticas no direito tributário -inadmissibilidade da utilização, pelo poder público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (súmulas 70, 323 e 547 do STF)- restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de

⁷⁰ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

⁷¹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33.

⁷² REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 337.

atividade econômica ou profissional lícita -limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao "*substantive due process of law*" -impossibilidade constitucional de o estado legislar de modo abusivo ou imoderado (RTJ 160/140-141 -RTJ 173/807-808 -RTJ 178/22-24) -(...) - doutrina -precedentes -recurso extraordinário a que se nega seguimento⁷³.

Assim, a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados. Demonstra-se, pois, a proteção do cidadão mediante os arbítrios impostos pelo poder Estatal⁷⁴.

Desse modo, pode-ser observar que além do aspecto processual, também se aplica atualmente o devido processo legal como fator limitador do poder de legislar da Administração pública, bem como para garantir o respeito aos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas⁷⁵.

Um aspecto essencial é levantado pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que o postulado do *due process of law*, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade, no sentido de que o Estado, no desempenho de sua atividade de desapropriação ou expropriação da propriedade particular, não pode agir arbitrariamente, desrespeitando, dessa maneira, os princípios constitucionalmente assegurados⁷⁶.

Compreende-se, diante do que foi anteriormente exposto, que o Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

Tais considerações apresentam conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário: RE-AgR 200844 PR, de onde pode se extrair o seguinte entendimento: “O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo: ARE 731833 RS**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 07/02/2013. Publicado em: 21/02/2013. Acesso em: 23/03/2013.

⁷⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Método. 2011. p. 62.

⁷⁵ *Idem, ibidem*.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: MS 22164 SP**. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 29/10/1995. Publicado em: 17-11-1995. Acesso em: 22/03/2013.

emanadas do Poder Público - tratando-se, ou não, de matéria tributária - devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do ‘*substantive due process of law*’.

Nessa perspectiva, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais⁷⁷.

Constituem expressões do devido processo legal as seguintes prerrogativas outorgadas ao sujeito passivo da ação penal:

a) direito ao processo (...); b) direito ao conhecimento do teor da acusação (direito de informação) (...); c) direito à presunção de inocência(art. 5º, LVII, da CF); d) direito ao julgamento em prazo razoável(art. 5º, LXXVIII, da CF); e) direito ao contraditório e à ampla defesa(art. 5º, LV, da CF) — engloba o direito de intervenção (produção de provas e exercício de atividade argumentativa), o direito à bilateralidade dos atos, o direito à paridade de armas, o direito de presença, o direito à autodefesa e o direito à defesa técnica; f) direito de não ser processado com base em prova ilícita(art. 5º, LVI, da CF); g) direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF); h) direito ao silêncio(art. 5º, LXIII, da CF); i) direito de não ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente(art. 5º, LXI, da CF); j) direito de recorrer, na forma da lei⁷⁸.

O direito do réu à observância, pelo Estado, da garantia pertinente ao *due process of law*, além de traduzir expressão concreta do direito de defesa, também encontra suporte legitimador em convenções internacionais que proclamam a essencialidade dessa franquia processual, que compõe o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, enquanto complexo de princípios e de normas que amparam qualquer acusado em sede de persecução criminal, mesmo que se trate de réu estrangeiro, sem domicílio em território brasileiro, aqui processado por suposta prática de delitos a ele atribuídos⁷⁹.

A chamada lei do abate viola flagrantemente o princípio citado. Porquanto, tendo em vista que o princípio da inviolabilidade do direito à vida, a proibição da pena de morte em tempo de paz, bem como o devido processo legal, são garantias que consistem cláusula pétrea, há de se considerar que todo dispositivo que agrida tais institutos deve ser considerado inconstitucional, como é o caso da Lei do Abate, e conseqüentemente, defende sua exclusão do ordenamento jurídico brasileiro.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE-AgR 200844 PR**. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 24/06/2002. Publicado em: 16-08-2002. Acesso: 21/03/2013.

