



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**A CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO, DO DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE
JULHO DE 2004 – LEI DO ABATE DE AERONAVES**

MARCELLO CRISTOVÃO GUEDES VIRISSIMO

LUIZ EDUARDO DE SOUZA

Belém – PA

2010



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**A CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO, DO DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE
JULHO DE 2004 – LEI DO ABATE DE AERONAVES**

MARCELLO CRISTOVÃO GUEDES VIRISSIMO

LUIZ EDUARDO DE SOUZA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Banca Examinadora da Faculdade de Direito
do Instituto de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Pará como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional.

Orientador: Luiz Eduardo de Souza.

Belém – PA

2010

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

Monografia apresentada ao Centro de Ciências Jurídicas – ICJ, da Universidade Federal do Pará – UFPA, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**A CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO, DO DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE
JULHO DE 2004 – LEI DO ABATE DE AERONAVES**

MARCELLO CRISTOVÃO GUEDES VIRISSIMO

Aprovado por:

Professor Orientador: Luiz Eduardo de Souza

Professor:

Professor:

Belém-PA, 05 de outubro de 2010

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, sem o qual não teria conseguido seguir minha trajetória até então, aos meus pais, Sr. Felisberto Jesus de Souza Virissimo e Sra. Marta Cristina Guedes que me educaram com os princípios e ensinamentos que nortearam toda a minha vida. A minha esposa Delma, pelo apoio, atenção e compreensão que teve comigo durante todos estes anos. Também, gostaria de agradecer ao meu Orientador, Professor Luiz Eduardo de Souza, pela atenção e ajuda, em especial, no desenvolvimento desta monografia.

EPÍGRAFE

“O sucesso é ir de fracasso em fracasso sem perder o entusiasmo”.

Winston Churchill

RESUMO

O trabalho aqui apresentado é um estudo analítico do decreto nº. 5.144, de 16 de julho de 2004, que normatizou a Lei do Abate de Aeronaves, lei nº. 9.614, de 05 de março de 1998, que instituiu a possibilidade legal de abater aeronaves civis voando sob o território nacional, em descumprimento as regras internacionais de tráfego aéreo ou se recusando a fornecer sua correta identificação. O intuito deste estudo é demonstrar a legitimidade e validade do citado decreto, perante os princípios constitucionais, suas características e finalidade dentro do sistema constitucional. Buscou-se observar como o direito de proteger os interesses estatais e a justificativa legal que autoriza a aplicação do abate de aeronaves perante as leis internacionais, entra em conflito com o direito à vida protegido pela Constituição Federal de 1988. Outrossim, analisou-se a possibilidade da adoção da pena de morte no Brasil para o entendimento da essência deste decreto, pois o uso do “tiro de destruição” contra aeronaves durante o voo, em quase a totalidade das vezes, determina a sentença de morte a todos a bordo. Analisou-se também, o dever do Estado de proteger sua soberania e o poder estatal de exercer sanções, observadas as convenções internacionais relacionadas ao uso de armas para o abate de aeronaves durante o voo. Demonstrou-se o intuito do decreto em normatizar a identificação, interceptação e abate de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes dentro do espaço aéreo brasileiro e a impossibilidade dos pilotos do Comando da Aeronáutica serem acusados de conduta criminosa. Analisou-se a importância das excludentes de ilicitude, prevista em nosso ordenamento jurídico, em especial o estrito cumprimento de dever legal. Finalmente, buscou-se demonstrar a busca Estatal em evitar a perda de vidas humanas e o mecanismo desenvolvido para o cumprimento fiel do “tiro de destruição”, que somente será disparado quando estiverem exauridas todas as outras tentativas possíveis e procedimentos legais de interceptação para evitar a morte desnecessária de possíveis inocentes.

PALAVRAS-CHAVES: Lei do Abate de Aeronaves, Princípios Constitucionais, Direito à Vida, Sanções, Tiro de Destruição, Soberania.

ABSTRACT

The work presented here is an analytical study of the decree no. 5144, to July 16, 2004, which has normalized of Slaughter Act of Aircraft, Law no. 9614, to March 5, 1998, which established the legal possibility of shooting down civilian aircraft flying under the national territory, in violation of international rules on air traffic or refusing to provide their correct identification. The purpose of this study is to demonstrate the legitimacy, constitutionality and validity of that decree, before the constitutional principles, characteristics and purpose within the constitutional system. We tried to see how the right to protect state interests and the legal justification that allows the application of the slaughter of aircraft under international law, conflicts with the right to life protected by the Constitution of 1988. Furthermore, we analyzed the possibility of adopting the death penalty in Brazil to understand the essence of this decree, because the use of "shot of destruction" against aircraft during flight, in nearly all cases, determines the sentence of death everyone on board. Consideration was also the duty of government to protect its sovereignty and state power to exercise sanctions, observing the international conventions relating to the use of weapons for the killing of aircraft during flight. It demonstrates the intent of the decree regulating the identification, interception and killing of aircraft suspected of drug trafficking within the Brazilian airspace and the inability of the pilots of the Air Force Command being accused of criminal conduct. We analyzed the importance of the excluding unlawfulness, as far as our legal system, especially the strict performance of legal duty. Finally, we sought to demonstrate the State seeks to avoid the loss of human lives and the mechanism developed for the faithful performance of the "shot of destruction" that will fire only when they are exhausted all other legal procedures and possible attempts to avoid the trap needless deaths of innocent possible.

