

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEI DO TIRO DE DESTRUIÇÃO (LEI DO ABATE)

Wagner Ricardo Samaniego*

1. INTRODUÇÃO

A defesa e a segurança de um Estado soberano não envolve apenas a proteção de suas riquezas, de seus recursos, ou de sua cultura, mas também a preservação dos seus valores sociais, dos seus valores familiares e da sua força para trabalho. Uma das grandes preocupações das autoridades brasileiras, além da defesa do Estado Brasileiro, de seu território ou dos bens da União, é a defesa do bem estar da sociedade. E defender a sociedade brasileira passa pelo combate efetivo ao flagelo das drogas, principalmente, entre a nossa juventude.

Por isso, as autoridades brasileiras, sobretudo, as Forças Armadas têm feito esforços, implantando diretrizes e procedimentos para o policiamento de nosso espaço aéreo, no sentido de coibir o uso de rotas tanto aéreas quanto terrestres para o tráfico de entorpecentes. Neste contexto, 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, no seu artigo 303, trata dos casos em que uma aeronave pode ser submetida à detenção, à interdição e à apreensão por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou pela Polícia Federal.

Nesse artigo 303 foi introduzido 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”.

Nessas condições, a sociedade brasileira, por intermédio de seus representantes legais, instituiu “Lei do Tiro de Destruição”, apelidada pela imprensa de “Lei do Abate”, que veio preencher uma importante lacuna, em apoio às medidas de policiamento do espaço aéreo brasileiro, particularmente sobre os movimentos aéreos não regulares, suspeitos de envolvimento com o tráfico de drogas ilícitas.

Antes da regulamentação da Lei do Abate as aeronaves interceptadas não faziam caso das ordens dadas pelas autoridades aéreas brasileiras, ignorando os protocolos de segurança, num claro gesto de desobediência e desrespeito.

Como não havia a prerrogativa de derrubada da aeronave suspeita, davam-se apenas tiros de advertência, procedimento absolutamente inútil e ineficaz, incapaz de deter os suspeitos que demonstravam similitudes à resistência à prisão. Saliente-se que o espaço aéreo de um país inclui o território marítimo e uma porção da atmosfera que se estende até 100 km de altitude, sendo que neste espaço há o controle da movimentação de aeronaves. Praticamente todos os países do mundo controlam seu espaço aéreo utilizando-se de moderna tecnologia de localização e interceptação, bem como o uso de radares, centros de controle e satélites de comunicação.

No Brasil o órgão de controle da movimentação no espaço aéreo sendo o DECEA (Departamento de Controle do Espaço Aéreo), organização governamental subordinada ao Ministério da Defesa e ao Comando da Aeronáutica, esse órgão controla a fluidez do tráfego aeronáutico e percebe irregularidades como se policiamento aéreo fosse. A efetiva ação da Lei do Abate depende intrinsecamente da coordenação e das informações advindas do DECEA. A lei em questão introduziu conceitos novos, pois a segurança e soberania nacional estavam em jogo. Tornou-se necessária a definição das expressões “meios coercitivos”, “aeronave hostil” e “medida de destruição”. Ademais, passou a ser imprescindível que o novo dispositivo fosse aplicado dentro de uma moldura de rígidos preceitos de segurança, com o pleno esclarecimento dos procedimentos e das condições em que a medida de destruição poderia ser executada. Todos estes aspectos demandaram a necessidade de regulamentação do citado dispositivo legal, por intermédio de um decreto presidencial. A partir de abril de 2003, um grupo de trabalho constituído por integrantes do Ministério da Defesa, do Ministério da Justiça, do Ministério das Relações Exteriores, do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e especialistas do Comando da Aeronáutica se reuniu com o objetivo de estudar todos os aspectos pertinentes à regulamentação da Lei do Tiro de Destruição, tais como procedimentos de interceptação aérea, normas internacionais da aviação civil, medidas de integração de procedimentos com os países vizinhos e legislação de países interessados no tema e que mantêm normas específicas sobre responsabilidade civil de seus cidadãos, quando estes tenham apoiado direta ou indiretamente a destruição de aeronave civil.

Fez-se imperativo que o Brasil se adaptasse às novas diretrizes de segurança de suas fronteiras, pois o tráfico internacional de drogas se mostrava mais eficiente e

* Bacharel em Direito - Campo Grande - MS.

detentor de meios mais eficazes para introduzir as drogas ilícitas no país. De forma que em 16 de julho de 2004 o decreto presidencial Nº 5.144 regulamentou os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, sobre o Código Brasileiro da Aeronáutica concernente às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, bem como a possibilidade de serem derrubadas aeronaves que sejam consideradas hostis ao Estado Brasileiro. Com o sistema de defesa aéreo brasileiro e do controle do tráfego aéreo dotados tecnologicamente no estado da arte, verificou-se que as principais rotas de entrada de drogas ilícitas em território brasileiro se faziam pelo uso de pequenas aeronaves clandestinas monomotores, voando em rotas não homologadas e em baixas altitudes, justamente para dificultar sua interceptação seja pelos radares convencionais dos centros de controles e pelas aeronaves de detecção como o avião-radar E-99 da FAB.

Conforme já salientado, antes da efetivação da chamada Lei do Abate, não havia regulamentação da legislação para fazer o policiamento do espaço aéreo brasileiro a contento, ou seja, deter eficazmente aeronaves hostis e suspeitas de tráfico internacional de drogas. Em vista disso, a desobediência e a desconsideração para com as ordens de nossas autoridades eram rotineiras. Neste contexto, o governo brasileiro, primando pelo respeito à nossa Soberania Nacional, objetivou garantir e aprimorar a segurança do país, enviando militares para a Amazônia e modificando a lei brasileira, para que as Forças Armadas tenham a prerrogativa de atuar no combate ao tráfico de drogas, seja terrestre, aéreo ou fluvial. A Lei do Tiro de Destruição se tornou uma das opções mais relevantes para que o governo brasileiro imponha seu papel como protetor de nossas fronteiras.

1.1 CIRCUNSTÂNCIAS DE APLICAÇÃO

Primeiramente, a aeronave passível de abate deve ser aquela que esteja suspeita de envolvimento com o tráfico internacional de drogas. Sabe-se que o Estado Brasileiro é fronteiro a países sul-americanos, dos quais alguns reconhecidamente produzem e exportam cocaína, bem como outros entorpecentes. A região amazônica é uma das principais rotas do tráfico originado em países onde se localizam produtores de drogas ilícitas dessa região. No entanto, a FAB entende que, se uma aeronave adentra ao território nacional, sem um plano de voo homologado e aprovado, em altitude e rotas clandestinas, vinda de regiões onde são reconhecidamente produtoras e distribuidoras de drogas, tal aeronave será considerada suspeita. Se os ocupantes da aeronave suspeita se negarem a fornecer informações verídicas sobre a identificação da aeronave ou demais detalhes relevantes para os órgãos de controle de tráfego aéreo, confirmará a condição de suspeita, portanto, passível de abate e destruição.