⁷⁸ REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 337.

⁷⁹ *Idem, ibidem*.

Compreende-se, pois, que embora a Lei do Abate, defina normas para repressão ao tráfico de drogas ilícitas, visando promover a defesa social, há de se considerar que o legislador infraconstitucional deu solução incompatível com a Lei Maior.

CAPÍTULO III – REFLEXÕES SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE

Ao longo desse capítulo, discute-se a questão central do presente estudo, abordando, portanto, a inconstitucionalidade da Lei do Abate, tendo em vista a lesão à garantia da inviolabilidade do Direito à vida.

Primeiramente, será discutido o Direito de Punir. Em segundo momento, serão apresentados os aspectos favoráveis da Lei do abate. E, finalmente, discutir-se-á a inconstitucionalidade da Lei do abate, considerando-se que esse dispositivo fere importantes princípios constitucionais, sobretudo, a inviolabilidade do direito vida.

3.1 O direito de Punir

O Estado, como ente soberano que é, tem o poder de ditar as regras de convivência e, para tanto, pode utilizar-se de normas que tenham por finalidade manter a paz e garantir a proteção aos bens jurídicos considerados relevantes: tais como a vida, incolumidade física, honra, saúde pública, patrimônio, fé pública, patrimônio público, meio ambiente, direitos do consumidor etc.⁸⁰

Essas normas, de caráter penal, estabelecem previamente punições para os infratores. Assim, no exato instante em que ela é desrespeitada pela prática concreta do delito, surge para o Estado o direito de punir (*jus puniendi*).

Julio Fabbrini Mirabete⁸¹ ensina que “somente o Estado, em sua função de promover o bem comum e combater a criminalidade, tem o direito de estabelecer e aplicar essas sanções. É, pois, o único e exclusivo titular do ‘direito de punir’ (*jus puniendi*)”.

Ainda conforme o autor, é preciso considerar que o direito de punir, entretanto, não é arbitrário, mas limitado pelo próprio Estado ao elaborar estas normas que constituem o Direito subjetivo de liberdade que é o de não ser punido senão de acordo com a lei ditada pelo Estado. Somente a lei pode estabelecer o que é proibido penalmente e quais são as sanções aplicáveis aos autores dos fatos definidos na legislação como infrações penais.

⁸⁰ REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296.

⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 17. ed. Atlas: São Paulo. 2001. p. 6.

Assim, somente depois da elaboração da norma que define as infrações penais, vigente a lei penal, é que surge o *jus puniendi*, de acordo com a legislação e não como resultado de dominação do Estado.

Compreende-se, desse modo, que o direito de punir não pode impor imediata e arbitrariamente uma pena, sem conferir ao acusado as devidas oportunidades de defesa. Ao contrário, é imprescindível que os órgãos estatais incumbidos da persecução penal, de maneira lícita, obtenham provas da prática do crime e de sua autoria e que as demonstrem perante o Poder Judiciário, que, só ao final, após análise cautelosa poderá declarar o réu culpado e condená-lo a determinada espécie de pena⁸².

Após essas breves considerações, nota-se que, praticada uma infração penal, surge para o Estado o direito de punir. Entretanto, esse direito não pode ser exercido arbitrariamente: é imprescindível que as garantias fundamentais pertencentes a todos os cidadãos sejam respeitadas, sobretudo no que se refere ao Direito à vida, como se observa na Lei do Abate.

3.2 Aspectos favoráveis

Defende-se, ao longo desse estudo monográfico, que a Lei do Abate é dotada de teor inconstitucional. Contudo, há de se ressaltar que essa conjuntura, ainda nos dias atuais, reveste-se de grande complexidade.

Reprovada por muitos, que consideram tais medidas inconstitucionais, a Lei do Abate também é defendida por determinados autores, como se observa na citação a seguir: “A Lei do Abate de Aeronaves hostis não se enquadra de forma alguma na aplicação de uma espécie de pena de morte. Trata-se, no caso, de uma situação de defesa da Pátria, só que em tempo de paz”⁸³.

