

“TIRO DE DESTRUIÇÃO”: A Lei fora da Lei

Glauber Dairiel Lima¹
Erika Tuyama²

RESUMO

A Lei do Abate, traz em seu bojo um conteúdo polêmico e, em decorrência disso, capaz de provocar em nós, enquanto sociedade, reflexões que vão desde a misericórdia ao sentimento de justiça, quando a colocamos em prática. O fato de derrubar uma aeronave, sem saber o que se passa dentro dela, a dúvida se está, ou não fazendo a coisa certa, se realmente as pessoas que compõem essa aeronave são criminosos, faz brotar no mais displicente cidadão um sentimento que mistura culpa, injustiça, remorso e principalmente arrependimento, pois atos como esse, que têm o poder de ceifar vidas, são, para nós, vis e inescrupulosos. O presente trabalho nos faz ponderar sobre essa Lei, no que tange aos direitos individuais e os princípios consagrados na Constituição da República de 1988, institutos esses que asseguram ao ser humano o mínimo de dignidade buscando sempre a proteção ao bem maior, que sem titubear, o legislador elegeu como: Vida.

Palavras-chave: Lei. Constituição. Princípios. Justiça.

ABSTRACT

The Law of Slaughter, in short, brings the baggage controversial content, and as a result, able to provoke in us, as a society, ranging from reflections mercy to the sense of justice, when put into practice. The fact bring down an aircraft without knowing what goes into it, the question is whether or not doing the right thing, is really the people that make this aircraft are criminals, brings forth the most careless citizen a feeling that mixes guilt, injustice, remorse and repentance mainly because such acts, which have the power to take lives, are, for us, vile and unscrupulous. This work makes us ponder this Act, with respect to individual rights and principles enshrined in the Constitution of 1988, these institutes to ensure the human dignity minimal protection always seeking the greater good, who without hesitation, the legislature elected as Life.

Keywords: Constitution. Law. Principles. Justice.

1 INTRODUÇÃO

O Decreto-Lei nº 5.144/04 definiu os métodos a serem adotados em casos de aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em consideração que estas podem oferecer ameaça à segurança pública. Atentando o próprio legislador, de enumerar os casos nos quais a aeronave poderá ser

1

2

enquadrada como suspeita de estar a serviço do tráfico de entorpecentes e drogas ilícitas, que são: a) adentrar o território nacional, sem Plano de Vôo aprovado, oriunda de regiões reconhecidas fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; b) omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos e cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

No dia 16 de julho de 2004, a Presidência da República regulamentou o parágrafo 1o, 2o e 3o do artigo 303 da Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) instituído pela Lei nº 9.614, de 05 de março de 1998 através do Decreto Lei de nº 5.144, de 16 de julho de 2004.

Diante de tal fato, fica assim regulamentada a medida de destruição, autorizando medidas coercitivas de averiguação e por final o efetivo abate da aeronave quando em vôo, sendo estas consideradas hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins.

A regulamentação desta Lei é considerada, pelas autoridades que a elaborou, necessária para que se cumpra o policiamento aéreo brasileiro, servindo assim como mais uma forma para combater movimentos aéreos não regulares, e ficando então conhecida como “Lei do Abate”.

2 A LEI Nº 9.614/98 NO SEU ART. 303, EM FLAGRANTE DESOBEDIÊNCIA AO ART. 5º, INCISO XLVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88.

2.1 A MEDIDA DE DESTRUIÇÃO NA VISÃO CONSTITUCIONAL

Objetivamos aqui nos aprofundar no conhecimento do Decreto 5.144/04, que regulamentou os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 303 da lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica) no que concerne às aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de entorpecentes e drogas afins.

Para tanto, antes, se faz necessário uma análise deste decreto comparando-o aos dispositivos impostos pela nossa Carta Maior, deparando com princípios fundamentais básicos, tais como: o da dignidade da pessoa humana art. 1º, III; o art. 4º prevendo que o Brasil reger-se-á nas suas relações internacionais segundo princípios e também o disposto no art. 5º, referente á inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a obrigatoriedade do princípio do devido processo legal.

Sendo tal dispositivo complementado pelo princípio do contraditório e ampla defesa, obviamente não poderia olvidar o princípio da presunção de inocência, no inciso LVII, assim como, o Estado Democrático de Direito, a proibição da pena de morte ou pena cruel.

Desde logo, vale lembrar que o Brasil, no seu exercício de plena soberania, caso entenda necessário para a defesa da soberania nacional, tem competência para

decidir sobre quem pode sobrevoar o seu espaço aéreo, uma vez que espaço aéreo é elemento componente do território.

