



TERRORISMO, LEI DO ABATE E DIREITO À SEGURANÇA NA SOCIEDADE DE RISCO

*André Dias Fernandes**

Resumo

Na sociedade contemporânea — como quer que seja denominada: “sociedade de risco” ou “reflexiva” (ULRICH BECK), sociedade “hipermoderna” (GILLES LIPOVETSKY), “pós-moderna”, “líquida” (ZYGUMUNT BAUMAN) —, o valor “segurança” assume uma relevância extraordinária, seja como contraposição às crescentes ameaças e riscos globais gerados pelo próprio homem em decorrência do avanço tecnológico (armas nucleares, aquecimento global, manipulações genéticas, guerras biológicas, terrorismo, inteligência artificial, etc.), seja como antídoto contra as constantes e profundas mudanças sociais, econômicas, e políticas, seja como lenitivo contra a ausência de valores sólidos e a derrubada de paradigmas firmes por outros mais fluidos. Entretanto, na busca por segurança, vários Estados Democráticos têm adotado medidas nitidamente desproporcionais ou, pelo menos, de duvidosa constitucionalidade, como, por exemplo, a Lei do Abate de aeronaves hostis. Após uma sucinta análise da evolução histórica do direito à segurança e da sua atual disciplina em algumas Constituições e tratados internacionais, sustenta-se a utilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para a solução de vários conflitos empíricos a envolver o direito à segurança, designadamente no que respeita ao terrorismo. Conclui-se que o Estado Democrático de Direito não pode trair sua essência, seus valores fundantes, ao combater aquilo que contravenha a esses mesmos valores, sob pena de igualar-se aos seus inimigos. Não se pode manipular o conceito de “ameaça à segurança nacional” com o fito de justificar verdadeiras violações aos direitos fundamentais. A banalização da invocação de “estado de sítio” numa pretensa e permanente “guerra contra o terrorismo” debilita e ameaça a democracia e o Estado de Direito, designadamente em razão do caráter permanente dessa suposta guerra, incompatível com a própria natureza do estado de sítio, transitório por definição.

Palavras-chave

Direito à segurança. Evolução. Sociedade de risco. Hipermodernidade. Terrorismo. Princípio da proporcionalidade.

TERRORISM, SHOOT-DOWN LAW AND SAFETY RIGHT IN THE RISL SOCIETY

Abstract

In contemporary society — however named and described as “risk society” or “reflective society” (ULRICH BECK), or as “hypermodern” society (GILLES LIPOVETSKY), “postmodern”, “liquid” (ZYGUMUNT BAUMAN) — the value “safety” is of extraordinary importance, whether as

* Juiz Federal em Fortaleza. Doutorando em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direito pela UFC. MBA em Poder Judiciário pela FGV-Direito-Rio. Professor da Faculdade 7 de Setembro e de cursos de pós-graduação.

opposed to the increasing global threats and risks posed by man as a result of technological advancement (nuclear weapons, global warming, genetic engineering, biological warfare, terrorism, artificial intelligence, etc.), either as an antidote to the constant and profound social, economic and political mutations, whether as a solace against the lack of strong values and the overthrow of firm paradigms by others more fluids. However, in the quest for security, several Democratic States have adopted clearly disproportionate measures or, at least, of dubious constitutionality, for example, the Brazilian law of hostile aircraft shoot down. After a brief analysis of the historical evolution of the right to security and its current discipline in some Constitutions and international treaties, it is sustained the utility of the principles of proportionality and reasonableness to solve several empirical conflicts involving the right to security, particularly with regard to terrorism. The conclusion is that the Democratic Rule-of-Law State cannot betray its essence, its founding values, to combat what contravenes these same values, lest to match up to his enemies. The concept of “threat to national security” must not be manipulated in order to justify true violations of fundamental rights. Severe restrictions on fundamental rights are justified only on effective and real state of siege or defense. Trivialization of the invocation of “state of siege” in an alleged and permanent “war on terror” undermines and threatens democracy and the rule of law, particularly because of the permanent nature of this alleged war, incompatible with the very nature of the state of siege, transient by definition.

Keywords

Right to safety and security. Evolution. Risk society. Hypermodernity. Terrorism. Proportionality principle.

1. INTRODUÇÃO

Para fazer face a ameaças à segurança numa sociedade complexa onde os riscos se multiplicam exponencialmente, vários Estados havidos como Democráticos têm empregado medidas claramente desproporcionais ou, quando menos, de duvidosa constitucionalidade, como é caso, por exemplo, da Lei do Abate de aeronaves hostis (Lei 9.614/98).

Impende, portanto, analisar, após uma breve análise da evolução histórica do direito à segurança e da sua atual disciplina em algumas Constituições e tratados internacionais — e partindo da premissa da *relatividade* dos direitos fundamentais, carecedores de harmonização —, o valor dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade na solução de vários conflitos empíricos a envolver o direito à segurança, designadamente no que diz com o terrorismo.

Cumpre, pois, investigar se as recentes respostas estatais às ameaças à segurança se afinam ou não com tais princípios e com a própria ideia de Estado Democrático de Direito.

De fato, dentre os valores basilares do Direito, avultam a *justiça* e a *segurança*. Se a finalidade do próprio Direito é a promoção da Paz Social, a justiça e a segurança são elementos indispensáveis ao alcance desse fim. De fato, a injustiça conduz à insegurança, e sem segurança não pode haver Paz Social duradoura.

Nessa linha, o Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO¹ traz a lume a lição do Estagirita sobre a causa fundamental das revoluções:

Na *Política*, o grande filósofo grego se deteve, com a sua habitual percuciência e profundidade, a analisar as causas das modificações dos regimes políticos nas cidades-estado helênicas. **A raiz dessas mudanças, soube ele identificar uma causa geral e fundamental: a injustiça.** “Em toda parte é a **desigualdade** que provoca as sedições, seja por não ser guardada proporção entre desiguais, seja por estender a diferença entre iguais”. **Injustiça**, pois, que se caracteriza, ou pelo excesso de igualdade, ou pelo excesso de desigualdade este que é típico das oligarquias aquele típico das democracias.

Portanto, se o valor “segurança” é conatural à ideia mesma de Direito², por decorrência lógica, também é essencial a noção de “Estado *de Direito*”, e, portanto, ao “Estado *Democrático* de Direito”.