Quando uma aeronave considerada suspeita for identificada, serão aplicadas gradativamente as medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão. Não havendo resposta positiva por parte da tripulação da aeronave interceptada, no sentido de efetuar o pouso para submissão às medidas de controle no solo por autoridades federais ou estaduais, o procedimento de abate entrará em curso, de forma que essa medida extrema ficará sujeita à autorização do Presidente da República ou de autoridade por ele delegada. As informações técnicas adiante fornecem visão geral da aplicação dos procedimentos dispostos no CBA, na ICA 100-12 – Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo, na Lei 9.614/98 (Tiro de Destruição) e no Decreto 5.144/2004.

1.2 MEDIDAS DE AVERIGUAÇÃO

O primeiro nível das medidas de averiguação busca determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar seu comportamento. Engloba os seguintes procedimentos:

a) **Reconhecimento à Distância**, ocasião em que os pilotos da aeronave de interceptação, de uma posição discreta, sem serem percebidos, fotografam a aeronave interceptada e colhem informações de matrícula, tipo de aeronave, nível de voo, proa e características marcantes;

b) **Confirmação da Matrícula**, que se dá quando as informações são transmitidas para a Autoridade de Defesa Aeroespacial, que entrará no sistema de informações da aviação civil para verificar se a matrícula corresponde ao tipo de aeronave, o nome de seu proprietário ou operador, endereço, dados de identificação, validade do certificado de aeronavegabilidade, nome do piloto que normalmente a opera, licença, validade de exame médico, dados de qualificação e de localização e outros relevantes. Caso a aeronave esteja em situação regular, será realizado apenas o acompanhamento;

c) **Interrogação na frequência prevista para a área**, que é do conhecimento obrigatório de todo aeronavegante, consistindo na primeira tentativa de comunicação bilateral entre a aeronave interceptadora e a aeronave interceptada;

d) **Interrogação na frequência internacional de emergência**, de 121.5 ou 243 MHz, iniciando pela de VHF 121.5 MHz, que é mostrada, através de uma placa, à aeronave interceptada pelo piloto do avião de Defesa Aérea, após ter estabelecido com ela contato visual próximo;

e) **Realização de sinais visuais**, de acordo com as regras estabelecidas internacionalmente e de conhecimento obrigatório por todo aeronavegante.

1.3 MEDIDAS DE INTERVENÇÃO

Caso o piloto da aeronave suspeita não responda e não atenda a nenhuma das medidas já enumeradas, passa-

se ao segundo nível de medidas coercitivas, que é a Intervenção, caracterizada pela execução de dois procedimentos:

a) **Mudança de rota**, determinada pela aeronave de interceptação, tanto pelo rádio, em todas as frequências disponíveis, quanto por intermédio dos sinais visuais previstos nas normas internacionais e de conhecimento obrigatório;

b) **Pouso obrigatório**, também determinado pela aeronave interceptadora de forma semelhante à tarefa anterior.

1.4 MEDIDAS DE PERSUASÃO

O terceiro nível das medidas previstas, que entrará em execução somente se o piloto da aeronave suspeita não atender a nenhuma das medidas anteriores, consiste na realização de tiros de advertência, com munição traçante, lateralmente à aeronave suspeita, de forma visível e sem atingi-la.

No total, são nove os procedimentos a serem seguidos pelas autoridades de defesa aérea para o policiamento do espaço aéreo. Somente quando transgredidos os oito procedimentos iniciais é que a aeronave será considerada hostil, e estará sujeita à medida de destruição, que consiste na realização de disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave transgressora.

1.5 MEDIDA DE DESTRUIÇÃO

O tiro de destruição deverá atender, obrigatoriamente, a exigências rígidas, previstas pela regulamentação contida no Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. São elas:

a) A efetivação só poderá ocorrer estando todos os meios envolvidos estiverem sob o controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro (COMDABRA), o que significa dizer que tanto os radares quanto a aeronave de interceptação envolvida no policiamento do espaço aéreo, deverão estar sob o controle operacional das autoridades de defesa aérea brasileira;

b) Os procedimentos descritos serão registrados em gravação sonora e/ou visual das comunicações;

c) Será executado apenas por pilotos e controladores devidamente qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro (COMDABRA);

d) O procedimento irá ocorrer sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de drogas segundo as regras:

· A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a

finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra;
· É delegada ao Comandante da Aeronáutica a competência para autorizar a aplicação da medida de destruição.

Logicamente, utilizar dessa medida extrema só se fará necessária depois que todos os procedimentos previstos pela lei forem cumpridos, sendo que o tiro de destruição será o último recurso das autoridades brasileiras no intuito de evitar o ingresso de aeronaves transportando drogas ao país. Dentro deste raciocínio, observa-se o aumento gradativo da preocupação brasileira quanto a Segurança, a Soberania e os Recursos Naturais. A preocupação é relevante haja vista, com as descobertas do pré-sal, à potencial ingerência da comunidade internacional sobre a Amazônia, à biodiversidade brasileira e aos recursos hídricos. Relacionada a esse cenário estratégico foi aprovado em 18 de dezembro de 2008 o Decreto 6.703 que põe em vigor a Estratégia Nacional de Defesa, que dentre outras coisas, incrementa o desenvolvimento de aeronaves de caça e aeronaves não tripuladas.

2. LEI DO ABATE SOB A ÓTICA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Estado tem o direito de exigir obediência às leis bem como a prerrogativa de punir aqueles cidadãos que não as respeitam. No poder estatal inclui-se a faculdade sancionatória, a possibilidade de castigar as pessoas que não cumprem as normas e o ordenamento jurídico vigente, além de autorizar o exercício de uma violência contra o indivíduo que pratica o delito. Entretanto, o direito de punir deve ser exercido dentro das condições e limites estabelecidos nas normas penais e processuais penais, preocupando-se com a preservação das garantias e dos direitos fundamentais, com o intuito de se evitar abusos e arbitrariedades.