Em verdade, o Decreto em comento, em seu artigo 5º, dispõe de certas medidas sequenciais para averiguação, intervenção, persuasão e, finalmente, a medida de destruição, anteriores ao disparo do tiro para provocar danos à aeronave, quais sejam:

1º) reconhecimento à distância; 2º) acompanhamento discreto, 3º) interrogação, 4º) mudança de rota, 5º) pouso forçado, 6º) tiro de aviso, 7º) tiro de destruição.

Nessa vereda, são divergentes os entendimentos sobre esta regulamentação, uma vez que veio permitir o abate de aeronave, com a justificativa de ser uma ameaça à segurança pública.

Torna-se inconstitucional tal lei, pois desconsidera os princípios da ampla defesa, do contraditório e da presunção de não culpabilidade, isto por que, mesmo após ter sido.

Por iguais razões, o grande traficante jamais estaria ao lado do piloto, o que o Presidente da República regulamentou foi a pena de morte, mediante execução sumária, aderindo assim a estratégia militar dos Estados Unidos, “*War on Drugs*”⁵.

O art. 4º da Lei em comento descreve “aeronave suspeita”, logo se é esta a elementar, o estado tem por obrigação prender os suspeitos, para que os mesmos tenham seus direitos constitucionais respeitados e julgados em um processo criminal, a ele sendo dado o seu direito de saber que está sendo acusado para assim se defender, daí aplicando-lhe a pena que lhe é cabível. Não é dado direito ao comandante da Aeronáutica, nem mesmo ao Presidente da República, omitir as garantias fundamentais e puni-lo com a pena de morte⁶.

A constituição Federal de 1988, só admite tal punição em caso de guerra, sendo uma clausula pétrea, não podendo ser alterada nem por Emenda Constitucional.

Sendo um caso de uma defesa, na qual a aeronave militar esteja sendo atacada pela aeronave suspeita, seria uma defesa de uma injusta agressão, defendida pelo art. 25 do Código Penal, o que dificilmente ocorreria, visto que as aeronaves são de pequeno tamanho, teria assim o princípio da proporcionalidade, desta forma ficando impossível chamar a legítima defesa⁷.

Considerando a não existência da Lei do Abate, o Brasil manteria acordos diplomáticos com países vizinhos, e os caças destes países dariam prosseguimento ao

acompanhamento das aeronaves sob suspeita, desta forma, o combustível da aeronave perseguida acabaria e esta seria obrigada a pousar

2.2 GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Primeiramente antes de se ater ao princípio do contraditório e da ampla defesa, há de se reportar ao Juízo ou Tribunal de exceção, cuja proibição lastra-se no artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição Federal.

Para Alexandre de Moraes este tipo de Tribunal será criado após ocorrido o fato, com tendência a condenar o réu, já que foi instituído com a finalidade de desenvolver um predeterminado julgamento⁹, desta forma, comprometendo a imparcialidade do juiz.

Com lastro no artigo 5º, inciso LVII, CF/88, só após o trânsito em julgado de sentença condenatória o acusado poderá ser considerado culpado, sendo dado a todos o direito garantido pela Constituição ao devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório, com recursos e meios próprios, artigo 5º, LV, CF/88.

Para Vicente Greco Filho (1996): a efetivação do princípio supracitado se dá com a garantia da citação válida, quando a parte toma conhecimento do que está sendo acusado podendo assim, tempestivamente se defender do pedido da inicial; ter concedido o direito de produzir provas e se defender contra provas produzidas pela outra parte; comparecer aos atos processuais orais, consignando as observações que desejar; e poder recorrer da decisão desfavorável¹⁰.

O contraditório no direito processual penal é obrigatório e necessário, uma vez que não existe réu sem defensor, já que o que se discute é um valor indisponível da parte, a sua liberdade¹¹.

A Ampla Defesa "não é uma generosidade, mas um interesse público, além de uma garantia constitucional de qualquer país. O direito de defender-se é essencial a todo e qualquer Estado que se considere minimamente democrático"(PORTANOVA, 2001).

Sabe-se que somente Juízos e Tribunais existentes, que estejam estabelecidos através de regras objetivas de competência e constituídos podem processar e sentenciar o acusado, dando-lhe a garantia de um julgamento isento de haver

disposição prévia para a condenação, baseado é claro no princípio da imparcialidade e também de acordo com as limitações ao poder de punir. No entanto, é percebido que em determinadas situações órgãos não judiciários e conseqüentemente não previstos expressamente pela constituição, se incubem em julgar impedindo que a justiça penal atue na sua jurisdição, exercendo sua função (SOARES, 2001).