Na sociedade contemporânea — como quer que seja denominada: “sociedade de risco” ou “reflexiva” (ULRICH BECK), sociedade “hipermoderna” (GILLES LIPOVETSKY), “pós-moderna”, “líquida” (ZYGUMUNT BAUMAN) —, o valor “segurança” assume uma relevância extraordinária, seja como contraposição às crescentes ameaças e riscos globais gerados pelo próprio homem em decorrência do avanço tecnológico (armas nucleares, aquecimento global, manipulações genéticas, guerras biológicas, terrorismo, inteligência artificial, etc.), seja como antídoto contra as constantes e profundas mudanças sociais, econômicas, políticas, etc., em grande medida tributárias do próprio progresso científico-tecnológico, seja como lenitivo contra a ausência de valores sólidos e a derrubada de paradigmas firmes por outros mais fluidos.

Vivenciamos a *era dos extremos e da incerteza*. A incerteza gera medo, o medo gera insegurança, a insegurança gera excessos e violência. Mesmo que o risco (ameaça) não se concretize, ele já causa, desde logo, efeitos deletérios, porquanto o medo dele decorrente, como antecipação mental da realização no mundo fenomênico de riscos reais ou imaginários, sobre diminuir a qualidade

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O estado de sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional. Tese de livre docência - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1964, p. 14-15.

² “A função nuclear do Direito é o estabelecimento de uma ordem. Vale dizer, o objetivo essencial buscado pelas normas jurídicas é a fixação de pautas de comportamento graças ao que tanto a sociedade como seus membros têm por definido o que pode e o que não pode ser feito. Sem isto haveria o caos, a incerteza, a insegurança completa. [...] O Direito é, *per definitionem*, um esquema de ordem, e por isso se fala em ordenação jurídica, em ordenamento jurídico. A surpresa, o imprevisível, a instabilidade, são, precisamente, noções antitéticas ao Direito, que com elas não poderia conviver, nem seria exequível, tanto mais porque tem como função eliminá-las.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante atos estatais. In: *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168.)

de vida, é capaz de provocar reações primitivas, imoderadas e até violentas de autodefesa.

Diante da *relativização* dos valores morais, alguns buscam refúgio na religiosidade, na fé no Deus imutável capaz de oferecer segurança contra todos os perigos (materiais e imateriais), ao passo que outros procuram conforto no fundamentalismo religioso, isto é, numa visão particular e caricatural do divino, que, *por vezes*, degenera no radicalismo terrorista³.

Mas essa tensão dialética entre a insegurança gerada pelos riscos e ameaças da sociedade contemporânea e a aspiração à segurança hábil a neutralizá-la não se circunscreve a grupos de pessoas: cada indivíduo está a ela sujeito, experimentando no seu cotidiano essa tensão e refletindo sobre ela em busca da síntese dialética no que concerne aos variados aspectos de sua vida, o que explica, em certa medida, o caráter reflexivo (“modernidade reflexiva”) e contraditório da sociedade atual, visto que, para além das diferentes cosmovisões dos inúmeros grupos de pessoas, cada indivíduo sujeito a esse conflito interno pode adotar forma de superação diversa ao longo do tempo.

Numa visão psicanalítica, poder-se-ia identificar no inconsciente coletivo da sociedade contemporânea uma sede inaudita por segurança, que o Direito também é chamado a aplacar.

Na visão de LIPOVETSKY⁴, a insegurança é uma das tônicas da *hipermmodernidade*, porquanto a

[...] reorganização da vida econômica não deixou de ter consequências dramáticas para categorias inteiras da população, com o “turbo-capitalismo” e a prioridade dada à rentabilidade imediata acarretando as reduções maciças de quadros funcionais, o emprego precário, a ameaça maior de desemprego. **O Zeitgeist predominantemente frívolo foi substituído pelo tempo do risco e da incerteza. Viveu-se certa despreocupação com o futuro - mas agora é na insegurança que, cada vez mais, vive-se o presente. O ambiente da civilização do efêmero fez mudar o tom emocional. A sensação de insegurança invadiu os espíritos; a saúde se impõe como obsessão das massas; o terrorismo, as catástrofes, as epidemias são regularmente notícia de primeira página.** As lutas sociais e os discursos críticos não mais oferecem a perspectiva de construir utopias e superar a dominação. **Só se fala de proteção, segurança, defesa das “conquistas sociais”, urgência humanitária, preservação do planeta.** Em resumo, de limitar os estragos. O clima do primeiro presentismo liberacionista e otimista, marcado pela frivolidade, desapareceu em favor de uma

³ Conquanto haja várias modalidades de terrorismo, não há negar que os ataques terroristas de motivação pretensamente religiosa têm preponderado na quadra atual.

⁴ LIPOVETSKY, Gilles. Os tempos hipermodernos. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004, p. 63-65. Grifou-se.

exigência generalizada de proteção. [...] Eis agora o tempo do desencanto com a própria pós-modernidade, da desmistificação da vida no presente, **confrontada que está com a escalada das inseguranças.** O alívio é substituído pelo fardo, o hedonismo recua ante os temores, as sujeições do presente se mostram mais fortes que a abertura de possibilidades acarretada pela individualização da sociedade. De um lado, a sociedade-moda não pára de instigar aos gozos já reduzidos do consumo, do lazer e do bem-estar. De outro, **a vida fica menos frívola, mais estressante, mais apreensiva. A tomada das existências pela insegurança suplanta a despreocupação “pós-moderna”.** É com os traços de um composto paradoxal de frivolidade e ansiedade, de euforia e vulnerabilidade, que se desenha a modernidade do segundo tipo.

No que pertence ao Direito pátrio, a CF/88 já no seu Preâmbulo assenta a segurança como um dos “valores supremos” do Estado Democrático de Direito brasileiro.⁵

O valor “segurança” é positivado expressamente em vários dispositivos da CF/88, com diferentes matizes: no art. 5º, *caput*, figura como um direito individual e coletivo “inviolável”⁶, nos termos do próprio art. 5º; no art. 6º, *caput*, aparece como direito **social** “na forma desta Constituição”⁷; no art. 144, *caput*,

⁵ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a SEGURANÇA, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça COMO VALORES SUPREMOS de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁶ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à SEGURANÇA e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”

⁷ “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, A SEGURANÇA, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Redação dada pela EC nº 64, de 2010)

a segurança pública revela-se como **direito difuso**⁸, passível de proteção mediante ação civil pública⁹. Para além disso, há ainda menção à “segurança nacional”¹⁰, à “segurança interna do País”¹¹ (cuja defesa incumbe ao Presidente da República, sob pena de crime de responsabilidade), e à “segurança do território nacional”¹².