Dentro dessa linha de pensamento, encontra-se a teoria do Direito Penal do Inimigo, que foi criada pelo alemão Günter Jakobs a qual sustenta que há duas espécies de direito penal: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Diferencia o criminoso de alta periculosidade dos cidadãos comuns, como se não fossem pessoas, apenas indivíduos. Roberto Bartolomei Parentoni explica: (...) pretende o alemão a prática de um Direito Penal que separaria os delinquentes e criminosos em duas categorias: os primeiros continuariam a ter o status de cidadãos e, uma vez que infringissem a lei, teriam ainda o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido e a

voltar a ajustar-se à sociedade; os outros, no entanto, seriam chamados de inimigos do Estado e seriam adversários, representantes do mal, cabendo a estes um tratamento rígido e diferenciado.(...) não sendo capazes de adaptar-se às regras da sociedade, deverão ser afastados, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o status de cidadão (1)

Sem dúvida uma doutrina severa, dura e rigorosa. No entanto, em que pese argumentos contrários, é uma doutrina que se mostra extremamente preocupada com a segurança do Estado e de sua sociedade. Os cidadãos, porventura autores de ilícitos eventuais, sem configurar a prática reiterada de crime terão todo apoio para se ressocializarem e se recuperarem. Conforme explicitado acima, o Direito Penal do Inimigo enfatiza que, o criminoso contumaz, que não consegue viver com civilidade e decência, deve receber do Estado uma resposta proporcional às suas práticas e atitudes, correndo o risco de ser encarado como um inimigo.

O direito penal do cidadão é aplicado àquelas pessoas que delinquem, mas que não chegam a apresentar um grande perigo para o Estado. O cidadão comete um deslize e se afasta momentaneamente da observância da lei. Nesses casos, o indivíduo que comete um delito deve ser respeitado e também lhe devem ser asseguradas todas as garantias processuais e penais. Por outro lado, o direito penal do inimigo deve ser aplicado nos casos de pessoas que se afastam permanentemente do Direito. O inimigo representa uma grande ameaça ao próprio Estado, pondo em constante risco a paz social que é de interesse de todos.

Importante salientar que o direito da coletividade prevalece sobre o direito individual. Evitando-se arbitrariedades e respeitando-se a princípio da Dignidade Pessoa Humana, a paz social deve ser um ideário a ser buscado. No Brasil, infelizmente prevalece a inversão de certos valores, pois o cidadão de bem, trabalhador e cumpridor das leis, muitas vezes fica recluso em sua casa, enquanto a bandidagem se alastra pelas ruas. Entende-se que há um lado positivo do Direito Penal do Inimigo, pois a mão firme do Estado deve prevalecer sobre aqueles que persistem no erro e que querem viver à margem das leis e da civilidade, pois no Estado Democrático de Direito o poder estatal só se torna legítimo quando há respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, bem como aos princípios norteadores do conceito de justiça e equidade.

Jakobs salienta: Como acaba de citar-se, em Kant, não se trata como pessoa quem me ‘ameaça... constantemente’, quem não se deixa coagir ao estado de civilidade. De modo absolutamente similar, Hobbes despersonaliza o alto traidor, pois este também nega por princípio a constituição existente. Hobbes e Kant conhecem, portanto, um Direito Penal do Cidadão - contra pessoas que não delinquem de modo contumaz por princípio - e um Direito

Penal do Inimigo contra aqueles que se desviam por princípio; este exclui, enquanto aquele deixa intocado o status de pessoa. O primeiro, o Direito Penal do Cidadão, é direito também no que se refere ao criminoso, o qual continua sendo pessoa. Mas o último, o Direito Penal do Inimigo, é Direito em outro sentido. É certo que o Estado tem direito de proteger-se contra indivíduos que delinquem de modo contumaz; afinal de contas, a custódia da segurança é um instituto jurídico. Mais ainda: os cidadãos têm o direito de exigir medidas apropriadas do Estado, i. e., ele têm direito à segurança, através do qual Hobbes fundamenta e limita do Estado: *fini oboedientiae est protectio*. Mas, nesse Direito, não está contido o inimigo - em Hobbes, o alto traidor; em Kant, aquele que ameaça constantemente; esse é o Direito dos demais. O Direito Penal do Cidadão é o direito de todos; o Direito Penal do Inimigo é o direito daqueles que se contrapõem ao inimigo; em relação ao inimigo, ele é somente coação física, chegando até a guerra (2).

Convém salientar que no Direito Penal do Inimigo o agente que propositadamente e reiteradamente age de maneira contrária à lei, acaba agindo contrariamente ao próprio Estado, tornando-se inimigo deste. Como tal, suas garantias fundamentais e constitucionais são suprimidas, não sendo mais encarado como cidadão, sendo tratado de modo diferenciado pela justiça. Sendo considerado inimigo não será tratado como pessoa, nem como sujeito de direito, mas como objeto de direito. A ideia de Direito Penal do Inimigo é uma vertente conservadora moderna do Direito Penal, cujos teóricos sustentam que a sociedade vive hoje uma verdadeira guerra contra a criminalidade de alta periculosidade. Este criminoso perigoso, portanto, segundo tal doutrina, deveria ser tratado como o inimigo e, como tal, deve haver um Direito Penal diferenciado para este destinatário, bem mais duro, e outro, mais tolerante, para o cidadão comum. Este tipo de construção filosófica dá respaldo teórico às propostas de majoração das penas, supressão de garantias processuais etc.

Em síntese, uma pessoa que não se enquadra no estado de cidadania e civilidade também não faz jus aos direitos assegurados aos cidadãos e, portanto, são tratados de modo diferenciado pela Justiça. Neste contexto, a Lei do Abate, embasada no decreto 5.144/2004, sob a ótica do direito penal do inimigo, salienta que a prerrogativa de abater aeronaves caracteriza que o Estado Brasileiro trata os indivíduos e tripulantes da aeronave suspeita como

(1) Jakobs, In: La Idea de la normativización en la Dogmática jurídico-penal, in Moises Moreno Hernandez(coordenador), Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI, Cepolcrim, Editorial lus Peonale, 2003, p. 69.

(2) JAKOBS, Günther, Direito Penal do Inimigo, org. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira, tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes, 1ª edição, ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, p. 7/9.

inimigos, pelo fato de se negarem às ordens das autoridades, e conseqüentemente, impondo-lhes tratamento penal diferenciado, severo e contrário aos ditames constitucionais prevalecentes no Estado Democrático de Direito. Entretanto, o fato de que, apesar dos inúmeros procedimentos de averiguação, persuasão, bem como tiros de advertência, tais agentes continuarem a desobedecer às ordens das autoridades aéreas, revela a disposição de não respeitarem as normas, tornando-se inimigos não podendo exigir serem tratados como cidadãos. É a visão do Direito Penal do Inimigo. Por questão de soberania e segurança nacionais, a relativização das garantias e direitos torna-se legítima em face da opção do piloto da aeronave em ignorar os procedimentos legais. Entende-se dessa forma que o Estado estará agindo de maneira proporcional, no sentido de reduzir alguns direitos daquelas pessoas que se afastam permanentemente das leis, mas favorecendo aqueles que vivem em concordância com elas.