KEYWORDS: Shootdown of Civil Aircrafts Law, Constitutional Principles, Right to Life, Sanctions, Shot of Destruction, Sovereignty.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 HISTÓRICO DA AVIAÇÃO CIVIL.....	11
3 DA LEI DO TIRO DE DESTRUIÇÃO.....	13
3.1 CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS.....	16
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	22
4.1 CONCEITUAÇÃO.....	24
4.2 ASPECTOS GERAIS.....	25
4.2.1 Evolução Histórica.....	25
4.2.2 Abrangência Erga Omnes.....	26
4.2.3 Limitação aos Direitos Fundamentais.....	27
4.2.4 Direitos Fundamentais: Da Concorrência.....	29
4.2.5 Direitos Fundamentais: Da Renúncia.....	29
4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: SEUS OBJETIVOS.....	30
5 DIREITO A VIDA.....	32
6 DO ESTRITO CUMPRIMENTO DE UM DEVER LEGAL.....	34
7 DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO.....	37
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
9 BIBLIOGRAFIA.....	43

1 INTRODUÇÃO

O estudo aqui realizado fez uma pesquisa sobre a legislação denominada “LEI DO ABATE”, para tanto, utilizou-se os métodos dedutivos e indutivos, discorreu-se inicialmente sobre o histórico da aviação civil, mostrando a evolução do transporte aéreo desde os seus primórdios até sua utilização para o tráfico de drogas.

Analizou-se esta inovação no ordenamento jurídico nacional que tem o intuito de resguardar a Soberania Nacional e proteger a sociedade brasileira de um problema social, conhecido como tráfico de entorpecentes e o consumo de drogas ilícitas, fez-se uma pesquisa sobre o tema, embora as fontes bibliográficas sejam extremamente limitadas em termos de bibliografia impressa.

Discorreu-se sobre a evolução dos direitos fundamentais, elencando suas principais características e aplicabilidade dentro dos princípios constitucionais vigentes em nosso ordenamento jurídico.

A lei sob o título de “Lei do Tiro de Destruição”, datada de 5 de março de 1998, conhecida na imprensa e também na doutrina como “Lei do Abate”, entrou em vigor no dia 17 de outubro de 2004, quando o decreto nº. 5.144/2004, entrou em vigor, regulamentando os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, o Código Brasileiro de Aeronáutica.

A Lei do Tiro de destruição ficou aguardando no legislativo, sem ser colocada em plenário para votação por seis anos, supostamente, devido à ameaça dos Estados Unidos da América em infligir sanções comerciais ao nosso País.

Aprovada a Lei do Abate, iniciou-se uma discussão sobre sua legalidade e constitucionalidade perante o direito à vida, garantido por nossa Carta Magna. Sendo este o principal ponto a ser analisado pela presente monografia.

Considerando o fenômeno da globalização, quando o conceito de soberania foi revisto pela comunidade internacional, iniciou-se nova discussão sobre o real valor das normas jurídicas nacionais como expressão da soberania nacional no combater as mazelas sociais. Com o intuito de esclarecer esta missiva, abordou-se os procedimentos utilizados para o abate de aeronaves civis no espaço aéreo brasileiro e a discussão doutrinária que envolve este tema tão controvertido.

Considerando o poder soberano do estado, discorreu-se sobre o “direito estatal de punir” e o direito do Estado Brasileiro em adotar as medidas coercitivas necessárias para o combate às condutas criminosas, entre as quais, o tráfico internacional de drogas.

O projeto aqui apresentado tem por objetivo a elaboração de um estudo teórico sobre a regulamentação da lei que normatiza o abate de aeronaves no espaço aéreo brasileiro, buscando sua

compatibilização com os dispositivos constitucionais.

A Lei do Abate de aeronaves trouxe uma série de discussões, notadamente quanto aos direitos fundamentais garantidos em nossa Constituição Federal, uma vez que ela torna possível a destruição de uma aeronave que ingressa no espaço aéreo nacional e pode ocasionar a morte dos seus passageiros e tripulantes.

As dimensões continentais do Brasil, somado a isto o fato de que nossa Força Aérea nunca teve amparo legal para utilizar-se da força e impedir voos irregulares que entrassem ou saíssem de nosso território, foram fatores determinantes que influenciaram na dificuldade de policiamento do espaço aéreo brasileiro.

Para a confecção deste estudo será utilizada a pesquisa bibliográfica, com a análise doutrinária referente ao tema, ainda que pertencente a outra área do Direito e pesquisas de artigos sobre o tema na internet. O método dedutivo será utilizado partindo-se da aplicação geral da lei até a aplicação em situações concretas, serão também utilizados os métodos comparativo e histórico-evolutivo, para análise dos acontecimentos que ocorreram antes da vigência da lei e os que ocorrem na atualidade, por fim, também será utilizado na análise do ordenamento jurídico nacional, o método sistemático.

2 HISTÓRICO DA AVIAÇÃO

Inicia-se com um breve histórico da aviação civil mundial. A intenção é mostrar sua evolução desde os primeiros passos do transporte aéreo até sua utilização para o tráfico ilícito de entorpecentes.