Ademais, vale salientar que a Lei impõe uma série de procedimentos que deverão ser realizados anteriormente à autorização do tiro de abate, que representa a medida extrema.

Vários são os passos adotados pelo piloto brasileiro até abater uma aeronave clandestina ou irregular. O primeiro nível das medidas busca o reconhecimento à distância. Caso o piloto da aeronave suspeita não responda e não atenda a nenhuma das medidas, os

⁸² REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**: esquematizado. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 296.

⁸³ RAMOS; Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da. **Direito Militar**: Doutrina e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 352.

pilotos de interceptação pedem por meio de todas as frequências de rádio disponíveis, que a rota do avião suspeito seja alterada. Se o piloto da aeronave clandestina não atender a nenhuma das medidas acima, os aviões de interceptação do Brasil poderão disparar tiros de advertência, com munição traçante, lateralmente à aeronave suspeita, de forma visível e sem atingi-la. Após os procedimentos de defesa aérea adotados pelos pilotos brasileiros de interceptação é que a aeronave será considerada hostil. A partir deste momento, ela estará sujeita ao tiro de destruição⁸⁴.

Ressalta-se, ainda, que o Brasil possui fronteiras com onze países da América do Sul, incluindo países que, reconhecidamente, produzem e exportam drogas ilícitas, tais como a Colômbia, a Bolívia e o Peru, sendo que a floresta amazônica é uma das principais rotas dos traficantes de drogas.

Na esteira de tais considerações, cabe ressaltar os ensinamentos de José Levi Mello do Amaral Júnior, que assim preconiza:

Não há nenhuma inconstitucionalidade na medida. Não configura uma pena de morte. Configura, isso, sim, reação própria à defesa da Pátria, ameaçada pela invasão do respectivo espaço aéreo. Ademais, o tiro de abate é a última medida após longo e exaustivo rol de medidas coercitivas de averiguação (tentativa de contato), intervenção (modificação de rota e pouso coercitivos) e persuasão (tiro de aviso, com munição traçante). Dá-se como última e excepcional medida – cercada de diversas cautelas – como reação contra quem, deliberadamente, se coloca à margem do Direito brasileiro⁸⁵.

Contudo, defende-se aqui que nenhuma dessas constatações representa argumento cabível para justificar o abatimento de aviões de civis, sem o devido processo legal, considerando-se tão somente a suspeita do tráfico de drogas ilícitas.

Ademais, cabe ainda ressaltar que as informações veiculadas na mídia se apresentam, geralmente, voltadas a defender os aspectos favoráveis da Lei do Abate, ressaltando que anteriormente a promulgação desse dispositivo legal, as fronteiras brasileiras não eram respeitadas pelos traficantes internacionais⁸⁶.

Observa-se, desse modo, que, segundo o entendimento dos autores supracitados, considera-se um grande equívoco em considerar que a Lei do Abate fere princípios

⁸⁴ ARAÚJO, Glauco. **Entenda o que é a Lei do Abate**. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 29/04/2013.

⁸⁵ AMARAL Jr., José Levi Mello do. Análise do Fundamento Jurídico do Emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem. In: RAMOS; Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da. **Direito Militar: Doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 225.

⁸⁶ ARAÚJO, Glauco. **Entenda o que é a Lei do Abate**. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 29/04/2013.

constitucionais, haja vista que a medida não atinge indivíduos presumidamente infratores, mas se trata de indivíduos que ignoram e descumprem os comandos da autoridade aeronáutica nacional, responsável pela defesa da soberania nacional. Ademais, defendem que os preceitos estabelecidos na Lei do Abate são importantes meios de defender a soberania nacional.

3.3 A Lei do Abate e a lesão à garantia da inviolabilidade do direito à vida

A Constituição Federal prevê, em seu Artigo 5º, XLVII, que não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis.