É inadmissível colocar em risco a paz social, a Soberania Territorial Brasileira e a Segurança Nacional por conta de se proteger os direitos de delinquentes que não têm o mínimo escrúpulo e consideração para com o bem-estar da sociedade. Não se pode negar que os direitos e garantias fundamentais são essenciais à sociedade, bem como a ordem e a segurança pública que estão preconizadas (artigos 5º, 6º e 144 da Constituição Federal), sendo que não podem ser sacrificadas por motivos e concepções individualistas. Entretanto, nenhum direito é absoluto ou ilimitado. Os direitos fundamentais gozam de certa relatividade com o intuito de respeitar outros direitos fundamentais.

2.1 PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA

O direito à vida é o mais importante de todos os direitos. O seu significado constitucional é amplo, porque ele se conecta com outros, a exemplo dos direitos à liberdade, a igualdade, a dignidade, a segurança, a propriedade, a alimentação, ao vestuário, ao lazer, a educação, a saúde, a habitação, a cidadania, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (3). Sem o direito à vida não há possibilidade do exercício de outros direitos, já que nem mesmo a própria pessoa pode dispor de sua vida. É um direito inviolável e indisponível, sendo tão sério que até mesmo o nascituro é detentor de direitos. O Código Civil no artigo 2º fundamenta que a lei põe salvaguarda aos direitos do nascituro desde a sua concepção.

Nessa esteira, ter uma vida digna e plena tem um caráter subjetivo, pois cada ser humano encara de maneiras diferentes suas próprias necessidades e valores. Uma questão plausível é encontrar a razoabilidade, o equilíbrio

entre aquilo que realmente precisamos ter daquilo que queremos possuir. Muitas vezes o que uma pessoa precisa é de uma oportunidade, de um incentivo para encontrar pelos seus próprios méritos o êxito de uma vida plena e satisfatória.

CANOTILHO (4) aduz que o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da “não agressão” ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. A Constituição Federal defende o direito à vida, cabendo ao Estado o dever de assegurá-lo, para que o cidadão tenha uma vida digna e satisfatória. É inviolável o direito de viver, mas viver com dignidade é muito melhor. A República Federativa do Brasil e todo o seu ordenamento jurídico norteia-se no princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no inciso III, art. 1º, da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, o Estado deve prezar pela manutenção da vida do ser humano, e não prover meios ou procedimentos para dar fim a ela. Como Cláusula Pétreia, preconizado em nossa Carta Magna, não há o que se falar em tirar a vida de alguém por meios oficialmente aceitos pelo poder público. A Constituição Federal garante o direito à vida e proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII). A guerra precisa ser necessariamente externa para que se enseje a pena de morte. Nem uma guerra interna ou mesmo civil é pretexto para que a sentença de morte seja executada pelo Estado.

O Brasil inclusive é membro do Protocolo da Convenção Americana dos Direitos Humanos para a Abolição da Pena de Morte, ratificado em 13 de agosto de 1996 e proclama o art. 60, § 4º, IV, de sua Carta Magna que não será objeto de deliberação a proposta de emenda que tenda a abolir “os direitos e as garantias individuais”. Nem mesmo um plebiscito ou referendo pode servir a essa finalidade, pois o princípio da supremacia constitucional exige a proteção inalterável das constituições.

2.2 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo é a manifestação de um direito da pessoa humana. As constituições se interessam por disciplinar o processo, com o objetivo de impedir que leis mal elaboradas possam prejudicar os direitos subjetivos que

(3) BULOS, Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2007, p.410.

(4) CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Editora Almedina. Coimbra, 2003. pág. 493

devem ser amparados. O processo é o meio pelo qual o Estado procede à composição da lide, aplicando o direito ao caso concreto e dirimindo os conflitos de interesse. Sem o processo não há como solucionar o litígio, razão por que é instrumento imprescindível para resguardo da paz social (5). Este é o princípio consagrado pela Constituição Federal, sendo uma garantia judicial dentre os vários elencados em nossa Carta Magna. Pressupõe também o contraditório que se perfaz pela igualdade de armas, além da garantia de ampla defesa, tanto a técnica quanto a auto-defesa.

O devido processo legal é o reservatório de princípios constitucionais, expressos e implícitos, que limitam a ação dos Poderes Públicos. Mais do que um princípio, o devido processo legal é o fundamento sobre o qual todos os demais direitos fundamentais repousam. Por seu intermédio, a toda pessoa deverá ser concedida o que lhe é devido (6). O princípio em tela assegura à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que a lei estabelece. Garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juiz competente, ao duplo grau jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. A Constituição Brasileira no seu art. 5º, LIV preconiza que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O maior bem que um ser humano pode possuir é a sua própria vida.

Entretanto, quando se observa as injustiças e atrocidades cometidas no mundo que nos cerca, tende-se a relativizar a informação supracitada e dizer que estar vivo, talvez não seja o maior bem, mas que viver com saúde e dignidade o seja. Na maioria dos países do terceiro mundo, sobretudo naqueles mais pobres, a dignidade da pessoa humana e seus direitos mais elementares, inclusive, defendido pela Organização das Nações Unidas não são respeitados. Muitos preferem dar cabo à sua vida a passar por tantos sofrimentos. Mas retornando ao assunto principal, entende-se que o devido processo legal é a garantia da prestação jurisdicional e deve proporcionar ao cidadão o pleno acesso à justiça.

Este princípio assegura a todos o direito a um processo com todas as etapas previstas em lei e todas as garantias constitucionais. Ele reflete em uma dupla proteção ao sujeito, no âmbito material e formal, de forma que o indivíduo receba instrumentos para atuar com paridade de condições com o Estado-persecutor. De forma que todos os atos e qualquer ato praticado por autoridade para ser

válido e eficaz é imprescindível que seja seguido todas as etapas previstas em lei. Convém salientar que autoridade é aquela legalmente constituída, aquela que tem poder de mandar e os subordinados tem o dever de cumprir com as diretrizes proferidas. O devido processo em direito também significa a obrigatoriedade da observação de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade, ou seja, todos os atos procedimentais.

Nestes termos, o devido processo é previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade, obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição, ou então organizados em regras regimentais das assembleias legislativas. Ou seja, todo ordenamento jurídico, inclusive os regimentos internos das assembleias legislativas devem pautar-se nos princípios constitucionais, incluindo o princípio do devido processo legal. Uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal, mas, sobretudo, a um processo justo e adequado, quando se tratar de legitimar o sacrifício da vida, da liberdade e da propriedade.