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dando sequencia do descrito acima acrescenta-se que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. É o que dispõe a Constituição Brasileira de 1988, para tal todos os direitos fundamentais se fundam em direitos difusos, recíprocos, integrais, solidários, sujeitando toda a sociedade aos valores da dignidade da pessoa humana.

Segundo Mario Lúcio Quintão Soares, o Estado democrático de direito se conceitua por uma compreensão antecipada do conceito de direito fundamental como sendo uma categoria básica do modelo Estado constitucional ocidental.

Ainda conforme entendimento de Mario Lúcio Quintão Soares é moldado nos conceitos de direito fundamental, a democracia, primazia do direito, estado de direito e distribuição de competência dos poderes do Estado, formando assim a imagem por completo do estado democrático de direito, o qual será alcançado através da terceira geração de direitos, sendo estes os direitos de solidariedade, que nascem com o propósito de um estado de direito pleno, de forma que os direitos humanos sejam direitos de todos.

Citando Rizzatto Nunes¹⁴, a dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana, o doutrinador faz um paralelo do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, com qualquer acusado que não esteja preso. O citado artigo consagra que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

Também a Lei do Abate coloca o princípio da dignidade da pessoa humana em aparente conflito com a soberania do Estado, sendo que enquanto este segundo resguarda a ordem interna contra atitudes ilícitas de outros Estados, aquele tem como condão garantir a dignidade da pessoa humana, mantendo o estado democrático de

direito, fundamentados ambos por princípios constitucionais e indispensável no direito pátrio.(ARAUJO, 2002)

O Professor José Moaceny envolve mais princípios no conflito, tais quais: direito à vida, liberdade, segurança pública e soberania.(RODRIGUES FILHO, 2004).

Como leciona Alexandre de Moraes caberá ao interprete solucionar essa lacuna de conflitos sem que a aplicação de um suprima o outro, haverá respeito do Estado pela dignidade da pessoa humana, nas palavras do grande mestre.

“A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”.(MORAES, 2004, p.52)

2.4 O ATO DA SOBERANIA ESTATAL: INDELEGÁVEL

Para Marcel Peres de Oliveira¹⁸, citando como exemplo o art. 84, inciso XIX, a Lei do Abate uma vez fosse aceita a sua constitucionalidade, não seria passível de ser delegável, já que em regra, salvo exceções do supracitado artigo, as atribuições do Presidente da República são indelegáveis, afirma o autor que as delegáveis seriam as de cunho administrativos. Tornando duvidosa a delegação da competência ao Comandante da Aeronáutica, já que além de não estar discriminada nas exceções, seriam privativas do Presidente da República.

3 EXCLUSIVIDADE DO JULGAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO

A fim de se indagar sobre a exclusividade do julgamento, se faz necessário retornar a já comentada inconstitucionalidade ou não do Decreto 5.144/04.

No entendimento de Moraes¹⁹, a interpretação do princípio do juiz natural, será no sentido de se proibir a criação de Tribunais ou Juízo de exceção e respeitar as regras que determinam a competência, desta forma, a imparcialidade e independência do órgão julgador não será afetada.

Competência esta, instituída e modificada somente pela Lei e a Constituição, não se pode obrigar a ninguém ser julgado por juiz incompetente, uma vez que só o juiz natural pode decidir com base na constituição ou Leis infraconstitucionais (CARVALHO, 2008).

A Constituição Federal é soberana sobre todas as outras normas, logo, toda e qualquer norma que a afronte não tem efetividade jurídica.

Fabio Anderson, Bacharel em ciências jurídicas e sociais, membro da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial (SBDA) e da Associação Latino América de Aeronáutica (ALA) assevera que o decreto em comento não está em conformidade com a Carta Magna, já que no Brasil, o acusado é considerado inocente até que o Estado promova provas robustas atestando sua culpa, havendo assim a sentença condenatória e o transito em julgado, isto porque o Brasil é adepto da presunção de não culpabilidade disposto na Constituição de 1988.

Segundo este, no arcabouço em pesquisa, acontece justamente ao contrário, isto é, uma aeronave estando em mera presunção de narcotráfico, poderá sofrer tais medidas ditadas pelo decreto.

Nas palavras de Luis Antonio Longo, entre o Direito Processual e Constitucional há estreita relação da qual emerge muitas garantias próprias do estado democrático, é impossível falar em democracia sem falar em um direito processual que a conduza.

José Aparecido Correia²³, advogado e piloto de aeronave tem posicionamento que o decreto 5.144/04 é inconstitucional, argumenta que é uma instituição da pena de morte sem ter um estado de guerra, sem o devido processo legal e, permitindo que destrua uma aeronave.

3.1 ATRIBUIÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA

Em conformidade com a Lei 97/99, organização, preparo e o emprego das Forças Armadas, no capítulo VI, das disposições complementares, no artigo 18, dispõe sobre as atribuições complementares da Aeronáutica(.