Contudo, até a EC 45/2004 não havia na CF/88 nenhuma alusão explícita à segurança *jurídica*, embora seja indisputável sua positivação como princípio constitucional implícito. Assim, ao prever a súmula vinculante, a EC 45/2004 condicionou sua edição à existência de “grave insegurança **jurídica**”¹³. Observe-se, porém, que, no art. 103-A, a CF/88 não se refere expressamente ao **princípio** da segurança jurídica, mas apenas a uma **situação** ou **estado** de “grave **insegurança** jurídica”. Não houve, portanto, a consagração da segurança jurídica como princípio expresso no texto constitucional, permanecendo como princípio constitucional implícito, o que em nada lhe diminui a importância e eficácia.

2. BREVES NOTAS SOBRE O DIREITO À SEGURANÇA NO PENSAMENTO POLÍTICO

O ser humano, instintivamente, anela por segurança. Esta, aliás, desempenha um papel assaz relevante no desenvolvimento da personalidade da criança com impacto igualmente significativo nas relações intersubjetivas do adulto. Para além disso, há vários estudos evidenciando que um estado obje-

⁸ “Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

⁹ Nesse sentido: “O direito à segurança tem as características de um direito difuso, como traçadas pelo art. 81, I, do CDC: transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (residir numa favela), e encontra sua garantia no art. 129, III, da CF/1988, enquanto é também expressão de um interesse coletivo. Portanto, pode o direito à segurança ser objeto de ação civil pública, nos termos do art. 1.º, IV, da Lei 7.347/1985, segundo o qual regem-se pelas disposições desta lei as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ‘a qualquer outro interesse difuso ou coletivo’.” (ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. Revista de Processo, v. 124, p. 40-52, jun. 2005.)

¹⁰ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

¹¹ “Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] IV - a segurança interna do País;”

¹² “Art. 91. [...] § 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional: III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;”

¹³ “Art. 103-A. [...] § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança JURÍDICA e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.” (Incluído pela EC nº 45, de 2004)

tivo ou subjetivo de insegurança afeta consideravelmente as escolhas e o comportamento das pessoas, não só no que diz com sua vida privada, senão também nos campos econômico e jurídico.

Não é, pois, de admirar que essa aspiração inata ao homem tenha sido objeto de inúmeras declarações de direitos e de sólida elaboração doutrinária, incluídas pelos pensadores políticos, tendo estado na raiz do constitucionalismo moderno, e sendo atualmente essencial à sobrevivência deste. **A própria ideia de Constituição surgiu como um instrumento de segurança** e os direitos fundamentais só se efetivam quando há segurança.

SANTO AGOSTINHO afirmava: “A paz é a tranquilidade da ordem de todas as coisas.” A *tranquillitas ordinis* agostiniana foi, ao depois, desenvolvida por SANTO TOMÁS DE AQUINO. Na visão tomista de bem comum (que ainda se reveste de atualidade), a segurança constituía condição de realização do bem comum, e os bens materiais eram instrumentos de promoção deste.

Na óptica hobbesiana, a segurança é a própria razão de ser da sociedade, razão pela qual o Pacto de Sujeição (*pactum subjectionis*) poderia cessar quando o Príncipe já não era mais capaz de garantir a segurança dos súditos, pois, se assim não fosse, retornar-se-ia ao estado de natureza.

Para MONTESQUIEU, a segurança (o “não temer a outrem”) era condição da liberdade. Por sua vez, “a liberdade é um bem tão apreciado que cada qual quer ser dono até da alheia”. E pontifica: “A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão.”¹⁴ Portanto, para que haja liberdade e segurança é indispensável que o poder contenha o próprio poder, o que se obtém mercê da separação dos poderes estatais:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

¹⁴ MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, Livro IX, cap. VI.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.¹⁵

À sua vez, LOCKE¹⁶ enfatizava a necessidade de *previsibilidade* e *calculabilidade* das leis (previamente promulgadas) como elemento de segurança jurídica e mecanismo de contenção do poder arbitrário dos governantes:

Seja qual for a forma de comunidade civil a que se submetam, o poder que comanda deve governar por leis declaradas e aceitas, e não por ordens extemporâneas e resoluções imprecisas. A humanidade estará em uma condição muito pior do que no estado de natureza se armar um ou vários homens com o poder conjunto de uma multidão para forçá-los a obedecer os decretos exorbitantes e ilimitados de suas ideias **repentinas**, ou a sua vontade **desenfreada e manifestada no último momento**, sem que algum critério tenha sido estabelecido para guiá-los em suas ações e justificá-las. Pois todo o poder que o governo detém, visando apenas o bem da sociedade, não deve seguir o arbitrário ou a sua vontade, **mas leis estabelecidas e promulgadas**; deste modo, tanto **o povo pode conhecer seu dever e ficar seguro e protegido dentro dos limites da lei**, quanto os governantes, mantidos dentro dos seus devidos limites, não ficarão tentados pelo poder que detém em suas mãos e não o utilizarão para tais propósitos nem por medidas **desconhecidas do povo** e contrárias a sua vontade.

De outra parte, o direito fundamental à segurança é reconhecido em várias declarações de direitos, como, por exemplo, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁷ (França, 1789), na Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU¹⁸ (1948), na Declaração de independência americana¹⁹

¹⁵ MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 172.

¹⁶ LOCKE, John. Segundo tratado do governo civil. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2015.

¹⁷ “Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a SEGURANÇA e a resistência à opressão.” “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.”

¹⁸ “Art. 3.º. Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

¹⁹ “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade [...] Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assistem-lhes o direito,

(1776), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁰ (Pacto de São José da Costa Rica), na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais²¹ do Conselho da Europa (Roma, 1950) e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²² (2000).

3. SEGURANÇA JURÍDICA: NATUREZA E CONCEITO

Segurança jurídica é um conceito **multifacetado**. A segurança jurídica pode ter múltiplos destinatários (o particular, pessoas jurídicas, a coletividade, o próprio Estado, etc.), pode assumir a natureza de princípio, de direito individual, de direito social, de direito difuso, e pode revelar-se, em diferentes graus de intensidade, em *normas-regras* nos mais variados ramos do Direito.