O ser humano almeja o voo desde os tempos mais remotos. A busca pela realização deste desafio já ocorria nos povos do Antigo Egito e da Grécia. Entretanto, foi com Alberto Santos Dumont que o homem conseguiu que uma aeronave mais pesada que o ar alçasse voo por seus próprios meios, muito embora os Estados Unidos da América atribuam a realização do primeiro voo aos irmãos Wright, considerados pelos norte-americanos “pais da aviação” por terem supostamente voado no dia 17 de Dezembro de 1903, três anos antes de Santos Dumont. Cabe ressaltar, que para realizar a decolagem, os irmãos Wright contaram com o auxílio de uma espécie de catapulta e uma rampa de lançamento, não havendo o avião por eles construído, efetuado a decolagem por seus próprios meios.

Santos Dumont realizou em Paris, no dia 13 de setembro de 1906, o primeiro voo público em seu famoso avião, o 14-Bis, onde percorreu uma distância de duzentos e vinte e um metros.

Considerado até hoje como um feito histórico, o primeiro voo realizado pelo notável brasileiro, abriu as portas para o desenvolvimento de novas aeronaves e seu uso em finalidades diversas.

Foram utilizadas na segunda guerra mundial e constituíram a mais importante arma para vencer a guerra, pois com elas se conseguia de maneira mais efetiva e letal, a destruição de alvos de grande importância.

Após a Segunda Guerra Mundial o transporte aéreo ganha expressão a nível mundial, passando a utilizar modelos de aviões bem maiores e muito mais rápidos.

A aviação civil deu um grande salto com a entrada no comércio de aviões com motores a reação, conhecidos como aviões à jato. Esse tipo de motor foi utilizado pela primeira vez em aviões comerciais no ano de 1952¹.

Surgem em seguida os aviões tracionados por motores turbo-hélices. Apesar de não serem tão rápidos como os motores à jato, estes são mais silenciosos e econômicos.

A crescente evolução da aviação civil e engenharia aeronáutica proporcionaram a construção de aeronaves cada vez maiores e mais velozes e que tivessem uma capacidade crescente de transportar passageiros. Essa evolução levou-nos a criação de aeronaves supersônicas, aviões que

¹ Site do Portal Brasil. **A História da Aviação**. http://www.portalbrasil.net/aviacao_historia.htm

conseguem ultrapassar a velocidade do som, velocidade de aproximadamente 1200 km/h, com destaque para o Concorde, hoje aposentado.

Na aviação comercial destacam-se também dois fabricantes mundiais de aeronaves, a empresa brasileira EMBRAER e a canadense Bombardier.

O crescimento da aviação executiva destaca-se no cenário mundial. Sendo o mercado brasileiro um dos maiores do mundo, ficando atrás apenas do mercado americano.

A aviação Civil evoluiu consideravelmente a nível mundial, as aeronaves atingiram um patamar de segurança no transporte nunca antes visto, consolidando-se como o mais seguro meio de transporte do mundo. Essa evolução, aliado ao fato de que o transporte aéreo é dos mais rápidos, de difícil fiscalização e um meio de encurtar as distâncias nas negociações, foi determinante para a escolha deste tipo de transporte no uso para traficar mercadorias ilícitas.

Nos mais diversos países e também no Brasil o uso de aeronaves para o transporte de drogas e outras mercadorias ilícitas é um problema que cresce consideravelmente a cada ano. O tráfico utiliza-se de aeronaves para transportar quantidades cada vez maiores de entorpecentes saídos de vários países, principalmente da Colômbia e Bolívia, essas rotas são utilizadas pelos traficantes e possuem como destino final a Europa, América do Norte e o próprio Brasil.

No último ano, antes da regulamentação da Lei do Abate, eram registrados cerca de trezentos ingressos não identificados em nosso espaço aéreo por mês, caracterizados pelo ingresso de aeronaves não identificadas ou com fraude na respectiva identificação, provenientes de países vizinhos. Segundo informações não oficiais do governo brasileiro, as aeronaves que não estariam servindo ao tráfico internacional de entorpecentes, estariam sendo utilizadas para o contrabando de pedras preciosas e outros ilícitos.

3 DA LEI DO TIRO DE DESTRUIÇÃO

A Lei 9.614, de 5 de março de 1998, “Lei do Tiro de Destruição”, acrescentou um novo parágrafo ao artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, proporcionando uma alteração considerável em sua redação, o referido artigo foi posteriormente regulamentado pelo Decreto nº. 5.144, de 16 de Julho de 2004 e causou posicionamentos divergentes entre os juristas.

Com a alteração do texto legal do artigo 303, da Lei nº 7.565 de 18 de dezembro de 1986, a redação do Código Brasileiro de Aeronáutica, ficou da seguinte maneira:

“CAPÍTULO IV

DA DETENÇÃO, INTERDIÇÃO E APREENSÃO DE AERONAVE

Art.303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou de 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 (art. 21)² ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do art. 21)³;
- 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 foi 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 (Incluído pela Lei nº 9.614, de 1998)

§ 3º. A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. (Renumerado do § 2º para § 3º com nova redação pela Lei nº 9.614, de 1998)”.

Um grande avanço nesse sentido, comprovando que as principais rotas de entrada de entorpecentes em Território Brasileiro ocorrem por via aérea, em aeronaves de pequeno porte, provenientes de áreas produtoras dessas substâncias, foi a criação do SIVAM - Sistema de Vigilância da Amazônia.