O processo, com um todo deve ser contemplado na própria constituição. A lei deve instituir este processo, proibindo qualquer atitude que descaracterize as garantias materializadas na Constituição. O direito ao devido processo legal visa proteger a pessoa contra arbitrariedades que possam ser cometidas pelo poder estatal. Aplicando os princípios da lei constitucional o benefício do devido processo legal propaga-se a todos que desejam ter a proteção da lei e evitar abusos das autoridades constituídas.

2.3 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Pode-se afirmar que o princípio do contraditório é a manifestação do exercício democrático de um poder. É uma consequência do princípio do devido processo legal, caracterizado pela possibilidade de resposta e a utilização de todos os meios de defesa admitidos no ordenamento jurídico. O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal. Este princípio justifica-se para a questão de ordem pública, sendo essencial a qualquer país que queira pautar-se na segurança jurídica de suas instituições. São assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Com base neste princípio, todo o réu tem o direito de conhecer a acusação que lhe é atribuída, tem o direito de ser ouvido e a fazer suas argumentações. Além disso,

(5) CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 16ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2009, p.14.

(6) BULOS, (Cf..Opus...) Uadi Lammego. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2007, p.523.

tem a prerrogativa de opor-se às alegações da parte contrária. Contraditório é a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contrariá-los. Por não ser uma simples possibilidade de manifestação no processo, o exercício da ampla defesa tem como pressuposto alguns direitos básicos, sem os quais aquela garantia não passará de uma mera aparência de defesa.

A grandiosidade do princípio do contraditório na Carta de 1988 visa satisfazer a necessidade de levar aos interessados o conhecimento da existência do processo e de outro, ensejar a possibilidade de as partes defenderem-se daquilo que lhes for desfavorável. O princípio da ampla defesa assegura que o réu tenha todas as condições que lhe assegurem apresentar e constar no processo as provas e os argumentos necessários que ajudem a trazer à tona do devido esclarecimento da verdade real.

Concernente à veracidade dos fatos, o magistrado tem o dever de investigar a verdade real, ter conhecimento de como os fatos se realizaram, se certificar da autoria e da materialidade do delito e em quais condições a infração se perpetrou. Essas informações certamente lhe darão base para se chegar à justiça. O contraditório assegura uma luta igualitária entre o poder persecutório do Estado e o direito de ampla defesa do indivíduo que se utiliza do contraditório para garantir a lisura e a legalidade do processo. A própria palavra, “contraditório”, implica uma opinião contrária, oposta àquilo que está sendo alegado ou argumentado.

Aplicando-se este princípio dá-se a oportunidade de ampla defesa, justamente quando o réu apresenta sua versão do fato, ou mesmo quando utiliza do seu direito constitucional de permanecer calado, sem que essa atitude possa ser usada em desfavor do mesmo. A defesa ampla, garantida pela Constituição Federal, pressupõe também que esse pleno conhecimento das informações e documentos constantes do processo seja viabilizado, sempre, com antecedência e tempo razoáveis para o exercício do contraditório, outro princípio constitucional de igual relevância.

O réu tem direito de contraditar, contradizer, contraproduzir a tudo, ou mesmo omitir-se e calar-se, caso entender que seja necessário. O importante será oportunizar o contraditório, o contra argumento e facilidade técnica de defesa. No Estado Democrático de Direito o indivíduo tem a liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas sem qualquer restrição. É uma garantia constitucional que envolve o poder sancionatório e punitivo do Estado sobre pessoas físicas e jurídicas.

2.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Pode-se aduzir que os princípios são a base de todo conhecimento humano e que sustentam todo o ordenamento jurídico e normativo, porquanto transgredir um princípio é pior que violar uma norma infraconstitucional. Neste contexto, tanto o princípio da

proporcionalidade quanto da razoabilidade devem nortear a justiça e as relações humanas. A proporcionalidade significa a relação entre meios e fins, quais meios razoáveis a utilizar para se atingir determinado objetivo jurídico, sendo este o melhor possível. No princípio da proporcionalidade há um balanceamento dos valores do ordenamento jurídico para se garantir os direitos dos cidadãos diante de situações consistentemente relacionadas. A vinculação do princípio da proporcionalidade por via dos direitos fundamentais justifica o entendimento de que qualquer manifestação do poder público deve render-lhe obediência, pois se modera pela necessidade que o operador jurídico tem de analisar o caso concreto em cotejo com a norma aplicável. Ao utilizá-la, deverá adequá-la à realidade vigente em determinado período e para determinada realidade.

O princípio da proporcionalidade também se relaciona com o conceito de isonomia no sentido de ser um critério de justa medida de distribuição dos direitos e deveres sociais, além de ter a nobre função de atualizar e efetivar a proteção dos direitos fundamentais. Por meio deste princípio verifica-se se os fatores de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes, sendo em razão desse motivo que o princípio da proporcionalidade aufere grande prestígio. Afinal, o que se almeja é a garantia aos indivíduos de direitos fundamentais que não podem ser menosprezados a qualquer título. Diante de uma colisão de princípios constitucionais, é imperioso verificar qual deles tem o maior peso diante das circunstâncias concretas, bem como se ponderar sobre o sopesar dos princípios envolvidos. A regra de proporcionalidade deve resultar da firme decorrência do caráter principal da normatização jurídica e objetiva encontrar uma solução à contrariedade de princípios fundamentais.

Portanto, o critério da proporcionalidade desponta como um importante meio para solução de conflitos, pois é utilizado de forma a sopesar princípios que se conflitam em determinada situação concreta. No Direito Penal o princípio da proporcionalidade é extremamente importante, haja vista que a punição ao agente que comete um ilícito penal deve ter relação direta com a gravidade da infração. Não pode haver uma distorção desarrazoada entre o direito de punir do Estado com a forma de efetivar tal sanção persecutória. Dentro do contexto legislativo, o legislador deve primar pela proporcionalidade e razoabilidade quando da determinação da cominação das penas, de forma que o aplicador deve verificar todas as possibilidades e adotar a menos gravosa ao agente, principalmente se estiver em voga a intervenção nos direitos fundamentais.