No campo penal, por exemplo, manifesta-se na garantia da irretroatividade da lei penal; na seara tributária, exprime-se não apenas por meio da irretroatividade da lei tributária, mas na garantia da anterioridade (de exercício ou nonagesimal). Neste particular, curiosamente, ao menos no plano teórico, a proteção é mais intensa na área tributária, porquanto a anterioridade é um *plus* em relação à irretroatividade. Tais garantias, apesar de popularizadas como “princípios”, ostentariam a natureza de *normas-regras*, tal como concebidas nas teorias de ALEXY e DWORKIN.

Em verdade, trata-se de um “conceito jurídico indeterminado”²³. Ironicamente, cuida-se de um conceito que traz certa *insegurança*. Parece paradoxal que o princípio da segurança jurídica, que visa exatamente a combater a incerteza e a imprevisibilidade no Direito, seja juridicamente indeterminado. Nada obstante, é indisputável que ele contribui efetivamente para a redução do grau de incerteza do Direito, até porque, como todo conceito jurídico indeterminado, possui um núcleo, uma zona de certeza positiva, que lhe dá efetiva concreção.

bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos Guardiães para sua futura segurança.”

²⁰ “Art. 7º. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.”

²¹ “Art. 5º. 1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança.”

²² “Todas as pessoas têm direito à liberdade e à segurança.” No seu Preâmbulo consta como um dos pilares da União Europeia: “Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.”

²³ “Os estudiosos do tema enfrentam algumas dificuldades (a) em primeiro lugar a própria imprecisão da expressão ‘segurança jurídica’, que se insere entre os *conceitos jurídicos indeterminados* [...]”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: Segurança jurídica no Brasil. BOTTINO, Marco Tullio (Org.). São Paulo: RG Editores, 2012).

Consoante CANOTILHO²⁴, segurança jurídica e proteção da confiança andam estreitamente associadas,

[...] a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexonada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a *calculabilidade* e *previsibilidade* dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos. A segurança e a proteção da confiança exigem, no fundo: (1) *fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência* dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança são exigíveis perante “qualquer ato” de “qualquer poder” — legislativo, executivo e judicial.

Com efeito, a doutrina pátria²⁵ parece inclinar-se a identificar no princípio da segurança jurídica uma *dimensão objetiva* (estabilidade das relações sociais) e uma *dimensão subjetiva* (proteção da confiança legítima). A essa luz, o princípio da proteção da confiança faria parte do conceito do princípio da segurança jurídica *em sentido lato*. Entrelaçados com ele estão a boa fé objetiva e

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

²⁵ Na dicção de ALMIRO DO COUTO E SILVA: “A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza *objetiva* e outra de natureza *subjetiva*.”

A primeira, de natureza *objetiva*, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI. A outra, de natureza *subjetiva*, concerne à *proteção à confiança* das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.” (SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA, José de Faria; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.) ARS IVDICANDI. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008, p. 540.)

Essa também é a posição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Princípios da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: Segurança jurídica no Brasil. BOTTINO, Marco Tullio (Org.). São Paulo: RG Editores, 2012, *passim*).

a proibição de *venire contra factum proprium*, havida como uma decorrência daquela²⁶.

HUMBERTO ÁVILA²⁷ encarece o papel da *fundamentação racional* das decisões:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, *por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstitutivas de normas gerais e individuais*, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de - sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade - plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

4. SEGURANÇA COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DEMOCRACIA

No constitucionalismo liberal, a função **garantidora** do direito à segurança, designadamente em face de **ameaças à liberdade individual pelo Estado**, se manifestava de modo bem evidente. A segurança era vista como garantia da liberdade individual e **era obtida mediante mecanismos de contenção do poder**. O Estado deveria não só **respeitar a autonomia privada**, abstendo-se de nela interferir (*non facere*), senão também **garanti-la** (*facere*). Assim, o direito à segurança, oponível ao Estado, **não era meramente passivo**, mas também **prestacional, ativo**. Esse dúplice papel do Estado era implicitamente reconhecido nas declarações de direitos, ao aludirem ao dever estatal de “conservar”, de “garantir” os direitos fundamentais de liberdade.²⁸

O direito à liberdade e à segurança deveria ser protegido pelos 3 Poderes, mas essa proteção advinha precipuamente da **lei**, expressão da vontade geral. As limitações à liberdade e à segurança deveriam emanar da lei, a qual deveria interferir o mínimo possível na esfera de autonomia privada.

Se a lei, na visão do liberalismo, é o único meio legítimo de o Estado limitar a liberdade individual, o processo de sua elaboração passa a assumir grande relevo: ela deve ser fruto de um **consenso** entre os vários segmentos

²⁶ Nesse sentido: STJ, RMS 29493/MS, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, 2ª TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009.

²⁷ ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 690.

²⁸ Nesse sentido, dispunha a Declaração do bom povo da Virgínia de 1776: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

representativos do poder e da sociedade, e não simplesmente da vontade da maioria numérica, como na Antiguidade. Daí a importância da repartição do poder, a exigir intensa negociação quando os interesses de um segmento colidirem com os de outro na formação da lei. Na visão de MONTESQUIEU, para a lei ser aprovada, deveria haver um consenso entre a Câmara Alta (nobreza – elemento aristocrático), a Câmara Baixa (representantes do povo) e o Monarca (elemento aristocrático).

A ideia de segurança jurídica como garantia dos direitos fundamentais e da democracia persiste na hodiernidade, porquanto, como já enfatizado, constitui uma decorrência da própria natureza e finalidade do Direito, e, *per viam consequentiæ*, do Estado de Direito²⁹ e do Estado Democrático de Direito³⁰.

A segurança jurídica, além de *princípio constitucional*, é também um *direito fundamental*³¹, e, como tal, constitui um *trunfo* contra o Estado, destinado a proteger outros trunfos³² (direitos fundamentais) contra o arbítrio estatal.

Ao favorecer a *estabilidade das relações sociais* (dimensão objetiva do princípio da segurança jurídica) e a *previsibilidade/calculabilidade do Direito* (dimensão subjetiva), o princípio da segurança jurídica concorre para a *tranquilidade da ordem (tranquillitas ordinis)*, condição de realização do bem comum, objetivo de todo governo legítimo, maximamente do *democrático*.³³

A essa luz, o princípio da segurança jurídica desponta como uma das mais importantes **garantias** dos direitos fundamentais e da democracia.