Porquanto, a chamada Lei do Abate, Lei nº 9.614/1998, compreende um verdadeiro atentado ao ordenamento jurídico constitucional. Por meio desse dispositivo, incluiu-se a hipótese de destruição da aeronave e, por ser evidente, a morte do piloto⁸⁷.

Desse modo, a Lei do abate, ao permitir a destruição de aeronaves suspeitas de estarem transportando drogas no espaço aéreo brasileiro, introduziu, na prática, a pena de morte no Brasil. Essa Lei é flagrantemente inconstitucional, haja vista que a Constituição da República Federativa garante o direito à vida e proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada.

O direito à vida abrange tanto o direito de não ser morto como também o direito de ter uma vida digna⁸⁸. Trata-se de um direito constitucionalmente previsto, possuindo por tanto *status* de supremacia, inviolabilidade e irrevogabilidade.

Alexandre de Moraes⁸⁹ afirma que “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

De acordo com Kildare Gonçalves Carvalho⁹⁰, “Desde a concepção até a morte natural, o homem tem o direito à existência, não só biológica como também moral”.

A proibição da pena de morte ocorre em decorrência do desdobramento do direito à vida. Mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição da pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, IV⁹¹.

⁸⁷ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

⁸⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 970.

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 39.

⁹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 638.

⁹¹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 970.

Assim, quando a Constituição consagra, no artigo 5º, o direito à vida, poder-se-á dizer que:

(1) o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este (proibição da pena de morte legal); o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo; (2) o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos; estes devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém⁹².

Por isso, segundo previsão constitucional, deve ser assegurado o princípio de ampla defesa ao acusado. Contudo, tal condição não é observada no caso de abate de aeronaves.

A grande novidade para o Estado brasileiro reside na possibilidade da utilização letal da Força Aérea sem que haja necessariamente um ataque armado ou uma medida hostil caracterizadora de um ato de guerra. Essa atitude remete ao período da Guerra Fria, quando aviões de passageiros se transformavam em alvos militares por violarem o espaço aéreo de outro país ou por erro na identificação de possíveis atos de espionagem⁹³.

Agravando ainda mais esse contexto, há de se considerar que esse dispositivo instituiu a execução extrajudicial, permitindo a condenação e a execução sumária de todos os passageiros dos pequenos aviões civis, sem o devido processo legal, pela simples suspeita do tráfico de drogas⁹⁴.

Nessa direção, ressaltam-se os ensinamentos de João Batista Arruda que, referindo-se à inconstitucionalidade da Lei do Abate, afirma: “já na assinatura do decreto foi abatida a primeira vítima: o Direito”⁹⁵.

Cabe ainda salientar que a Lei do Abate, além de ser inconstitucional, coloca em perigo a vida de indivíduos inocentes, pois inúmeras aeronaves, embora não tenham nenhum envolvimento com o narcotráfico, poderão deixar de se identificar para os pilotos da Força Aérea Brasileira, e de obedecer à ordem de pouso, por razões diversas, tal como a falta de equipamentos adequados⁹⁶.

O certo é que, em nenhuma hipótese, os pilotos e passageiros poderiam ser condenados à morte, sobretudo por uma simples suspeita, sem direito a defesa e sem julgamento.

⁹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 533.

⁹³ FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista brasileira de política internacional**. Brasília, v. 55, n. 1, p. 66-92. 2012.

⁹⁴ *Idem, ibidem*.

⁹⁵ ARRUDA, João Rodrigues. **O uso político das Forças Armadas e outras questões militares**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2007. p. 111.

⁹⁶ *Idem, ibidem*.

Após a promulgação da Lei do Abate, a primeira vez em que um caça da Força Aérea Brasileira (FAB) disparou os tiros de advertência foi no dia 04 de junho de 2009. Nessa ocasião, pilotos da FAB perseguiram um monomotor que transportava 176 quilos de cocaína, em Rondônia, na região de fronteira do Brasil com a Bolívia e a aeronave não chegou a ser abatida. Dois bolivianos acusados de pilotar o avião, que fugiram após o pouso, foram presos pelas polícias Civil e Federal.