Cabe salientar que o espaço aéreo compreende o mar territorial, que se estende a uma distância de doze milhas náuticas da costa. Por conseguinte, as medidas visam impedir o transporte de drogas sobre o Território Brasileiro. Com a modernização do Controle do Tráfego Aéreo no país,

² Art. 21. Salvo com autorização especial de órgão competente, nenhuma aeronave poderá transportar explosivos, munições, arma de fogo, material bélico, equipamento destinado a levantamento aerofotogramétrico ou de prospecção, ou ainda quaisquer outros objetos ou substâncias consideradas perigosas para a segurança pública, da própria aeronave ou de seus ocupantes.

³ Parágrafo único. O porte de aparelhos fotográficos, cinematográficos, eletrônicos ou nucleares, a bordo de aeronave, poderá ser impedido quando a segurança da navegação aérea ou o interesse público assim o exigir.

as medidas de policiamento do espaço aéreo nacional tornaram-se necessárias, principalmente por que, após esta modernização se pode constatar o crescente número de voos irregulares em todo território nacional.

Esses entorpecentes são utilizados no consumo interno e também destinados a Europa e os Estados Unidos, além de outros destinos.

A Lei do Abate de Aeronaves deverá ser utilizada no caso de suspeita de ingresso de aeronave hostil no espaço aéreo Brasileiro, o uso do tiro de destruição ocorrerá apenas no caso de nenhuma outra tentativa de persuasão tenha obtido sucesso e seguirá rigorosamente os passos descritos abaixo:

O Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro, efetuará o acionamento das aeronaves de interceptação da Força Aérea Brasileira, alertando-as sobre a possibilidade de uma aeronave ter ingressado de maneira irregular no espaço aéreo Brasileiro, razão pela qual iniciarão a busca da aeronave suspeita.

Após a localização da aeronave suspeita, o piloto designado pelo Comando da Aeronáutica deverá seguir rigorosamente todos os procedimentos contidos no decreto que regulamentou a lei do Tiro de Destruição, Decreto 5.144, de 16 de julho de 2004 e na ICA 100-12⁴, que estão descritos abaixo:

As medidas de averiguação são as primeiras medidas previstas no Decreto 5.144/2004. As medidas preveem que a aeronave do comando da Aeronáutica colha informações de identificação da aeronave sob suspeita. Nesta etapa o tripulante da FAB deverá seguir os procedimentos descritos abaixo:

1) Inicia-se com o reconhecimento à Distância, neste estágio o tripulante da aeronave de interceptação se mantém em uma localização onde a aeronave interceptada não possa percebê-lo, normalmente por trás e acima da aeronave suspeita. Assim ele registra imagens da possível aeronave hostil e observa suas informações visuais.

2) Procede-se então a confirmação das marcas de nacionalidade e matrícula⁵. Neste instante, as informações coletadas são enviadas ao Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo responsável pela região onde a aeronave foi interceptada. O centro de controle informa o piloto do Comando da aeronáutica todas às informações da aeronave suspeita, como possíveis irregularidades em documentos, deficiência de manutenção e outras informações pertinentes.

⁴ A ICA 100-12 (Instrução do Comando da Aeronáutica) - Compreende as Regras do Ar e Serviços de Tráfego Aéreo, aprovada pelo Departamento de Controle de Espaço Aéreo - DECEA, do Comando da Aeronáutica, em 08.10.2009

⁵ As marcas de nacionalidade e matrícula, correspondem ao conjunto de letras e de letras e números que identificam uma aeronave. No Brasil utilizam-se um par de letras que indicam as marcas de nacionalidade, são elas: PP, PT, PR, PU, esses pares de letras indicam que a aeronave é registrada no Brasil. Aeronaves registradas nos Estados Unidos da América possuem a letra "N" como marcas de Nacionalidade.

Verificado que a aeronave encontra-se em situação regular, será realizado apenas o seu acompanhamento até o destino dentro do território nacional ou até que a aeronave saia do país.

Caso haja a constatação de qualquer irregularidade, a aeronave do comando da aeronáutica se posicionará ao lado da aeronave suspeita, e iniciará a próxima etapa da fase de averiguação:

3) O tripulante da Força Aérea Brasileira tentará manter comunicação via rádio com a aeronave interceptada através de frequência internacional de emergência, ou através de sinais visuais de conhecimento obrigatório por todo aeronauta. Essa tentativa de comunicação tem por finalidade esclarecer as possíveis irregularidades da aeronave interceptada.

As medidas de intervenção serão iniciadas caso o uso das medidas anteriores não tenham sido satisfatórias, então se inicia a segunda etapa, caracterizada pela execução de dois procedimentos, conforme descrição abaixo:

4) O piloto do Comando da Aeronáutica solicita a aeronave interceptada a mudança de sua rota de voo, através de contato via rádio e também por sinais visuais;

5) O piloto do Comando da Aeronáutica solicitará também o pouso obrigatório em aeródromo por ele determinado.

Não havendo êxito no cumprimento das medidas anteriores, executam-se as medidas de persuasão, qual seja:

6) O piloto da Força Aérea Brasileira efetuará disparos de advertência lateralmente à aeronave interceptada, utilizando-se para isto de munição traçante, tomando o devido cuidado para não atingir a aeronave suspeita.

Não havendo resultado satisfatório após a execução das medidas acima descritas, a aeronave interceptada passará a condição de “aeronave hostil”, e estará sujeita à medida de destruição.

Como anteriormente dito, a medida de destruição, só será executada após o não atendimento de nenhuma das medidas anteriores e consiste no seguinte:

7) O piloto da Força Aérea Brasileira posicionará a aeronave interceptadora atrás da aeronave suspeita e realizará disparos com munição real de modo a infligir a aeronave interceptada, danos suficientemente capazes de impedir a continuidade do voo.