No tocante constitucional, faz-se necessário que, em situações de conflito de princípios constitucionais, se vislumbre a Lei Fundamental de maneira estrita, procu-

rando-se uma solução que apresente a menor restrição possível às normas em confronto, harmonizando as suas tensões e contradições. Portanto, o princípio da proporcionalidade representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas. Deste modo, este não deve agir com demasia, da mesma forma que não pode agir de modo insuficiente na realização de seus objetivos. Além da força de limitação da intervenção do Estado o princípio de proporcionalidade também está relacionado à proteção substancial do indivíduo. Como juridicamente se vive em um Estado Democrático de Direito, o indivíduo deve ter meios eficientes de proteger-se da arbitrariedade e dos abusos que podem ser cometidos pela força estatal, sobretudo, dos ditames totalitários e mesquinhos, muitas vezes eivado de viés fisiológico, que podem vir a prevalecer no ato político. Ocorrerá violação ao princípio da proporcionalidade sempre que o administrador, tendo dois valores legítimos a sopesar, priorizar um a partir do sacrifício exagerado do outro. Ferir ou lesionar este princípio é uma das maiores inconstitucionalidades, pois viola cristalinamente a ordem constitucional, e sem ordem constitucional não há o que se falar em Estado Democrático de Direito.

Conforme salienta Karl Larenz “o princípio da proporcionalidade, na sua formulação mais geral, em que requer ou exige apenas uma relação adequada entre meio e fim e que o dano que sobrevenha não esteja sem relação com o risco que deveria ser afastado, aparece como um princípio aberto, porque nestes casos não é indispensável uma avaliação adicional. Não se trata aqui de outra coisa senão do conceito de justa medida, do equilíbrio, que está indissociavelmente ligado à ideia de justiça”. No tocante a origem do Princípio da Proporcionalidade, evoca-se à lição de Canotilho, (Op cit. p. 259) lembrando que: O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como medida para as restrições administrativas da liberdade individual. É com esse sentido que a teoria do estado o considera, já no século XVIII, como máxima supra positiva, e que ele foi introduzido, no século XIX no direito administrativo como princípio do direito de polícia. Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido por princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional.

Portanto, o princípio da proporcionalidade reserva-se na situação em que não pode haver um exagero, arbitrariedade do direito positivo e violação dos direitos individuais limitando os poderes do legislador. Apesar deste princípio não estar explicitamente descrito na Constituição Federal, encontra-se nela implicitamente, expressando a ideia de proporção, adequação, medida justa, prudência a atitude jurídica apropriada à necessidade.

2.5 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Dispõe o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Considerando-se no sentido mais específico deste princípio, pode-se considerar não apenas a presunção da inocência, mas a desconsideração prévia da culpabilidade. O Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que em seu art. 8º, I, estabelece claramente o princípio da presunção de inocência: “Toda pessoa acusada de delito tem o direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; c) no curso do processo penal, como paradigma de tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Convém lembrar a Súmula 9 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a prisão processual não viola o princípio do estado de inocência. No campo probatório é que a doutrina da presunção de inocência se faz mais abrangente, pois cabe ao Ministério Público o ônus de provar a veracidade dos fatos, bem como a autoria e a materialidade do tipo penal. Se houver dúvidas da parte do juiz após a apreciação da prova, esta deve ser em benefício do réu e a favor deste. Extrai-se da presunção de inocência uma regra que deve permear o julgamento, no caso o *in dubio pro reo*, em situações em que não se tem certeza, após análise das provas, da autoria e materialidade do ilícito penal. Entende-se que a presunção de inocência não impede as prisões processuais (prisão em flagrante, temporária, preventiva, prisão decorrente da pronúncia e da sentença condenatória recorrível) todas as que estão previstas em lei. Mas este princípio exige que o juiz demonstre a ocorrência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* (ou *periculum libertatis*) para determinar a custódia cautelar. Isso demonstra que não há incompatibilidade com a norma constitucional de tais prisões processuais obrigatórias.

Nos julgados e decisões de 1ª instância e até mesmo no Supremo Tribunal Federal há algumas oscilações a respeito da presunção de inocência *versus* as prisões cautelares. Seus julgados a respeito da presunção de inocência *versus* prisões cautelares ainda se apresentam controvertidos. Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal afirmam que é necessário embasamento jurídico específico para se ordenar a prisão processual, mas ainda são preponderantes os aspectos da gravidade do crime imputado, bem como a grande repercussão em torno dele, sobretudo, na imprensa. Os tribunais têm entendido que a

presunção de inocência seria relativa ao Direito Penal, não alcançando os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva. O princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade apresenta inúmeras e diferentes repercussões na prática judicial brasileira, pois na realidade, o acusado ainda é considerado um cidadão e, portanto, um sujeito de direitos e não um mero objeto de investigação ou mesmo um inimigo do Estado.

3 CONFLITOS DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

3.1 SOPESAMENTO DOS PRINCÍPIOS

O direito à vida é direito inviolável. No entanto, a própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea a, prevê que esse direito e sua garantia constitucional podem ser excepcionalmente violados respaldando a existência da pena de morte em caso de guerra declarada. A possibilidade de declaração de guerra tem respaldo no disposto do art. 84, inciso, XIX, como atribuição do Presidente da República. O direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade está consagrado no art. 5º caput da Constituição Federal como direito fundamental. Mesmo sendo direitos humanos fundamentais, os direitos e garantias individuais e coletivas não podem ser utilizados como proteção para prática de atividades ilícitas afastando a responsabilidade civil ou penal, sob a pena de desrespeito ao Estado de Direito. Isto alinhado ao conceito fundamental de que “Soberania é a ausência de subordinação de um Estado, sendo um caráter supremo de poder, visto que não se admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele” (7).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no qual o Brasil é signatário prevê *in verbis*: Artigo 27 – Suspensão de garantias:

Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-parte, este poderá adotar as disposições que, na medida e pelo tempo, estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e elas não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. Neste contexto, a Lei do Abate denota a pretensão do Estado de se proteger de aeronaves hostis que não acatam a normas das autoridades aéreas e entende-se que ela não fere o princípio constitucional do direito à vida, pois o que se pretende é a garantia da Segurança Pública e a defesa da Soberania³⁸ do Terri-

tório Nacional. O Decreto 5.144/04 e a Lei 9.614/98 não representam retrocesso, mas avanço em relação ao fato que o direito da coletividade sobrepõe ao direito individual. Questiona-se que a prerrogativa constitucional de pena de morte excepciona o direito à vida em caso de guerra declarada. A Lei do Abate possibilita atentar contra a vida de outrem em tempo de paz, aparentemente indo de encontro à constituição, o que a tornaria evidentemente lei inconstitucional.