Segundo Fernando Carlos Wanderley Rocha²⁷, essa atuação acontecerá em área que o Estado através de seus órgãos de segurança pública, não poderá estar presente com a constância necessária, o que em regra só as forças armadas têm meios disponíveis, é o caso de faixa de fronteira terrestre, espaço aéreo, mar e águas interiores.

Fernando Carlos ensina que a Força Militar é impedida por Lei de atuar em qualquer crime, a Lei supracitada permite a atuação nos delitos nas fronteiras e ambientais. Muito embora de acordo com o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969), em se tratando de flagrante delito, a autoridade

militar terá obrigação de agir²⁸, efetuando a prisão, qualquer que seja o delito e contra quem o comete. Estará o Exército atuando em atividade de segurança pública na faixa de fronteira terrestre.

O Consultor Legislativo entende que a Aeronáutica não tem capacidade de executar missões tipicamente de segurança pública a ela atribuída pelas Leis, em justificativa a essa posição, enumera:

- falta de capacidade operacional da Força Aérea Brasileira pela carência quase absoluta de meios;
- o burocratismo dos inúmeros procedimentos de segurança antes do abate, dificultando sobremaneira, a realização do disparo; o que caracteriza a edição de uma Lei feita para não ser executada;
- falta de coragem política da autoridade competente para dar a ordem de disparo contra o avião infrator;
- as repercussões políticas, nos planos interno e externo, do cumprimento dessa Lei;
- as repercussões na opinião pública brasileira e internacional; e
- a possibilidade de o piloto do avião militar vir a “sentar no banco dos réus”, ainda que em cumprimento aos mandamentos legais e à ordem dada pela autoridade competente.

Fernando Carlos argumenta que quando da regulamentação da Lei do Tiro de Destruição, foi declarada à imprensa por autoridade do primeiro escalão do Poder Executivo Federal que as aeronaves que estivessem transportando crianças, não seriam abatidas, isso para o doutrinador em comento significou dizer que seria o passe livre para os aero traficantes voarem impune ou fugir sem correr perigo de abate.

Mais uma preocupação deste consultor é qual poder judiciário será competente para processar as ações penais que, eventualmente, responderão os militares das Forças Armadas pelos fatos ocorridos com o cumprimento dessas missões tipicamente militares.

Cita que como está disposto na Lei 97/9929 no Código Penal Militar³⁰, sua aplicação se dará apenas para operação de garantia da Lei e da ordem, e que aparentemente existe um vácuo jurídico, o que possibilitaria interpretações diversas, ressalta que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou que não é possível caracterizar a atividade de policiamento naval da Marinha de Guerra como função de

natureza militar, mesmo sendo por força de Lei, privativa, de caráter subsidiário. O seu exercício pode ser exercido por civil da Marinha de Guerra.

De acordo com o artigo 144, da Constituição Federal de 1988 a atividade de policiamento, em princípio, é de segurança pública e exercida para prevenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, pela polícia federal e estadual (civil e militar). Destarte o policiamento naval não se enquadrar na ultima parte da letra "d", do inciso III, do art. 9º do Código Penal Militar, uma vez que, serviços de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, tem caráter policial, legalmente requisitado, ou por determinação legal superior³¹

O consultor legislativo Fernando Carlos Wanderley Rocha, respeita a decisão do Supremo, muito embora discorde, ele atribui ao exercício de polícia administrativa, a atribuição da polícia que para ele é diferente da polícia de segurança pública.

Narra o autor que este foi um caso praticado contra militar em atividade subsidiária de policiamento naval, julgado pelo supremo como crime civil, sendo mandado para justiça ordinária, logo, segundo entendimento do consultor, quando forem imputados fatos delituosos aos militares quando em função de natureza subsidiária das forças armadas, os militares não poderão ser processados por crime militar.

Desta forma, militares poderiam desobedecer a ordens, se estas forem para cumprir missões subsidiárias, pois não sendo missão militar, a recusa não é crime militar. Ainda, uma vez que Motins, desobediência, incitamentos e deserções provocados por negativas em cumprir missões subsidiárias passariam impunes, pois não havendo tipo penal correspondente ao crime militar no Código Penal, o crime não existirá.

Para o doutrinador existe duvida sobre qual justiça será aplicada aos militares quando executada o tiro de destruição resultando morte. Justiça militar (especial) ou justiça federal (comum), deixando assim uma perigosa lacuna jurídica, uma vez que não sejam segundo julgamento do STF, missões tipicamente militares.