Para o cumprimento do Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, são adotadas obrigatoriamente rígidas medidas de segurança e controle na execução de cada fase, qual sejam:

a) Faz-se necessário que todos os procedimentos sejam registrados em gravações visuais e sonoras;

b) É obrigatório que o procedimento ocorra sobre áreas que estejam relacionadas com rotas reconhecidamente utilizadas para o tráfego de entorpecentes e que o procedimento não seja executado em áreas densamente povoadas;

c) Exige-se que tanto a aeronave de interceptação quanto os radares envolvidos no policiamento do espaço aéreo estejam obrigatoriamente sob o controle operacional das autoridades de Defesa Aérea Brasileira;

No Artigo 10 do Decreto nº 5.144/2004, o Presidente da República delega a competência para autorizar a utilização da medida de destruição, ao Comandante da Aeronáutica, elevando assim o grau de segurança e confiabilidade.

Cabe destacar que, não será todo o tráfego desconhecido considerado ilícito e interceptado pelos caças do comando da aeronáutica.

Nas interceptações realizadas após a vigência do Decreto nº 5.144/2004, todos os pilotos de aeronaves suspeitas obedeceram as determinações dos caças da Força Aérea Brasileira, não sendo necessário utilizar as medidas de persuasão, caracterizada pelo tiro de aviso, tão pouco houve a necessidade de se impor o pouso obrigatório para fiscalização, “a média diária de aeronaves voando irregularmente no espaço aéreo brasileiro caiu 32,3% nos primeiros 30 dias da aplicação da Lei, se comparado com a média anual até a véspera do decreto em epígrafe entrar em vigor, dia 16 de outubro de 2004, nesse primeiro mês, os radares de Defesa Aérea detectaram 8,3 voos diários desconhecidos, contra 12,3 nos outros meses de 2004”, estes indicadores demonstram a diminuição no transporte aéreo de entorpecentes no Brasil⁶

3.1 CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS

Com o advento da lei que autoriza o abate de aeronaves consideradas hostis, dentro do espaço aéreo brasileiro, iniciou-se uma discussão doutrinária sobre a constitucionalidade do referido diploma legal.

Alguns doutrinadores teceram argumentos sobre a possível instituição da pena capital, agravada pela possibilidade de ser realizada sem que haja guerra declarada e por mera decisão administrativa. Argumentou-se também, que a lei do abate de aeronaves colidiria frontalmente com os Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal e do Contraditório.

O tráfico utiliza aeronaves como meio de transporte para conseguir seus objetivos. É obrigação do Estado coibir este tipo de ação criminosa e de interesse coletivo o fim deste tipo de mercado ilegal, que onera em demasia os cofres públicos, pois gera problemas de ordem social uma vez que os dependentes cometem delitos de outras espécies para sustentar o vício.

Verificamos a tendência de união do mundo para lutar contra o crescimento do trafico de

⁶ Dado fornecido pelo site oficial da Força Aérea Brasileira (www.fab.mil.br)

entorpecentes. Nesse sentido, destaca-se as bases militares montadas pelos Estados Unidos da América nos países da América do sul onde a produção de entorpecentes é grande, como a Colômbia e a Bolívia.

O comércio de drogas ilícitas no mundo caracteriza-se pela necessidade de rapidez no transporte desses entorpecentes e pela grandiosidade da logística criada pelos criminosos, com números assustadores de dinheiro envolvido.

As agências especializadas dos Estados Unidos, em diversos países da América latina, treinam as autoridades policiais locais e ensinam técnicas para facilitar a detecção de plantações e laboratórios onde são fabricados e refinados os entorpecentes, assim como nas técnicas para efetuar a destruição destes locais e dos materiais utilizados pelos traficantes.

Um caso emblemático é o da Colômbia, nesse país o tráfico de drogas sustenta a mais antiga guerrilha de esquerda da América Latina encabeçada pelas Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, que ainda praticam outros ilícitos como o sequestro e a extorsão.

O tráfico de entorpecentes é uma mal que aflige toda a população do mundo, seja pelos seus males diretos ou por aqueles gerados indiretamente, por exemplo, quando para o sustento do vício, o viciado comete um latrocínio, ceifa uma vida com o único intuito de conseguir bens ou dinheiro para a compra de entorpecentes.

Por isso faz-se necessário analisarmos o problema das drogas, não apenas de maneira positivista, sob o aspecto legal, mas é importante também, a busca do bem a sociedade, para isso, o tráfico de entorpecentes também terá que ser analisado sob o aspecto social.

Ao analisarmos os aspectos constitucionais da lei em palco, mesmo tendo o Brasil inserido em sua Carta Magna, os Princípios da Solução Pacífica dos Conflitos e da Defesa da Paz, trouxe também, o Repúdio ao tráfico de entorpecentes, ao Terrorismo e outras mazelas sociais.

A Constituição Federal concedeu a união, a incumbência privativa de legislar sobre Direito Aeronáutico e navegação aérea⁷, sobre a defesa aeroespacial, defesa territorial e mobilização nacional. Além disso, a Constituição Federal concedeu a união, em seu artigo 21, III e XXII, a competência para assegurar à Defesa Nacional e também os serviços de Polícia Marítima, Aeroportuária e de Fronteiras.