²⁹ Assevera CANOTILHO: “O homem necessita de *segurança* para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção da confiança* como elementos constitutivos do Estado de Direito.” (*Op. cit.*, p. 257.) De modo análogo já se exprimiu o STF: “[...] O princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito”. (MS 24448/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento em 27/09/2007.)

³⁰ “[...] PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA – EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO [...]”. (MS 31412 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013.)

³¹ Como é consabido, nem todo direito fundamental ostenta a natureza de norma-princípio. Nesse sentido: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 425-426.

³² “[...] Já que, primariamente, os direitos fundamentais são posições jurídicas individuais *face ao Estado*, ter um direito fundamental significará, então, ter um *trunfo contra o Estado*, contra o governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, a final, que ter um direito fundamental é ter um *trunfo contra a maioria*, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos.” (NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17-18.) (Grifou-se.)

³³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia possível. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 33-34.

5. SEGURANÇA COMO LIMITE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E À DEMOCRACIA

Sendo um direito fundamental de natureza principiológica, é natural que o princípio da segurança (jurídica inclusive) possa entrar em colisão com outros direitos fundamentais. De fato, os direitos fundamentais não são absolutos, mas gozam de *relatividade*.³⁴ Os *direitos fundamentais se limitam reciprocamente*³⁵ (ex: direito à informação *versus* direito à privacidade).

Ao menos em tese, é possível que o direito à segurança de uma pessoa possa colidir com o direito à segurança de outra pessoa. O direito à segurança (sem adjetivações) de uma pessoa pode colidir com o direito à segurança da sociedade e do Estado³⁶. O direito à segurança *individual* pode colidir com o direito *difuso* à segurança *pública* (CF/88, art. 144, *caput*).

A própria Constituição impõe limites a vários direitos fundamentais: (a) o direito à vida pode ceder no caso de guerra declarada, diante da autorização da pena de morte (art. 5º, XLVII); (b) o direito de propriedade deve cumprir sua função social (art. 5º, XXIII); (c) o direito de ação não autoriza a impetração de *habeas corpus* no caso de punições militares (art. 142, § 2º); e assim por diante.

Além das limitações impostas em tempos de normalidade institucional, a Constituição prevê ainda, *em prol da segurança* (defesa da “ordem pública” ou da “paz social”), limitações mais severas em tempos de anormalidade, de instabilidade democrática, a saber, nos casos de **estado de defesa ou de sítio**.³⁷

³⁴ “Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela carta Magna (*princípio da relatividade*).” (MORAES, Alexandre de. Curso de Direito Constitucional. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.)

³⁵ “OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. [...]” (STF, MS 23452, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000.)

³⁶ A CF/88 prevê que o direito à segurança da sociedade e do Estado deve prevalecer sobre o direito individual à prestação de informações pessoais: “Art. 5º. [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.”

³⁷ “Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para *preservar ou prontamente restabelecer*, em locais restritos e determinados, a *ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional* ou atingidas por *calamidades de grandes proporções na natureza*. § 1º - O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: I - restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. [...] Art. 138. O decreto do estado de sítio indicará sua

Não há negar, portanto, que, nos casos de estado de defesa ou de sítio, o **direito à segurança limita**, ainda que temporariamente, o exercício de *vários direitos fundamentais* e da própria *democracia*, ainda que o faça *para resguardá-la*. Nessas circunstâncias excepcionais, a democracia mesma é limitada e comprimida, transitoriamente, para que possa *sobreviver*.

Outrossim, a CF/88 contempla explicitamente, em vários dispositivos, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais por meio de leis regulamentadoras, como, *e.g.*, no caso do art. 5º, XIII. Todavia, mesmo inexistindo referência constitucional explícita à regulamentação legal, é lícito ao legislador infraconstitucional estatuir limites a direitos fundamentais ao delinear o respectivo regime jurídico aplicável.³⁸ Contudo, ao fixar tais limites aos direitos fundamentais, o legislador não pode ultrapassar o limite da proporcionalidade. Essa limitação imposta pelo princípio da proporcionalidade à atividade de limitação legal dos direitos fundamentais granjeou ao princípio da proporcionalidade o epíteto de “limite dos limites” (“*Schranken-Schranken*”).

Assim, os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por lei *proporcional* (adequada, necessária e proporcional *stricto sensu*), que lhes preserve o *núcleo essencial*. Do contrário, perderiam sua própria razão de ser (direitos fundamentais de estatura constitucional oponíveis a maiorias legislativas ocasionais), visto que poderiam ser facilmente aniquilados pelo legislador infraconstitucional. Sem a imunização de seu núcleo essencial a restrições indevidas pela lei, os direitos fundamentais deixariam de ser *trunfos contra a maioria*.

Todavia, a tormentosa definição *in concreto* do que constitui o núcleo essencial de um direito fundamental *não pode impregnar-se de tintas ideológicas*. Não se pode imputar à Constituição uma definição de direito fundamental

duração, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas, e, depois de publicado, o Presidente da República designará o executor das medidas específicas e as áreas abrangidas. Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens.”

³⁸ Nessa linha, pontifica ROGER STIEFELMANN LEAL: “Mesmo sem expressa autorização constitucional, cabe à legislação impor limitação a direito fundamental em razão de outro preceito constitucional, que, inclusive, pode ser conformador de outro direito constitucionalmente assegurado. Nesse caso, o legislador acaba por exercer juízo de ponderação entre um direito fundamental e outros valores constitucionais que se lhe oponham, optando por solução que aplique em maior grau os valores contrapostos e em menor grau o direito (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER; OTTO Y PARDO, 1988, p. 108). Institui, assim, *restrição indiretamente constitucional em face de outros constitucionalmente tutelados*.” (LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. Revista de Informação Legislativa, v. 194, 2012, p. 57.)

própria de uma corrente político-ideológica específica, pois que a Constituição costuma adotar *conceitos* (mais abstratos e tendencialmente neutros em relação a correntes ideológicas) e não propriamente *concepções* determinadas de direitos fundamentais. O núcleo essencial do direito fundamental não pode ser ideologizado, politizado, sob pena de a decisão *jurídica* degenerar-se numa decisão *política*.