De acordo com o ex-ministro José Viegas ao explicar o dispositivo legal: “Não há condenação à morte sem o julgamento, porque se trata de resistência à prisão e as aeronaves somente serão destruídas se os pilotos não obedecerem às ordens dos pilotos da Força Aérea Brasileira. Além disso, só serão abatidos aviões que estivessem transportando drogas”. Observa-se flagrantemente a utilização do direito penal do inimigo, sendo que o cidadão por negar-se a cumprir as ordens das autoridades, sendo sua aeronave abatida, o mesmo é praticamente condenado à morte. Sendo totalmente inconstitucional, a lei do abate coloca em risco a vida de inocentes, simplesmente por se suspeitar da prática de algum ato ilícito, sem dar direito à defesa e sem um julgamento justo e adequado. Argumenta-se que a tripulação da aeronave não cumpre as determinações do policiamento aéreo e sai em fuga. No entanto, mesmo que isso aconteça, a fuga não é motivo válido para se abater a mesma, até porque o ato de fugir não tipifica o crime, pois o Estado tem o dever de prender e punir os suspeitos e não condená-los à morte, salvo em legítima defesa.

A redação original do Código Brasileiro de Aeronáutica não dispunha de nenhuma regulação acerca da destruição de aeronaves. Previa-se apenas a detenção de aeronaves. No entanto, a garantia da Segurança Pública e defesa da Soberania do Território Nacional, bem como a minimização do flagelo das drogas fizeram com que as autoridades brasileiras implementassem novas diretrizes jurídicas e procedimentos inibitórios. Com a modernização aeronáutica e a implementação de novas tecnologias de interceptação, o combate ao tráfico de drogas através do espaço aéreo ficou mais efetivo, preciso e permanente, inclusive com a utilização de modernas aeronaves e do Veículo Aéreo Não Tripulado.

Como salientado acima, tem havido investimentos importantes de recursos para o policiamento aéreo e conseqüentemente a implementação da Lei do Tiro de Destruição, sendo esta severamente criticada por operadores do direito concernente à violação de princípios constitucionais. Entretanto, a aparente tensão entre alguns dos princípios constitucionais envolvidos na Lei do Abate não se justifica como um paradoxo, mas um choque entre as normas fundamentais (direito à vida e a liberdade e segurança pública e soberania), de conteúdo principiológico.

(7) FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 29ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2002. pág.49.

Situação que exige concordância prática entre tais matérias, que resultará, por sua vez, tão somente na não aplicação de uma delas no contexto da crise normativa. São aparentes conflitos de normas, já que tais conteúdos normativos perfeitamente se compatibilizam numa coexistência harmônica no ordenamento jurídico, pois, não há abstratamente uma supressão dos direitos fundamentais, apenas, topicamente, exige-se, sob a orientação da metódica da razoabilidade, uma precedência hermenêutica de um sobre o outro, para dar coerência ao sistema de normas e princípios.

Aparentemente a Lei do Abate fere o princípio constitucional do devido processo legal, já que condena sem julgamento os tripulantes da aeronave hostil. Para aplicação de uma medida punitiva, no estado democrático de direito, se faz necessário a instauração de um processo, justamente para evitar os abusos do poder estatal e dar a devida proteção ao cidadão. Não é o caso da aplicação da lei do tiro de destruição, pois os ocupantes das aeronaves são condenados sem chance de defesa através da aplicação sumária da lei. Convém salientar que o Poder Judiciário é o órgão competente para julgar e condenar alguém, de forma que não há tribunais de exceção, e não pode haver decisão extrajudicial. Está expresso na redação do inciso XXXV do artigo 5o da Constituição brasileira, nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Portanto, a lei do abate fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois este é o princípio garantidor da tutela estatal aos conflitos da sociedade. A Constituição Federal garante a de todos se valerem do poder judiciário toda vez que seu direito tiver sido lesado ou ameaçado. Da forma como consta na lei, a condenação caberia de ofício, à FAB, um flagrante desrespeito à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito. O princípio da presunção de inocência disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal também é violada pela lei do abate. Pressupõe-se por esse princípio que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O abate de aeronaves vai de encontro a este princípio, na medida em que adota procedimentos extremos e desproporcionais, presumindo-se a culpa dos supostos envolvidos em tráfico de entorpecentes. No entanto, é extremamente importante salientar que antes de se adotar a medida extrema de abater a aeronave, se adota as tentativas procedimentais de controle da situação, conforme o decreto 5.144/04 que regulamentou o dispositivo do Código Brasileiro da Aeronáutica Lei 7.565/86. O abate da aeronave é uma medida drástica, numa situação em que já se esgotaram todas as alternativas de solução menos gravosa à aeronave suspeita e à sua tripulação.

Concernente ao direito a igualdade perante a lei o

art. 5º, caput, de nossa Carta Magna preconiza: 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 segurança, e à propriedade. Salienta-se que a lei do abate desrespeita este princípio, pois independentemente de onde o agente estiver praticando o tráfico de drogas, seja num carro, num ônibus ou em um avião, não poderá ser morto, pois lhe está garantido todos os seus direitos constitucionais. Como já citado anteriormente o princípio da proporcionalidade procura equilibrar a gravidade do delito com a severidade da pena. Deve haver uma proporção razoável entre o sacrifício de bens e os males a evitar. É um dos princípios que limitam a atuação do legislador e coíbe os excessos desarrazoados, evitando-se restrições excessivas e ações abusivas de legisladores e dos administradores. A chamada lei do abate viola este princípio flagrantemente, pois não existe nenhuma proporcionalidade na ação de tirar a vida de ocupantes de uma aeronave que está em fuga e que não aceita as ordens da autoridade aéreas. Lembrando-se que a dita aeronave é apenas suspeita de um ilícito penal, no caso, o tráfico de drogas e entorpecentes.

No que cerne ao princípio do contraditório e da ampla defesa Nelson Nery Junior (2006 p. 58): “O princípio do contraditório constitui-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com a igualdade das partes e do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório”. O contraditório como já salientado é a demonstração externa da ampla defesa, pois o acusado pode produzir provas de sua defesa, pode se opor às acusações, bem como dar a sua versão jurídica daquilo que lhe está sendo imputado.

3.2 COEXISTÊNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES

Os princípios constitucionais são tradicionalmente apresentados de forma harmônica, não havendo hierarquia entre os mesmos. Mas podem existir situações em que haja colisão de princípios, sendo que neste caso deverá ser determinado a prevalência de uns e o afastamento de outros sem prejuízo de sua validade. É o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais. As normas constitucionais parecem conflitantes muitas vezes e até mesmo antagônicas. Podemos citar o princípio da liberdade de expressão e o direito à intimidade ou privacidade. As mesmas são aparentemente irreconciliáveis. Na realidade existe uma constante tensão entre as normas cons-

titucionais. A carga valorativa inserida na Constituição é a causa da tensão existente visto que nela está incorporada os interesses de diversas classes que compõem o Poder Constituinte Originário. Em diversos momentos esses interesses não se harmonizam entre si porque representam a vontade política de classes sociais antagônicas.