A soberania de nosso Estado é reconhecida internacionalmente, uma vez que o Brasil é signatário da Convenção de Chicago a mais importante Convenção de Aviação Civil Internacional, promulgada pelo decreto nº 21.713 de 27 de agosto de 1946, que estabelece em seu parágrafo primeiro que os Estados contratantes reconhecem ter cada um a soberania absoluta e exclusiva

⁷ Art. 22, I, X, XXVIII, da Constituição Federal de 1988.

sobre o seu espaço aéreo sobre seu território.

O sistema de proteção se completa com as atribuições das Forças Armadas, constituídas pela Marinha, Exército e Aeronáutica que possuem o dever de proteção da Pátria⁸.

Cabe salientar que a ordem para destruição de uma aeronave civil que não obedece aos procedimentos anteriormente citados é medida extrema, grave e de grande repercussão nos meios de comunicação. Sendo o uso destas medidas, meio de garantia da lei e da ordem e da proteção da Pátria. Utilizadas por meio das Forças Armadas, é o meio de defesa dos valores de nosso país, serão utilizadas no caso em que eles estejam sendo colocados em risco, por ações do crime organizado, que tem como atividade principal e mais rentável o tráfico de entorpecentes ou até mesmo por ação agressiva de países estrangeiros.

Um ponto fundamental a ser abordado é que não se pode dizer também que a lei que autoriza o abate de aeronaves afronte aos direitos fundamentais. Pois como é sabido e defendido pela doutrina dos direitos fundamentais, nenhum direito fundamental é de caráter absoluto, pois através do princípio da proporcionalidade outros interesses do Estado de mesma importância passam a ser defendidos com o mesmo vigor.

Todos os direitos fundamentais podem sofrer algumas mitigações diante de uma situação concreta, mesmo o direito à vida. É o que é conhecido na doutrina como o Princípio da Convivência das Liberdades Públicas ou Princípio da Relatividade. Alguns doutrinadores ainda falam em princípio da proporcionalidade.

Segundo Alexandre de Moraes (2000, p. 46), “Os direitos e as garantias constitucionais consagradas pela Constituição Federal, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna”.

A previsão do artigo 5º, XLVII, “a”, da Constituição Federal, quando demonstra a relatividade do direito à vida, trazendo em seu texto, a possibilidade de pena de morte em caso de guerra declarada, é a prova da cessão de um direito quando confrontado com outro. Prova disso também pode ser encontrada no Código Penal, quando em seu artigo 128 possibilita o aborto:

Art.128. - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (grifo nosso);

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (grifo nosso).

Mais uma constatação da efetivação do princípio da relatividade são os casos das prisões

⁸ Art. 142, da Constituição Federal de 1988.

pelo inadimplemento voluntário da pensão alimentícia, na seara civil e as prisões cautelares na seara penal. Essas prisões são feitas em aparente desrespeito ao direito a liberdade ou às regras do devido processo legal.

Portanto, a Lei do Tiro de Destruição não é uma mera antinomia de normas ou princípios frente aos direitos fundamentais da Constituição, mas um choque entre Direitos, o direito à liberdade e à vida de um lado e à soberania nacional e segurança pública de outro.

É de suma importância salientar que a legislação que permite o abate de aeronaves parte do princípio da violência mínima, considera que, antes da tomada de atitudes mais rigorosas, que no caso é o abate da aeronave, deverão ser realizadas todas as medidas possíveis à preservação da vida, sempre cumprindo estritamente o prescrito na referida lei.

Esta é a imposição feita pelo decreto que regulamenta a lei do abate, conforme podemos observar em seu art. 5º:

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 de voo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizado como ultimo recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas (grifo nosso) inocentes, no ar ou em terra.

É importante frisar que, se nada for suficiente para convencer o piloto da aeronave intrusa a pousar para averiguações, a Força Aérea Brasileira esta autorizada por lei a destruí-la, entretanto, a tentativa inicial é a de atingir áreas não letais na aeronave que está tentando fugir. Este procedimento acautelatório demonstra o caráter protecionista da Segurança Pública e do Território Nacional, mas que estabelece em caráter imperativo que se trata de um recurso extraordinário e deve ser utilizado apenas em situação de extrema necessidade.

Cabe salientar que em nossa Constituição Federal o tráfico de entorpecentes é veementemente repudiado, quando diz:

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

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem [...]

Assim encontra-se a solução para o problema jurídico de supressão de garantias fundamentais no uso da lei do abate. Demonstra-se que diante desta situação a opção escolhida, considerando a colisão de direitos, foi pela Segurança Pública e preservação do Território Nacional, para a salvaguarda da soberania e da sociedade civil, cabe mais uma vez frisar que o procedimento previsto no decreto em estudo, só será realizado depois de esgotados todos os meios para se evitar a perda de vidas, portanto, o abate de aeronave suspeita será a última opção, tendo como parâmetro o Princípio da Violência Mínima.

Uma questão importante neste estudo deve ser vista, uma vez que, pode o leitor questionar: a lei do abate de aeronaves não é inconstitucional? e o piloto do Comando da Aeronáutica que a executar, poderá recair sobre ele algum tipo de crime? A resposta para esta pergunta é negativa. O piloto em questão não poderá responder pelo crime, pois a ação tomada, de abater uma aeronave, estará protegida pelo estrito cumprimento de um dever legal, uma excludente de ilicitude, prevista no código penal, questão a ser enfrentada nesta monografia em capítulo próprio.