3.2 DEFESA DOS VALORES NACIONAIS POSTOS EM RISCO

Posiciona-se Jorge César de Assis³² que apesar de estar instituído no Brasil o repúdio ao terrorismo (CF, art. 4, VIII), ser competência da União a defesa nacional,

assim como executar os serviços de polícia aeroportuária, de fronteiras e marítimas (CF, art. 21, XXII) é também competência privativa da União legislar sobre o direito aeronáutico (CF, art. 22. I), sobre navegação aérea e aeroespacial (CF, art. 22, X) e sobre a defesa aeroespacial (art. 22, XXVIII).

Conquanto seja importante é necessário que o emprego das Forças Armadas quando da defesa e garantia da soberania nacional, sobreponha aos atos de terrorismo, crimes organizados e tráfico ilícito de armas e entorpecentes, permitindo até mesmo a destruição de uma aeronave que esteja sendo usada como meio a estes atos terroristas citados.

Todavia, regulamentar o abate de aeronave, que necessariamente não estará atacando as aeronaves militares ou objetivos nacionalmente protegidos, parece ser no mínimo muito perigoso. Sobretudo quando sabemos que, sequer, as Forças Armadas brasileiras estão equipadas para atender a uma situação tão delicada quanto a descrita na Lei do Abate

4 PENA NA DE MORTE IMPOSTA POR LEI INFRACONSTITUCIONAL

O Jornal Folha de São Paulo, em Brasília, publicou no dia 21 de julho de 2004 o posicionamento de três especialistas que discordaram da comparação feita pelo então Ministro Viegas da Lei do Abate com a resistência à prisão. Dois, porém, são a favor da regulamentação.

Na frase de Jorge Maurique, presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil, "Não vejo a lei como pena de morte, mesmo porque o objetivo não é matar, e sim a garantia da soberania". Na opinião do juiz-auditor da Justiça Militar Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, o tiro de destruição é uma forma legítima para a defesa de sua soberania.

Entretanto, o conceituado criminalista Luiz Flávio Gomes acha a lei "medieval". "É um absurdo criar uma regra que só deveria ser utilizada em casos de guerra."

Segundo Adriana de Lacerda Rocha³³, são nos mandamentos da Carta Magna onde se obtém a ordenação lógica das leis para se fundamentar o sistema jurídico brasileiro o qual observa a teoria Kelseniana.

Destarte, afirma Doutora Adriana que o respeito às normas constitucional deve ser observado por todos, ficando evidente a superioridade das Leis sobre os Decretos e ambos inferiores a constituição federal.

É entendimento da Doutrinadora que como a Constituição Federal de 1988 é posterior ao Código Brasileiro de Aeronáutica e a os procedimentos para abater as aeronaves hostis, previstos nos artigos, não foram recepcionados e se posiciona pela inconstitucionalidade da Lei 9614/98 do Decreto 5144/04, já mencionados, devido ofender princípios constitucionais, tais como os do artigo 4º da Constituição: prevalência dos direitos humanos, inciso II, a defesa da paz, inciso VI e a solução pacífica dos conflitos, inciso VII.

Aprofunda-se em seu posicionamento, com base no entendimento da hermenêutica constitucional atual, no sentido que havendo conflitos entre normas constitucionais e infraconstitucionais ou contradições entre as normas, deve se decidir no caso concreto pelos princípios, pois como supracitado, são a base do ordenamento jurídico, com natureza jurídica de norma constitucional.

A autora destaca como Supra princípio, o da dignidade humana, o qual é tido diversas vezes pela constituição Federal como objeto principal do Estado Democrático de Direito, denominado por Daniel Sarmento de "valor humanístico superior, subjacente à ordem constitucional".³⁴

Destaca a autora que apesar de o conceito de dignidade da pessoa humana ser pressuposto do constitucionalismo, as mudanças que afetam a sociedade tem variado muito este conceito, em vista disto, cada vez mais se faz importante observar quando da decisão entre a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana em relação á segurança e repressão ao crime organizado.

A autorização para derrubada de aeronave como uma sanção penal que autoriza a pena de morte é, portanto, contrária a proibição constitucional, afrontando assim os princípios protegidos: o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, a defesa da paz, a solução pacífica de conflitos, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a proibição da pena de morte ou pena cruel, a presunção de não culpabilidade.

Para Doutora Adriana Lacerda, essa lei apresenta um "eufemismo armamentista", argumenta que com objetivo de promover a paz, o Estado promulga uma Lei que é uma "douração de pílula belista"

Para não ser mal interpretada, a autora deixa claro que não se trata de defender atos ilícitos, mas que, para combatê-los, seja respeitada a vida, não seja estimulada a proteção da segurança estatal ou a soberania com praticas belicistas, o que em casos extremos, justificaria a guerra e matança os quais só alimentaria ódios, preconceitos e desrespeito ao ser humano.