A mídia fez com que o episódio fosse então apresentado à população, ressaltando-se suas inúmeras vantagens no controle ao narcotráfico, além da defesa do espaço aéreo brasileiro:

Os militares da FAB dispararam duas rajadas de tiros de metralhadora, depois de os pilotos terem ignorado os inúmeros procedimentos de comunicação e identificação. Eles tentaram manobrar o avião em direção à fronteira com a Bolívia. Aeronave boliviana voava a uma altitude de 500 metros quando foi identificada pelo avião-radar E-99 e por um A-29.⁹⁷.

Desse modo, a aeronave suspeita, proveniente da Bolívia, foi interceptada pela FAB e não obedeceu a solicitação dos militares, de efetuar pouso no município de Cacoal, no Estado de Rondônia.

Depois do tiro disparado, o piloto da aeronave suspeita obedeceu às ordens dos pilotos.

A Aeronáutica inclusive liberou o vídeo que mostra a perseguição ao avião de pequeno porte que estava carregado de cocaína. Apresenta-se, nessa perspectiva, a Lei do Abate, como uma ferramenta eficaz para minimizar o tráfico de drogas ilícitas e entorpecentes⁹⁸.

Demonstra-se, desse modo, que a mídia tem se posicionado a favor da Lei do Abate, desconsiderando os riscos de falhas ou equívocos, que podem colocar em risco a vida de indivíduos inocentes. É o caso, por exemplo, de uma falha técnica que não permita com que os pilotos se comuniquem com a FAB.

Imprescindível ressaltar que o Brasil não é pioneiro na busca o controle de seu espaço aéreo, utilizando-se do abate de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas afins.

⁹⁷ ARAÚJO, Glauco. **Entenda o que é a Lei do Abate**. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 29/04/2013.

⁹⁸ Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=XgicKNMFkfk>>. Acesso em: 29/04/2013.

O Peru foi o primeiro país a estabelecer normas com intuito de abater aeronaves utilizadas pelo narcotráfico, em 1993, tendo destruído inúmeros aparelhos que se negaram a obedecer às determinações das autoridades aeronáuticas para as medidas de fiscalização e de controle⁹⁹.

Em 1994 o governo colombiano informou ao Departamento de Estado americano sobre as mesmas intenções¹⁰⁰.

A discussão acerca das consequências da Lei do Abate foi ampliada após o abate equivocado de uma aeronave legal no Peru, em 2001, ocasião em que morreram uma missionária norte-americana e sua filha. A importância desse evento é discutida em um recente artigo científico, como se demonstra a seguir:

O evento do abate de um avião Cessna com missionários norte-americanos em 2001 chamou atenção internacional para os programas de interdição aérea que autorizavam a derrubada de aeronaves civis em áreas do Peru e da Colômbia. Desde 1994, as operações destinadas a impedir o transporte aéreo associado ao tráfico ilícito de drogas nos dois países ocorriam com baixa ou nenhuma repercussão, não obstante o longo histórico de rejeição internacional ao uso de armas contra aeronaves civis¹⁰¹.

Esse episódio trouxe uma série de questionamentos e investigações no país. Uma investigação conjunta realizada por diversas agências e instituições dos EUA, além do governo do Peru, atribuiu a causa do acidente a uma série de deficiências nos procedimentos do programa, a erros dos envolvidos, à sobrecarga nos sistemas de comunicação e a dificuldades idiomáticas, entre outros fatores.

Porquanto, tendo em vista que os procedimentos da Lei do Abate estão sujeitos a falhas e erros, a exemplo do episódio ocorrido no Peru, defende-se que a Lei do Abate deveria ser extinta do ordenamento jurídico brasileiro, pois há de se considerar a possibilidade desse dispositivo colocar em risco a vida de inocentes, que não apresentam nenhum envolvimento com o tráfico de entorpecentes.

⁹⁹ FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista brasileira de política internacional**. Brasília, v. 55, n. 1, p. 66-92. 2012.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem*.