Nesse sentido, pontua FERNANDO ATRIA³⁹:

[...] **La constitucion es (o debe ser) neutral entre las diversas concepciones (precisamente porque es, o debe ser, "nuestra", comun).** Por lo tanto, si utilizamos la aplicacion judicial de la constitucion para dirimir el conflicto politico, entonces estamos exigiendo al juez que complemente el contenido del art. 19 con *su propia concepcion* de los derechos fundamentales. Pero entonces el juez deja de ser un tercero imparcial, cuya neutralidad respecto del conflicto de las partes era, recuerdese, la mejor garantia de que su juicio seria correcto. Ahora si nos importa si el juez es socialista o liberal, y con esto violamos la segunda condicion establecida al principio: no hay manera "juridica" de decidir estos conflictos que no sea una reproduccion del conflicto politico. El juez puede seguir llamandose juez, pero ahora es un aliado de una de las partes. **Es un activista (liberal, conservador o socialista, etc.) disfrazado de juez.**

Portanto, havendo ou não lei restritiva de direitos fundamentais, cabe ao juiz, no *juízo de ponderação* sobre qual o direito fundamental deva prevalecer no caso concreto (*incluindo o direito à segurança jurídica*), ter o cuidado de não atribuir ao texto constitucional uma concepção pessoal, particular, ideológica, sobre os direitos fundamentais envolvidos, *em ordem a não politizar a decisão jurídica por proferir*, até porque essa politização gera *insegurança jurídica*.

Contudo, a partir do substancial incremento do *terrorismo*⁴⁰, da "*cibercriminalidade*" e da produção de armas de destruição em massa (biológicas, químicas e nucleares), várias medidas restritivas de direitos fundamentais como liberdade, privacidade, presunção de não culpabilidade, dignidade da pessoa humana, etc., e da própria democracia têm sido adotadas por nações havidas como democráticas *em prol do direito à segurança*.

³⁹ ATRIA, Fernando. El Derecho y la contingencia de lo político. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-derecho-y-la-contingencia-de-lo-politico-0/>>. Acesso em: 11 mai. 2015. Grifou-se.

⁴⁰ Consoante LIPOVETSKY, a sociedade hipermoderna é hipervigilante: "Para lutar contra o terrorismo e a criminalidade, nas ruas, nos *shopping centers*, nos transportes coletivos, nas empresas, já se instalam milhões de câmeras, meios eletrônicos de vigilância e identificação dos cidadãos: substituindo-se à antiga sociedade disciplinar-totalitária, a sociedade da hipervigilância está a postos." (*Op. cit.*, p. 55.) (Grifou-se.)

O terrorismo, na sua configuração atual, esmaeceu a diferença entre segurança interna e externa, visto que contemporaneamente *não tem um território definido, é difuso*. O *terrorismo cibernético (cyberterrorism)* é especialmente difícil de ser coibido e pode ser até mais deletério que a explosão de bombas em lugares determinados. Um exemplo recente foi o ataque à Estônia em 2007 que desabilitou a internet por cerca de 3 semanas, afetando severamente a infraestrutura do País, incluindo serviços bancários e de telefonia móvel.⁴¹

Algumas medidas de prevenção e repressão ao terrorismo padecem de nítida inconstitucionalidade, como a prisão de Guantánamo e a violação da privacidade, da intimidade e do sigilo das comunicações telemáticas sem prévia autorização judicial, a atingir até mesmo chefes de Estados democráticos (Alemanha, Brasil, etc.) e a ONU.

Com efeito, a quebra do sigilo das comunicações de bilhões de pessoas não passa no teste da *proporcionalidade*, seja pela *ineficácia do meio* empregado, seja pelo *elevado grau de restrição imposto a esse direito fundamental de tantas pessoas*. A ineficácia da generalizada quebra de sigilo tem-se mostrado evidente em virtude da incapacidade do governo americano de evitar os recentes ataques domésticos, promovidos por cidadãos americanos (adolescentes inclusive!), em escolas, bases americanas, etc. A ingente capacidade de coletar dados torna-se inócua diante da incapacidade de analisar em tempo hábil essa extraordinária massa de dados coletados. Outrossim, a desproporcionalidade da quebra de sigilo torna-se patente quando se pondera o seu elevado custo econômico.⁴²

No Brasil, a cognominada “Lei do Abate” (Lei 9.614/98), alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica, para possibilitar a destruição de aeronaves reputadas hostis:

Art. 303. [...] § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, **ficando sujeita à**

⁴¹ “The Baltic state of Estonia was target to a massive denial-of-service attack that ultimately rendered the country offline and shut out from services dependent on Internet connectivity for three weeks in the spring of 2007. The infrastructure of Estonia including everything from online banking and mobile phone networks to government services and access to health care information was disabled for a time. The tech-dependent state was in severe problem and there was a great deal of concern over the nature and intent of the attack.” (CYBERTERRORISM. In: Wikipedia: The Free Encyclopedia. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Cyberterrorism>>. Acesso em: 11 mai. 2015.)

⁴² Na avaliação de KLAUS BRINKBÄUMER, “the global spying scandal shows that the US has become maniac, that it is behaving pathologically, invasively. Its actions are entirely out of proportion to the danger. Since 2005, an average of 23 Americans per year have been killed through terrorism, mostly outside of the US. ‘More Americans die of falling televisions and other appliances than from terrorism,’ writes Nicholas Kristof in the *New York Times*, and ‘15 times as many die by falling off ladders.’ The US has spent \$8 trillion on the military and homeland security since 2001.” (BRINKBÄUMER, Klaus. The war on terror is America’s mania. Spiegel online, Hamburgo, 16 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/world/spiegel-commentary-on-us-internet-surveillance-a-911256.html>>. Acesso em: 11 mai. 2015.)

medida de destruição, nos casos dos incisos do *caput* deste artigo e **após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada**.

Regulamentando este dispositivo legal, o Decreto 5.144/2004 invoca expressamente o princípio da segurança pública para justificar a medida extrema de destruição:

Art. 1º. Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, **levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública**: [...]

A seu turno, o Decreto 8.265/2014 delegou ao Comandante da Aeronáutica competência para decidir acerca do abate de aeronaves que ameaçassem a segurança do espaço aéreo brasileiro durante o período da Copa do Mundo de 2014.

Conquanto a CF/88 só preveja a pena de morte para o caso de guerra declarada, argumenta-se que o abate de aeronave é constitucional na hipótese de *legítima defesa preventiva* para repelir ameaça injusta, atual ou iminente, ao direito à vida e à segurança *de outras pessoas*. Assim, num juízo de ponderação, o direito fundamental à vida e à segurança de um grupo de pessoas inocentes prevaleceria sobre o direito fundamental à vida e à segurança dos injustos agressores. Nessas circunstâncias, a medida extrema seria constitucional. Impende salientar que, pesem embora as objeções doutrinárias⁴³, até hoje o abate de aeronaves hostis não foi declarado inconstitucional pelo STF.