Devemos considerar também que, o servidor público está sob a égide do Princípio da Legalidade, e portanto só lhe cabe obedecer à lei, sob pena de ser responsabilizado. Por isso, o piloto da Força Aérea Brasileira, não poderá ser autor de crime, uma vez que a ação decorre de dispositivo legal.

É importante expor que o piloto da aeronave do Comando da Aeronáutica, esta sujeito a determinação legal de obedecer às ordens de seu superior hierárquico, tal determinação está contida no artigo 301 do Código Penal Militar, que traz a seguinte redação: “Art. 301 – Desobedecer à ordem legal de autoridade hierárquica: Pena – detenção até seis meses”.

Neste sentido, afirma Damásio E. de Jesus:

[...] em certos casos a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Então, se a ordem é ilegal é ilegal também o fato praticado pelo subordinado. Mas como não lhe cabe discutir sobre sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer a ordem) (ASSIS, 2003, p.104/105).

Todos os argumentos anteriormente citados reforçam que, a ação do piloto do comando da aeronáutica em realizar a destruição da aeronave interceptada, tem por parâmetro o estrito cumprimento de um dever legal, o dever determinado por lei de obedecer às ordens emanadas de seu superior hierárquico.

Por fim, cabe salientar que, no estrito cumprimento de um dever legal, um servidor público, no exercício de suas funções, pode, por força do Princípio da Legalidade, ofender a um bem

jurídico tutelado pela Constituição Federal, desde que obedecendo rigorosamente os limites de seu dever, de modo que a obrigação a ele incumbida seja cumprida.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais estão diretamente ligados ao aparecimento do constitucionalismo no final do século XVIII que, todavia, trouxe da Idade Média, as idéias de limitação do poder Estatal em favor dos direitos do cidadão, sendo um exemplo marcante na história, a carta escrita pelos nobres ingleses do século XIII, na qual o Rei João Sem Terra sofria limitações em seus poderes.

Passada a Revolução Francesa, um número considerável de documentos foram emitidos na busca da garantia dos direitos das pessoas frente aos atos do Estado, efetivando a idéia de um constitucionalismo formalizado. Servindo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (TAVARES, 2007, p. 13), como um padrão a ser seguido pelas constituições dos países Europeus.

Antecedendo a revolução ocorrida na França, outro documento entrava para a história como resultado de uma quebra radical e brusca, neste caso, ocorrido quando da Revolução Americana e da Guerra de Independência das Colônias Americanas frente a Coroa Britânica.

O citado documento ficou conhecido como a Declaração da Virgínia ou também como a Carta do Bom Povo da Virgínia, elaborada no ano de 1776. A mencionada constituição estadual tentava criar os direitos fundamentais do povo do estado americano da Virgínia, principalmente, o direito a liberdade, a igualdade e a eleição de representantes. A constituição virginiana teve uma duração pequena, pois logo em seguida foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, segundo o modelo liberal-clássico, com a Separação de Poderes e a Declaração de Direitos, denominada por Norberto Bobbio como a primeira geração de direitos (BOBBIO, 2004, p.38).

Em seguida, temos a segunda dimensão ou geração de direitos com a promulgação da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, a constituição da república alemã, que na sua elaboração contou com a colaboração de Hans Kelsen e Max Webber. Com as Constituições do México e da Alemanha, surgem os direitos “sociais prestacionais”, entre os quais, os previdenciários e os trabalhistas dentro de um Estado Intervencionista.

Após o término da Segunda Guerra Mundial em 1948, a Organização das Nações Unidas proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, estabelecendo mundialmente a proteção e o respeito aos direitos fundamentais do homem. A citada declaração universalizou os direitos fundamentais inaugurando a chamada terceira geração de direitos fundamentais.

Considerando todos os documentos históricos da primeira geração, o maior destaque é para

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que buscou a defesa dos direitos dos cidadãos frente a um opressor poder estatal e sob a égide do Absolutismo. Isto porque, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão buscou a proteção genérica, sem distinção, a todo ser humano (LENZA, 2007, p 6).

Os direitos e garantias fundamentais caracterizam-se como um vasto número de dispositivos, que estabelecem vários direitos de defesa do cidadão contra as agressões estatais, diversas vezes opressor e omissos em cumprir as normas estatais criadas e instituídas.

Deste modo, os direitos e garantias são vistos desde a segunda geração como direitos sociais prestacionais por parte do Estado. Dentre estes dispositivos, merecem ser destacados os que tratam dos direitos políticos, direitos e deveres individuais e coletivos, dentre outros.

Na Carta Política Brasileira promulgada em 1988 é possível observar a presença de vários direitos e garantias fundamentais, estes não estão restritos somente aos dispostos descritos no Título II, do artigo 5º ao artigo 17.

Também podem ser encontrados em várias passagens de nossa Constituição Federal, como por exemplo, o artigo 60, parágrafo 4º, incisos I, II, III e IV. Assim, pode ser entendido que o artigo 5º não é taxativo, existindo vários outros direitos provenientes dos tratados internacionais e princípios gerais do Direito. Trata-se, portanto, de rol meramente exemplificativo, sendo que os direitos fundamentais estão espalhados por toda a Constituição Federativa do Brasil.

Cabe salientar que existem regras fundamentais que não podem ser modificadas, tão pouco discutidas pelos parlamentares, uma vez que, no Brasil, tais regras fundamentais são imutáveis e por isso recebem o nome de “Cláusulas Pétreas”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF entende possível que um Parlamentar, seja ele, Deputado ou Senador, possa ingressar com um Mandado de Segurança, a fim de impedir a discussão de um dispositivo do núcleo duro, o que a doutrina chama de “direito função” (MORAES, 2007, p.697).