O ordenamento jurídico do Brasil, como um Estado Democrático de Direito, baseia-se em um conjunto de leis que organizado por normas hierarquicamente definidas. Não obstante, entre as normas constitucionais não existem hierarquias, pois nelas é que se encontram os direitos fundamentais da sociedade. Existe, portanto, a possibilidade de surgir conflito entre as normas constitucionais, sendo que, neste sentido passa a existir um impasse entre quais das normas deve prevalecer. A lei do abate é um exemplo. Nela chocam-se o preceito pétreo constitucional do direito à vida em face ao direito à segurança. A colisão entre essas normas de direitos fundamentais se dá quando, no caso concreto, o exercício de um direito fundamental de um indivíduo impede ou restringe o exercício de um direito fundamental de outro indivíduo, sendo que tais direitos podem ser idênticos ou até mesmo distintos. Existe a possibilidade da colisão entre um direito coletivo fundamental e um direito fundamental individual. O cidadão tem direito à vida, à presunção de inocência, ao contraditório, ao devido processo legal, mas a coletividade tem o direito coletivo fundamental da segurança. Neste aspecto a prerrogativa de se abater uma aeronave suspeita juntamente com seus ocupantes gera tensão e conflito de princípios constitucionais.

A colisão de princípios constitucionais pressupõe a interpretação constitucional, sendo que através dessa interpretação se possa solucionar os conflitos entre as normas fundamentais, pelo fato de que não é correto sacrificar um direito em detrimento de outro. Procura-se resolver os conflitos, buscando-se conciliar os preceitos divergentes.

Para a resolução do aludido conflito, o intérprete deve buscar mútuas implicações de normas e princípios até chegar ao consenso único na Constituição, com o fim de evitar contradições, harmonizando as dúvidas, utilizando para tanto as técnicas do direito. É de suma importância ressaltar que cada direito fundamental dispõe um núcleo essencial de proteção máxima, o qual corresponde ao conteúdo do direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal deste trabalho foi demonstrar que apesar dos argumentos de alguns de seus defensores, a Lei nº 9.614/98, vulgarmente chamada “Lei do Abate” é inconstitucional, haja vista a quantidade de princípios constitucionais por ela violados. Podemos citar o princípio fun-

damental do direito à vida. A Lei do Tiro de Destruição viola flagrantemente tal princípio, ao permitir e autorizar o uso de força desproporcional para abater e derrubar uma aeronave, até então considerada apenas suspeita de tráfico de entorpecentes e drogas afins. Autorizar e regulamentar esse pressuposto é instituir no Brasil a pena de morte, só autorizada pela Constituição Federal no artigo 84, XIX, da CF/88, em situação de guerra externa declarada. Vivemos em tempos de paz, portanto, não há o que se falar em punir administrativamente alguém lhe tirando a vida por meras suspeitas, ou só porque não cumpriu as ordens das autoridades.

É claro que o policiamento ostensivo, efetivo e eficaz de nossas fronteiras e do espaço aéreo é fundamental para a segurança de nosso país, sobretudo no que diz respeito às drogas e ao contrabando de armas. Ao observarmos os noticiários diariamente vemos o flagelo generalizado das drogas, muitas das quais vendidas em plena luz do dia, em que jovens e crianças tornam-se verdadeiros farrapos humanos ante às consequências desastrosas do uso de entorpecentes. Sem falar na desintegração das famílias afetadas e nos problemas sociais gerados. A Lei do Tiro de Destruição tem um embasamento positivo, no entanto, violar os direitos constitucionais fundamentais é causar um dano jurídico maior do que o benéfico combate às drogas. Nosso ordenamento jurídico está embasado nas normas constitucionais que não devem ser violadas sob o risco de afetarmos a segurança jurídica em nosso país.

O direito à vida é um bem inviolável, indisponível, e o que a FAB defende com a lei do abate é tirar a vida de alguém por critérios meramente administrativos, desproporcionais e sem direito à defesa. Amplamente violado é princípio da proporcionalidade e razoabilidade, pois a derubada e a morte dos ocupantes da aeronave se darão meramente porque desobedeceram às ordens impostas pela autoridade aérea, não seguiram os procedimentos, ou mesmo tentaram fugir, sendo que no nosso ordenamento jurídico a fuga do agente não é pretexto para a morte do mesmo, salvo a legítima defesa. O princípio do contraditório é totalmente afrontado por essa lei, haja vista que não oferece ao agente, no caso, aos ocupantes da aeronave, a possibilidade de serem ouvidos, de falarem suas versões ao caso concreto ou mesmo de fornecerem provas em sua defesa. Ora, não há nem possibilidade de defesa.

A prerrogativa de se derrubar uma aeronave por mera suspeita fere o princípio da inocência, em que ninguém pode ser declarado culpado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória recorrível. Essa lei rompe totalmente o Estado Democrático de Direito ao impor e autorizar a execução sumária, não respeitando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao permitir um tribunal de exceção por autorizar a Força Aérea para que, de ofício, aja dentro de suas prerrogativas, restando claro o

desrespeito ao devido processo legal. Enfim, a intenção deste trabalho foi esclarecer o que é a Lei do Tiro de Destruição, seu objetivo e seus aspectos técnicos e procedimentais, bem como as questões jurídicas e, sobretudo constitucionais envolvidas nessa lei, argumentando que existe no Brasil autonomia para impor regras e diretrizes concernentes a defesa de suas fronteiras e de sua soberania territorial.

N.R. Este substancial artigo estabelece democrático princípio contraditório com o artigo anterior de Fernando Gonçalves Coelho, publicado no número anterior, 94, desta Revista em setembro de 2012. O autor descreve procedi-

mentos operacionais e adentra com saber jurídico nos meandros dos princípios constitucionais avivando e demarcando matizes dos conflitos hermenêuticos sobre a questão. Interessante notar que após brilhante exposição erudita sobre direito constitucional conduz o leitor à ambiguidade da aplicação pragmática dos princípios e dispositivos constitucionais temperados por considerações fundamentadas no direito internacional público. Ao final, a linha de raciocínio pendular conclui com certa radicalização pela inconstitucionalidade. Visa esta nota, além de ressaltar a continuidade da discussão jurídica do assunto, iniciada no artigo anterior, esclarecer que a opinião e conclusão encontram-se no domínio de inteira lavra e responsabilidade do Autor.