Comunga com a autora o Deputado Federal Atila Lins, que è autor de projeto de lei de 2003, que visa retirar o texto da lei nº 9614 (lei do tiro de destruição). Segundo o Deputado, a Lei é inaplicável, já que conferindo à autoridade administrativa competência para julgar, invade a área exclusiva do Poder Judiciário e introduz a pena de morte no Brasil, o que é vedado expressamente, pela Constituição Federal, no seu Art. 5º, Inciso XLVII.

4.1 A FUGA

José Viegas (2004), ministro da defesa a época da regulamentação, Justificou que não se trata de pena de morte e sim de medida contra a resistência a prisão e será tomada quando os pilotos das aeronaves não obedecerem a ordens dos pilotos da Força Aérea Brasileira.

Diante desta justificativa, a decisão torna-se difícil, pois está se condenando os ocupantes á morte. Será necessário “100 por cento de certeza” do comprometimento da aeronave com o ato ilícito discriminatório.

O emprego de forças é admitido se houver resistência da parte de terceiros ou ainda se for necessário defender o executor e seus auxiliares, podendo até prender o agressor.

Não haverá resistência e sim uma fuga, caso a aeronave que passivamente descumpra uma ordem de pouso, sem disparos contra alvos nacionalmente protegidos ou aeronave militar, já que se houvesse disparos da mesma, seria interpretado como um ato hostil.

Pode-se fazer aqui um paralelo da lei do abate com uma possível Lei de transito que desse autorização aos policiais para destruir veículos e possivelmente, matar seus ocupantes que não obedecerem à ordem de bloqueios no transito, lembra que tais fatos têm acontecido, mas terá um processo para responder pelo ato praticado, podendo ser responsabilizados, argumenta que se previsto em Lei, será uma autorização para destruição.

Comungamos aqui com o mesmo posicionamento do autor acima, isto é, estando uma aeronave, mesmo que pilotada por estrangeiro, transportando entorpecente, não obedecendo aos procedimentos definidos no decreto 5.144/04, sem sombra de duvida está incorrendo em crime, porém, não justifica ceifar a vida do criminoso, à

exceção da legítima defesa. A Lei do abate é semelhante ao delito de resistência, estando o criminoso usando meios de transporte diversos de aeronave, sua pena seria a privativa de liberdade e não a pena de morte.

Se for uma agressão atual e injusta, caracterizando um dano a integridade territorial, a identidade política do Estado, ou se houver agressão a autoridade que intercepta a aeronave infratora, aí sim caberia fazer uso da legítima defesa.

O professor Fernando Lima³⁵ é mais um que diante do posicionamento supracitado, do ex- ministro da defesa José Viegas, se posiciona contra tal medida, exemplificando com um automóvel não cumprindo a ordem dada por um policial rodoviário, de parar para verificação de documento ou do porta malas, em busca de drogas, não poderia ser privado de sua vida, mesmo tentando fugir.

Ora, a fuga, salvo se houver violência contra o policial (artigo 352 do Código Penal) ³⁶, não é crime, mesmo que fosse, o autor não seria penalizado com a morte, cuja proibição é vedada pela cláusula pétrea da constituição federal de 1988, portanto não podendo sofrer alteração nem por emenda constitucional, a morte do delinqüente em fuga somente seria possível caso a vida do policial seja ameaçada pelo perseguido, seria o caso da legítima defesa do artigo 25 do Código Penal. ^{37 36 CP},

De acordo com precedente do Superior Tribunal de Justiça o qual decidiu que o preso ao fugir da delegacia de polícia, arrancou as grades de ferro e furou a parede para conquistar a liberdade, não cometeu crime de dano qualificado. ³⁸

4.2 RESPONSABILIDADE PENAL SOBRE O ATO DE ABATE

Como comenta o já citado Desembargador Walter Fanganiello Maierovitch ao cumprir a lei regulamentada em comento, poderá ocorrer perdas de vidas. Lembra o Promotor Jorge Cezar de Assis ³⁹, o preceito constitucional que a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”, logo, deverá ocorrer uma ação a ser julgada pelo Poder Judiciário.

Neste passo, a hipótese de abate, o que o Promotor classifica de homicídio, será regulada pelo Código Penal militar, crime militar, lembra que os crimes militares são aqueles cometidos em tempo de paz, previsto no citado Código, e tem a mesma definição na Lei Penal comum, quando praticados por militares em serviço, ou atuando em razão da função, mesmo fora de área sob a administração militar, contra militar da

reserva, ou reformado ou civil, enfatiza que “Trata-se, em tese, dentre outros possíveis enquadramentos, de homicídio qualificado pelo recurso que dificulta ou torna impossível a defesa da vítima (tiro de canhão em pleno voo)”.