¹⁰¹ FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista brasileira de política internacional**. Brasília, v. 55, n. 1, p. 66-92. 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tratou da inconstitucionalidade da lei do abate à luz do direito fundamental à vida, abordando, pois, a inconstitucionalidade da Lei do Abate frente aos direitos e garantias fundamentais: a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade e a ampla defesa, inseridos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desse modo, considerando o exposto no artigo 4º do Decreto 5144/04 que regulamenta a Lei 9614/98, o qual assevera que a aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, classificada como hostis, ficará sujeita a medida de destruição, compreende-se que tal dispositivo afronta a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida, ao admitir a hipótese de pena de morte estranha à exceção do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição de 1988.

O direito à vida se apresenta como um dos direitos proclamados pelo constituinte originário, e ganha extrema relevância ao tornar uma via fundamental de poder usufruir dos demais direitos inerentes à dignidade humana. Porquanto, considera-se a inconstitucionalidade material do Decreto 5.144/04, em seu art. 4º, que regulamenta a Lei 9614/98, determinando o abate de aeronaves suspeitas de tráfico de drogas e consideradas hostis dentro do espaço aéreo brasileiro.

Conclui-se a chamada Lei do Abate compreende um verdadeiro atentado ao ordenamento jurídico constitucional. Trata-se de um dispositivo flagrantemente inconstitucional, haja vista que a Constituição Federal garante o direito à vida e proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII).

Assim, considerando-se que no Peru, uma lei similar à Lei do Abate, teve um final trágico, ceifando com a vida de uma família que estava num voo a passeio, faz-se necessário que esse dispositivo legal seja extinto, o quanto antes, do ordenamento jurídico brasileiro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de; MELLO NETO, Luiz Philippe Vieira de. Fundamentação Constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova *Summa divisio* adotada na cf/88 (Título II, Capítulo I). **Revista TST**, Brasília, v. 77, n. 3, jul/set. 2011

ARAÚJO, Glauco. **Entenda o que é a Lei do Abate**. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 29/04/2013.

ARRUDA, João Rodrigues. **O uso político das Forças Armadas e outras questões militares**. Rio de Janeiro: Mauad, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

BRASIL. **Lei Nº 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: 21/03/2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/htm>. Acesso em: 06/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: HC 94601 CE**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 14/04/2010. Publicado em: 22/04/2010. Acesso em: 20/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS: HC 68814 SP**. Relator: Celio Borja. Julgado em: 21/10/1991. Julgado em: DJ 06-12-1991. Acesso: 21/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo: ARE 731833 RS**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 07/02/2013. Publicado em: 21/02/2013. Acesso em: 23/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário: RE-AgR 200844 PR**. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 24/06/2002. Publicado em: 16-08-2002. Acesso: 21/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança: MS 22164 SP**. Relator: Celso de Mello. Julgado em: 29/10/1995. Publicado em: 17-11-1995. Acesso em: 22/03/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Enunciado n. 523 da Súmula**. Julgado em: 03/12/1969. Publicado em: 10/12/1969. Acesso em: 20/03/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15/03/2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 17. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

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

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista brasileira de política internacional**. Brasília, v. 55, n. 1, p. 66-92. 2012.

GOMES, Luiz Flávio, **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Método. 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkmin. **Direito Constitucional em Perguntas e Respostas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RAMOS; Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da. **Direito Militar: Doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

REIS, Alexandre Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal esquematizado**. Coordenador: Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **NOP Nº 70040658296 2010/Crime**. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Julgado em: 25/03/2011. Publicado em: 08/06/2011. Acesso em: 21/03/2013.

SAVIOTTI, Irineu Eduardo Pimentel. **Reflexões sobre a constitucionalidade da Lei do Abate à luz dos direitos fundamentais**. 2010. 106f. Monografia (Especialista em Direito Público) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDB, Brasília, 2010. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/257/Monografia_Irineu%20Eduardo%20Pimentel%20Saviotti.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13/04/2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011. p. 58.