Essa necessidade de *equilíbrio* entre os direitos fundamentais de um indivíduo e os direitos fundamentais da coletividade⁴⁴ (recondutíveis, muitas vezes, à soma dos direitos fundamentais dos indivíduos integrantes dessa coletividade) transparece em vários textos constitucionais e internacionais, como, *v.g.*, na Constituição italiana em vigor, que em vários dispositivos prescreve

⁴³ LUIZ FLÁVIO GOMES, *v.g.*, advoga a inconstitucionalidade do abate. (Lei do abate: inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 11 mai. 2015.)

⁴⁴ Pontifício MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “Se se pode distinguir a segurança da comunidade da segurança dos indivíduos que a integram, na verdade estão aí dois aspectos de um mesmo quadro, os quais são, no fundo, inseparáveis. Não haverá segurança da comunidade se inexistir segurança individual e vice-versa. [...] Não há segurança para o indivíduo se não existir segurança para a comunidade, ou para o Estado. Estas duas últimas são condição da primeira [segurança individual]. Mas a segurança da comunidade e a do Estado estarão sempre em risco se inexistir segurança individual.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164.) (Grifou-se.)

que a **segurança** da coletividade pode servir de *limite* a direitos individuais fundamentais.⁴⁵⁻⁴⁶

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

Para além disso, nessa sopesagem, há que considerar sempre a natureza e o grau dos riscos envolvidos, para evitar reações desproporcionais a riscos remotos, pouco factíveis, de improvável concretização. Não se pode manipular o conceito de “ameaça à segurança nacional” com o fito de justificar verdadeiras violações aos direitos fundamentais.

É certo que os riscos, via de regra, não podem ser mensurados com precisão matemática na sociedade contemporânea, de modo que sua avaliação envolve certa dose de subjetividade, até mesmo em virtude da história recente e das peculiaridades culturais de uma sociedade específica, ensejando percepções divergentes sobre o risco. Nessa linha, a sociedade norte-americana é

⁴⁵ “Art. 16. Ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità O DI SICUREZZA.”

“Art. 17. Delle riunioni in luogo pubblico deve essere dato preavviso alle autorità, che possono vietarle soltanto per comprovati motivi di SICUREZZA o di incolumità pubblica.”

“Art. 41. L’iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno ALLA SICUREZZA, alla libertà, alla dignità umana.”

⁴⁶ A este respeito, confira-se o escólio de TOMMASO GIUPPONI: “Nell’ambito dell’affermazione dei principi del costituzionalismo liberaldemocratico, la Carta del 1948 riconosce ampie sfere di intervento dei pubblici poteri a tutela di esigenze collettive connesse alle c.d. libertà positive, con particolare riferimento ai diritti sociali (cfr., ad esempio, gli artt. 32, 33, 34 e 38 Cost.), garantendo il giusto equilibrio tra esigenze individuali e collettive di tutela nell’ambito della garanzia dei diritti fondamentali della persona. Coerentemente con tale tendenza, la stessa Costituzione stabilisce che la sicurezza può rappresentare anche uno strumento legittimo di LIMITAZIONE dei diritti individuali (a partire anche dalle libertà più consolidate, come la libertà di circolazione, di cui all’art. 16 Cost., la libertà di riunione, di cui all’art. 17 Cost., o la libertà di iniziativa economica, di cui art. 41 Cost., nell’ambito delle quali viene espressamente richiamata la *sicurezza* quale limite). [...] Attualmente, tale ambivalenza si riflette anche sul piano del diritto internazionale e di quello comunitario (pur nelle loro specifiche caratteristiche e peculiarità). In tutti questi casi, infatti, alla proclamazione della tutela di determinate situazioni di libertà, si affianca l’individuazione di tutta una serie di limitazioni attinenti non solo al rispetto delle libertà altrui, ma anche all’ordine pubblico, ALLA SICUREZZA NAZIONALE, alla morale, alla salute, alla prevenzione dei reati, al benessere economico, a finalità di interesse generale O ALLA DEMOCRAZIA, anche se, da ultimo, con l’indicazione della necessità di salvaguardare il contenuto essenziale dei diritti e il criterio di proporzionalità.” (GIUPPONI, Tommaso F. La sicurezza e le sue “dimensioni” costituzionali. Disponível em: <http://www.academia.edu/11568147/La_sicurezza_e_le_sue_dimensioni_costituzionali>. Acesso em: 11 mai. 2015.) (Grifou-se.)

mais sensível a riscos ligados a terrorismo do que a europeia, ao passo que esta se preocupa mais com riscos ecológicos do que aquela.

Consoante documentos diplomáticos até há pouco sigilosos, divulgados pela Folha de São Paulo, à época da aprovação e da regulamentação da Lei do Abate, os EUA teriam pressionado fortemente o Governo brasileiro para que este reconhecesse que a “soberania” brasileira estava em risco em decorrência do tráfico internacional de drogas, o que foi rejeitado por temer-se interferência americana no território nacional, nomeadamente na Amazônia.⁴⁷

Enquanto os norte-americanos estavam bastante preocupados com os riscos do tráfico internacional de drogas, o Brasil estava mais preocupado com o risco de ingerência dos EUA na Amazônia.

De qualquer sorte, pese embora a *relativa* incalculabilidade dos riscos na sociedade atual, é de mister reconhecer que, no geral dos casos, há parâmetros racionais e objetivos para aferir, com algum grau de certeza, a natureza e a gravidade dos riscos em jogo. Na sopesagem dos direitos, dos riscos e das medidas hábeis a neutralizá-los ou minorá-los, revela-se bastante útil o recurso aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

6. CONCLUSÃO

O valor “segurança” é conatural à ideia mesma de Direito, sendo, por decorrência lógica, também essencial à noção de “Estado *de Direito*”, e, portanto, ao “Estado *Democrático* de Direito”.

A segurança, além de *princípio constitucional*, é também um *direito fundamental*, e, como tal, constitui um *trunfo* contra o Estado, destinado a proteger outros trunfos (direitos fundamentais) contra o arbítrio estatal.