È jurisprudência que, os crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil foram deslocados sua competência pela lei 9.299 de 07 de agosto de 1996, a qual alterou o artigo 82 do Código de Processo Penal Militar que passou a ser submetida à jurisdição civil, decisão esta que consta do Recurso Ordinário em Habeas Corpus, de número 80.718 em 23 de março de 2001, do Rio Grande do Sul, cujo relator, foi Ministro Ilmar Galvão.

Corroborando o Ministro Sepúlveda Pertence, "A Justiça Militar não comporta a inclusão, na sua estrutura, de um júri, para o fim de julgar os crimes dolosos contra a vida. CF/67, art. 127; art. 153, §18. CF/88, art. 5º, XXXVIII; art. 124, parágrafo único." (RE 122.706, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21-11-90, DJ de 3-4-92).

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto nas páginas anteriores e focando em nosso principal questionamento, qual seja: O Decreto Lei nº 5.144/04, viola os Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição Federal da República?

A Lei do Tiro de Destruição, consagrada na Lei 9.614/98, editado em 16 de julho de 2004, pelo Decreto 5.144, que regulamentou o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/86, no que tange, especificamente, o abate de aeronaves hostis e suspeitas de tráfico de entorpecentes, pelo Presidente da República, Senhor Luiz Inácio Lula da Silva, não é de pura e simples legítima defesa, como afirma alguns autores.

Pelo disposto, para que se cumpra a supracitada Lei, não há a necessidade de a aeronave estar em eminente ameaça à segurança pública, a qualquer coisa ou pessoa, ou a uma propriedade nacional, basta que não obedeça a “placa de pare” imposta pelos agentes brasileiros. Igualmente, vê-se a incompatibilidade com o Direito internacional, vez que este defende os valores internos do país em caso de segurança externa, com o objetivo de preservar a soberania do território nacional.

Contudo, a situação do caso concreto, não justifica um Estado de Defesa do art. 136 ou Estado de Sítio do art. 137, ambos dispostos na CF/88, a atitude a ser tomada

não seria um ato de guerra e sim uma solução democrática, pacífica com a serenidade exigida, em obediência a constituição.

Sobre mais, percebe-se na aplicação da Lei em comento, o abandono aos princípios da dignidade da pessoa humana, do devido processo legal, ainda uma usurpação de poder, uma vez que a decisão de uma autoridade administrativa julga o que constitucionalmente deveria ser prolatada pelo poder judiciário. Não restam dúvidas que o Estado Democrático de Direito, o qual é parte do arcabouço da Constituição Federal de 1988, deixa de ser observado motivado por uma suspeita sem a devida certeza da culpa.

Registre-se ainda que, uma vez considerada constitucional, seria um ato indelegável do Presidente da República, como disposto no artigo 84 da Carta Magna⁴⁰, não podendo ser delegado ao comandante da Aeronáutica.

Oportuno se faz lembrar a fatalidade cometida no Peru, publicada pelo the New York Times do EUA em 08 de janeiro de 2004⁴¹, com o título de “*Interruption of Effort to Down Drug Planes Is Disclosed*” quando o hidroavião monomotor Cessna estava fazendo o percurso entre Iquitos e a Amazônia Peruana, quando foi abatido por um caça da Força Aérea Peruana, confundido com avião a serviço de traficantes, vindo a causar a morte de Verônica Bowers, de 35 anos, com um tiro que lhe perfurou as costas indo atingir o crânio de seu filho adotivo Charity, de apenas 7 meses que estava no colo da mãe, mesmo com um tiro nas pernas o piloto conseguiu pousar, com o avião em chamas, salvando-se o pai Jim Bowers de 37 anos e outro filho de 7 anos.

No solo, verificou-se que a família era missionários americanos da Associação Batista para a Evangelização Mundial (ABWE) e viviam em um barco que trabalhavam com a população ribeirinha.

Assim como dito por alguns doutrinadores, cabem soluções menos rígidas que a determinada pela Lei em estudo, tal como, quando a aeronave estiver sendo acompanhada e desobedecer à ordem de pousar, o Brasil deverá ter acordos diplomáticos com outros países, os quais darão continuidade ao acompanhamento da aeronave sob suspeita, é certo que o combustível desta irá acabar e obrigatoriamente deverá fazer o pouso. Por sua vez, caberia também, um tiro com uma tinta especial, para marcar a aeronave, a qual seria identificada assim que pousasse.

