

É INCONSTITUCIONAL A NORMA QUE PERMITE O ABATE DE AERONAVES

PACÍFICO LUIZ SALDANHA

Pós graduado em Direito Tributário pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS JURÍDICOS - IBET.

Pós graduando em Ciências Penais pela Rede de ENSINO LUIZ FLÁVIO GOMES - UNIVERSIDADE ANHANGUERA - UNIDERP. Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela FACULDADE DE DIREITO DE SANTO ÂNGELO (1981). Atua nas áreas de Direito Civil, Penal, Trabalhista, Tributário, Administrativo e Empresarial. Sócio do Escritório PACÍFICO SALDANHA & ADVOGADOS ASSOCIADOS S/S desde 1996.

No dia dezesseis do mês de julho do corrente ano foi editado o Decreto nº 5.144/04, que regulamentou o dispositivo do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565/86, alterada pela Lei 9.614/08¹, no que respeita às aeronaves hostis e suspeitas de

¹ Lei Nº 7.565/86:

(...)

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I - se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II - se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V - para averiguação de ilícito.

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

§ 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. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.614, de 5.3.1998)

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. (§ 2º renumerado e alterado pela Lei nº 9.614, de 5.3.1998).

(...)

Dec. 5.144/04:

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

Art. 2º Para fins deste Decreto, é considerada aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins aquela que se enquadre em uma das seguintes situações:

I - adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

Art. 3º As aeronaves enquadradas no art. 2º estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais.

§ 1º As medidas de averiguação visam a determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar o seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras de tráfego aéreo, de conhecimento obrigatório dos aeronavegantes.

§ 2º As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§ 3º As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.

Art. 5º 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.

Art. 6º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDABRA;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea, qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo COMDABRA;

IV - execução sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins; e

V - autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada.

(...)

Art. 10. Fica delegada ao Comandante da Aeronáutica a competência para autorizar a aplicação da medida de destruição.

Art. 11. O Ministério da Defesa, por intermédio do Comando da Aeronáutica, deverá adequar toda documentação interna ao disposto neste Decreto.

Art. 12. Este Decreto entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.

rua 15 de novembro, 1402, s 19/20

fone/fax 55 3412 - 1435

cep 97.500-510 - uruguaiana | rs

www.pacificosaldanha.com.br

tráfico de entorpecentes e drogas afins. O conjunto dos referidos diplomas legais encerram a chamada "Lei do Abate", por versarem sobre a possibilidade de serem derrubadas aeronaves consideradas hostis ao Estado Brasileiro.

Essa regulamentação jurídica suscita algumas indagações do ponto de vista constitucional, levando-se em conta os direitos fundamentais do cidadão, especialmente no tocante às garantias da vida, da liberdade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

A Constituição Federal protege o direito à vida e a liberdade, assim como o direito à igualdade, a segurança e a propriedade, dentre outros². É sabido que diante do princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas, tais direitos fundamentais não possuem caráter de absoluta proteção estatal, a ponto de não poder sofrer mitigação em sua incidência e aplicação, diante do caso concreto. É que os direitos fundamentais nasceram para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconhecê-los a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito.

Segundo Alexandre de Moraes³, os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

Destarte, o próprio sistema prevê a excepcional mitigação dos direitos fundamentais quando a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea "a", respalda a existência da pena de morte, em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX, previsão esta que, aparentemente, afronta à garantia do direito à vida. Também se verifica a relativização dos direitos fundamentais quando o sistema admite a decretação das chamadas prisões cautelares (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e a polêmica prisão administrativa) na esfera criminal e a

² Constituição Federal, artigo 5º "caput".

³ Moraes. Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. Atlas; p. 46. 3ª. ed.

prisão do inadimplente voluntário da pensão alimentícia, na esfera cível, em aparente confronto com o sagrado direito à liberdade e em violação ao princípio do *due process of law*.

Nas situações acima citadas verificam-se apenas aparentes conflitos de normas, haja vista que os referidos conteúdos normativos coexistem harmonicamente no ordenamento jurídico, de modo que não há uma supressão dos direitos fundamentais em relevo. Apenas, topicamente, sob a orientação do princípio da razoabilidade, exige-se uma precedência hermenêutica de um sobre o outro, dando-se coerência ao sistema de normas e princípios.

Todavia, na hipótese em comento não se trata de mera antinomia, mas sim de conflito entre normas instituidoras de direitos fundamentais. Há verdadeiro choque entre as normas constitucionais que instituíram o direito fundamental à vida e à liberdade e a que instituiu o direito fundamental à segurança pública.

Portanto, a “Lei do Abate” pretendeu inserir, no sistema jurídico brasileiro, verdadeira aniquilação das garantias fundamentais do cidadão, posto que a Constituição Federal excepcionou o direito à vida somente em caso de guerra declarada, não se podendo ajustar seu conteúdo normativo ao da Lei Maior. Não há, pois, como conciliar a possibilidade de se atentar, legalmente, contra a vida de outrem, em tempo de paz, diante do texto maior que exige a declaração de guerra.

De outro modo, a “Lei do Abate” por ser legislação infraconstitucional, deve respeitar os princípios constitucionais, mormente quando tratar de direitos fundamentais. A moderna hermenêutica constitucional entende que os princípios têm primazia, pois apregoa que, em caso de contradição entre normas constitucionais ou havendo conflito entre elas e as normas infraconstitucionais, a solução do caso concreto deve privilegiar os princípios uma vez que são a base de todo ordenamento jurídico e têm hoje, natureza jurídica de normas constitucionais.

A solução do caso concreto deve se dar pelo método da ponderação de interesses, importante para a coalizão entre princípios, cuja busca é alcançar o ponto de equilíbrio de modo a restringir minimamente bens jurídicos de estatura constitucional.

Não deve ser ignorado que a autorização legal da derrubada de aviões suspeitos é autorização de pena de morte como sanção penal, contrariando claramente a proibição constitucional.

Assim, minha opinião é no sentido de que tal legislação desrespeita a Constituição Federal, mais especificamente, no que diz respeito aos seguintes direitos fundamentais por ela protegidos: o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à defesa da paz, à solução pacífica de conflitos, ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, à proibição da pena de morte ou pena cruel, à presunção de inocência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Geral*. São Paulo: RT, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípios constitucionais reitores do Direito penal e da Política criminal*. Material da 2ª aula da disciplina Princípios constitucionais penais e teoria constitucionalista do delito, ministrada no Curso de Especialização TeleVirtual em Ciência Penais – UNIDERP – REDE LFG – IPAN.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. Atlas: São Paulo, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2007.

CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina, 2009.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Direito Penal Fácil*. Del Rey: Belo Horizonte, 2003.

STJ Súmula nº 09 – A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.