Todavia, sendo um direito fundamental de natureza principiológica, é natural que o princípio da segurança (jurídica inclusive) possa entrar em colisão com outros direitos fundamentais. De fato, os direitos fundamentais não são absolutos, mas gozam de *relatividade*. Os *direitos fundamentais se limitam reciprocamente* (ex: direito à informação *versus* direito à privacidade). Para além disso, o próprio direito à segurança de uma pessoa pode colidir com o direito à segurança da sociedade e do Estado. O direito à segurança *individual* pode colidir com o direito *difuso* à segurança *pública* (CF/88, art. 144, *caput*).

Além das limitações impostas em tempos de normalidade institucional, a CF/88 prevê ainda, *em prol da segurança* (defesa da “ordem pública” ou da

⁴⁷ VALENTE, Rubens; ODILLA, Fernanda. Brasil sofreu pressão dos EUA contra “Lei do Abate”. Folha de S. Paulo, São Paulo, 4 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0409201105.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

“paz social”), limitações mais severas em tempos de anormalidade, de instabilidade democrática, a saber, nos casos de estado de defesa ou de sítio. Não há negar, portanto, que, nos casos de estado de defesa ou de sítio, o **direito à segurança limita**, ainda que temporariamente, o exercício de *vários direitos fundamentais* e da própria *democracia*, ainda que o faça *para resguardá-la*. Nessas circunstâncias excepcionais, a democracia mesma é limitada e comprimida, transitoriamente, para que possa *sobreviver*.

Por outro lado, a partir do substancial incremento do *terrorismo*, da “*cybercriminalidade*” e da produção de armas de destruição em massa (biológicas, químicas e nucleares), várias medidas restritivas de direitos fundamentais como liberdade, privacidade, presunção de não culpabilidade, dignidade da pessoa humana, etc., e da própria democracia têm sido adotadas por nações havidas como democráticas *em prol do direito à segurança*.

Entretanto, **na busca por segurança, o Estado Democrático de Direito não pode trair sua essência, seus valores fundantes, ao combater aquilo que contravenha a esses mesmos valores, sob pena de igualar-se aos seus inimigos. Não se pode manipular o conceito de “ameaça à segurança nacional” com o fito de justificar verdadeiras violações aos direitos fundamentais.** Restrições severas aos direitos fundamentais só se justificam diante de efetivo e real estado de sítio ou de defesa. **A banalização da invocação de “estado de sítio” numa pretensa e permanente “guerra contra o terrorismo” debilita e ameaça a democracia e o Estado de Direito, designadamente em razão do caráter permanente dessa suposta guerra, incompatível com a própria natureza do estado de sítio, transitório por definição (art. 138 da CF/88).**⁴⁸ Aceitá-lo seria compactuar com violações permanentes aos direitos fundamentais, sem comprovação de risco concreto e imediato.

A despeito da *relativa* incalculabilidade dos riscos na sociedade contemporânea, é necessário reconhecer que, na maioria dos casos, existem parâmetros racionais e objetivos para aferir, com algum grau de certeza, a natureza e a gravidade dos riscos presentes. Na sopesagem dos direitos, dos riscos e das medidas capazes de elidi-los ou diminuí-los, entremostra-se sobremaneira útil o emprego dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No Brasil, a cognominada “Lei do Abate” (Lei 9.614/98), alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica, para possibilitar a destruição de aeronaves reputadas hostis. Regulamentando este dispositivo legal, o Decreto 5.144/2004 invoca expressamente o princípio da segurança pública para justificar a medida extrema de destruição, alvo de sérias objeções doutrinárias.

⁴⁸ A Constituição brasileira é clara a este respeito: “Art. 138. O decreto do estado de sítio INDICARÁ SUA DURAÇÃO, as normas necessárias a sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas [...]”

Numa complexa sociedade de risco em constante mutação⁴⁹, o direito à segurança cobra relevo e adquire novos contornos. Já não basta garantir a liberdade individual contra o arbítrio estatal: é necessário assegurar a fruição de todos os direitos fundamentais, a fim de criar um “espaço de liberdade, de segurança e de justiça”⁵⁰ que possibilite ao indivíduo o direito à expressão e ao desenvolvimento pleno de sua personalidade e de suas potencialidades, com respeito às tradições e diferenças culturais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. **Revista de Processo**, v. 124, p. 40-52, jun. 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ATRIA, Fernando. **El Derecho y la contingencia de lo político**. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/el-derecho-y-la-contingencia-de-lo-politico-0/>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRINKBÄUMER, Klaus. The war on terror is America's mania. **Spiegel online**, Hamburgo, 16 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.spiegel.de/international/world/spiegel-commentary-on-us-internet-surveillance-a-911256.html>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CYBERTERRORISM. In: Wikipedia: The Free Encyclopedia. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Cyberterrorism>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

⁴⁹ “Liberdade, segurança e propriedade, eis a essência do lema da construção liberal da sociedade política. [...] Num contexto tão atribulado [como o atual], os direitos fundamentais, sensíveis ao extremo a todos os movimentos que possam afetar o estatuto das pessoas na sociedade, têm forçosamente de procurar, no plano constitucional, uma resposta aos novos desafios, que se pode resumir numa outra trilogia: *segurança, diversidade, solidariedade*.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 53 e 63.)

⁵⁰ Essa ideia de “segurança humana” se manifesta na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), máxime no seu Preâmbulo: “Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.”

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípios da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: **Segurança jurídica no Brasil**. BOTTINO, Marco Tullio (Org.). São Paulo: RG Editores, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

_____. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O estado de sítio na Constituição brasileira de 1946 e na sistemática das medidas extraordinárias de defesa da ordem constitucional**. Tese de livre docência - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1964.

GIUPPONI, Tommaso F. **La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali**. Disponível em: <http://www.academia.edu/11568147/La_sicurezza_e_le_sue_dimensioni_costituzionali>. Acesso em: 11 mai. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do abate**: inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

LEAL, Roger Stiefelmann. A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. **Revista de Informação Legislativa**, v. 194, p. 53-64, 2012.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil**. Disponível em: <http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A estabilidade dos atos administrativos e a segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima ante atos estatais. In: **Grandes temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do

Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; COSTA, José de Faria; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.) **ARS IVDICANDI**. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra editora, v. III, 2008.

VALENTE, Rubens; ODILLA, Fernanda. Brasil sofreu pressão dos EUA contra "Lei do Abate". **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 4 set. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft0409201105.htm>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

*** Recebido em 13 maio 2015.**