Fechamos o presente trabalho, obviamente, sem a pretensão de ter esgotado um tema de tamanha discussão, certos de que o maior bem jurídico defendido pela atual Constituição é a vida, e que os brasileiros acreditam nas condições de governabilidade,

pois têm na seriedade da independência dos Poderes da República, a base de suas crenças e orgulho de ser cidadãos, com seus direitos fundamentais dispostos e protegidos pela Carta Constitucional.

A Lei do Abate fere de maneira gritante a Constituição da República, no que tange aos Princípios e Direitos Fundamentais consagrados em sua estrutura. Sem razões que justifiquem sua existência, a referida Lei deve ser extirpada do nosso ordenamento jurídico, vez que não condiz com os costumes do povo brasileiro, tampouco com sua maneira serena, cordial e justa de resolver seus litígios. A decisão de Inconstitucionalidade da “Lei do Abate” é medida que se impõe.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11. Ed. São Paulo. Saraiva. 1993.

ARAÚJO, Luiz Alberto David & JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 6 Ed. São Paulo E Saraiva. 2007.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Lições de Direito para a Atividade das Forças Armadas e das Polícias Militares**. 6 Ed. Cap. XVI 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF**. Senado Federal: Centro Gráfico. 1988. 292 p.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar**. Brasília, 21 de outubro de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940; 119º da Independência e 52º da República.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 5.144, de 16 de Julho de 2004**. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Brasília, 16 de julho de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 97, de 9 de junho de 1999**. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Brasília, 9 de junho de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

CARDOSO Major brigadeiro Ramon Borges diretor-geral do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (Decea). **Jornal Correio Braziliense**. 27/08/2007.

CARVALHO, Victor Nunes. **O princípio do juiz natural e a competência por prerrogativa de função**. São Paulo. 2008.

COMPANY, The New York Times. **Interruption of Effort to Down Drug Planes Is Disclosed**. By JAMES RISEN Published. January 8, 2004.

CORREIA, José Aparecido. **Pena de morte em vôo (Lei 9614/98)**. Jus Navigandi, Teresina. Ano 4. Nº 42. Jun. 2000.

DE FREITAS Pedro, FÁBIO ANDERSON. In: **A Inconstitucionalidade da Lei do Tiro de Destruição**. Direito Aeronáutico. São Paulo - SP. 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, 2.º Volume. 11.ª Edição atualizada. Editora Saraiva. São Paulo. 1996. 31

HC 80.730-MS, rel. Min. Nelson Jobim, 3.4.2001.(HC-80730). **Informativo STF Brasília.** 2 a 13 de abril de 2001. Nº 223.

LIMA, Fernando – **Inconstitucionalidade da Lei do Abate.** Acessado em <http://www.profpito.com/inabat.html> em 01/01/2005, acessado em 18/04/2013.

LONGO, Luis Antônio. **As garantias do cidadão no processo civil.** Org. Sérgio Gilberto Porto. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2003.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Primeiro secretário da SENAD (secretaria nacional anti-drogas) no governo de Fernando Henrique Cardoso, Maierovitch, atualmente, desembargador aposentado, comentarista da CBN, É conselheiro da Associação Brasileira dos Constitucionalistas. Folha de S. Paulo – Opinião – 24/07/04; Folha de S. Paulo – Brasil – 28/07/04.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 11. São Paulo. Malheiros. 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** – 15. Ed. – São Paulo. Atlas. 2004.

NUNES, Luís Antônio Rizzato. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência.** 3ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2010.

OLIVEIRA, Marcel Peres de. (Promotor de Justiça em Sergipe, Especialista em Direito Processual pela UFSC). **Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe.** Publicada pela Escola Superior do Ministério do Estado de Sergipe em 17.12.2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 4.ª Edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2001.

QUÍRICO, Teomar F. Quírico. Brigadeiro do Ar. Diretor da Associação Brasileira de Pilotos de Caça 2007 a 2009; Autor: Jorge César de Assis, Promotor da Justiça Militar. Representante Regional do CESDIM em Santa Maria/RS- Centro de Estudos de Direito Militar. (2009).

ROCHA, Adriana de Lacerda. **Lei do Abate: Inconstitucionalidade Antiética.** Cap. Direito e justiça. 2004.

ROCHA, Fernando Carlos Wanderley. Consultor Legislativo da Área XVII Segurança Pública e Defesa Nacional. ESTUDO OUTUBRO/2007. **Utilização das forças armadas no policiamento das fronteiras, da costa marítima e do espaço aéreo.**

RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. **A legislação do abate de aeronaves. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas.** Jus Navigandi. Teresina. ano 8. n. 444. 24 Set. 2004. 32

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Ed. Lumen Júris. Rio de Janeiro RJ. 2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte. Del Rey. 2001.