Os direitos fundamentais pétreos atingem a todos sem exceção, assim, valem para brasileiros e estrangeiros, inclusive para os que residem fora do Território Nacional, são direitos considerados “erga omnes”.

Os direitos fundamentais são exatamente a incorporação constitucional dos chamados “direitos do homem”. E compõem parte de um rol de direitos criado pelo Estado, que lhe dão a incumbência de tutelar e proteger estes direitos, além de garantir sua efetivação.

Conforme os ensinamentos de Vidal Serrano, a idéia de direitos fundamentais carrega em seu conteúdo um forte sentido de proteção dos pressupostos humanitários que historicamente foram se acumulando sob o patrocínio dos direitos do homem (NUNES, 1998, p. 19).

Nota-se que os direitos fundamentais constitucionais denotam os anseios da sociedade, já que são confeccionados pelo Legislador Constituinte, eleito pelo povo e em nome de quem legisla, por intermédio de uma assembléia escolhida para a tarefa.

Portanto, a categoria de direitos conhecida como “fundamental” não é dada a determinados direitos, pela livre escolha do Constituinte, até mesmo porque refletem as necessidades da Sociedade em um dado momento histórico. É possível notar esta necessidade nas decisões proferidas nas atividades da Suprema Corte, Guardiã do Texto Constitucional e também nos processos legislativos constituintes de formação de normas, são direitos que dão fundamento a razão de ser do Estado e, portanto, anteriores a criação deste último, que simplesmente os acolhe e os reconhece.

4.1 CONCEITUAÇÃO

Conseguir uma distinção precisa entre direitos e garantias, é uma tarefa árdua e trabalhosa, e o próprio Legislador não estabelece critério para uma diferenciação exata entre elas. Na doutrina esta dificuldade ainda é maior, isso se deve ao grande número de exceções, muito embora alguns autores consigam fazê-la satisfatoriamente. E, por não estarem tão nítidas as diferenças entre os direitos e as garantias presentes na Constituição, esta distinção é feita pelos doutrinadores tomando-se critérios diversos.

A distinção mais utilizada e também conhecida no Direito Brasileiro é de Rui Barbosa, um dos precursores na abordagem do tema. Segundo o jurista:

[...] do texto constitucional poder-se-iam separar as disposições declaratórias, que estariam a imprimir existência legal aos direitos reconhecidos, das disposições assecuratórias, que atuariam na proteção desses direitos fundamentais, limitando o poder (ARAÚJO, 2003, p. 86).

Portanto, o Direito teria um caráter apenas declaratório ou assecuratório, já as Garantias estariam imbuídas de um caráter instrumental e serviriam como meios para a obtenção ou reparação dos direitos violados.

Entretanto, não se deve confundir as garantias fundamentais com os remédios constitucionais, uma vez que não são iguais. Na verdade um deles está incluso no outro, ocorre que as garantias englobam tanto os remédios constitucionais quanto os meios assecuratórios do

cumprimento da nossa lei fundamental.

De acordo com o professor Alexandre de Moraes:

[...] rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nela o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias na maioria das vezes traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (MORAES, 2002, p. 62).

Portanto, a possibilidade de dividi-las em planos distintos é equivocada, uma vez que as Garantias e os Direitos se completam e buscam uma proteção frente ao Poder do Estado.

4.2 ASPECTOS GERAIS

Conforme já discutido neste trabalho, os direitos fundamentais tem como tarefa principal proteger a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões e fazem parte de uma categoria jurídica especial que é a razão de ser da própria Lei Maior e de todo ordenamento jurídico. Numa análise bastante restrita, significa que todo direito tido como fundamental possui características comuns de seu grupo e é isto que os diferencia de outras classes jurídicas.

Para melhor entendimento dos direitos relacionados ao tema que se escolheu nesta monografia, inicia-se agora a análise dessas características para que se possa reconhecê-los na posição em que estejam delineados no texto da nossa Lei Maior.

4.2.1 Evolução Histórica

Os direitos fundamentais são resultados de um longo e vagaroso processo de evolução histórica (ARAÚJO, 2003, p. 86), que se iniciam com a assinatura de alguns documentos importantes, como a Magna Carta Libertatum em 1215, durante o reinado Absoluto do Rei João Sem Terra da Inglaterra.

Não se pode determinar o momento exato de sua criação, embora alguns doutrinadores apontem vários momentos na história como a Revolução Gloriosa na Grã Bretanha, a Revolução

dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa. É possível apenas observar que o conjunto desses acontecimentos fortaleceu sua hegemonia frente aos outros direitos, muito embora os gregos já reconhecessem a diferença entre as normas estruturais do Estado e as demais.

Como exemplo clássico de um desses momentos, tem-se em um período do Cristianismo, quando sua doutrina comparou o homem a Deus, indicando a igualdade entre eles como um dos seus pressupostos fundamentais. Conforme a Bíblia, o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus⁹.

Transposto este momento histórico, as discussões sobre direitos fundamentais ficaram no esquecimento, renascendo com as Declarações dos Direitos Humanos. Vale mencionar, dentre essas declarações, algumas de especial importância como: as diversas versões da Magna Carta Libertatum, o Bill of Rights, as Leis Fundamentais do Reino da França, a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na França, finalizando com a Declaração Universal de Direitos do Homem proclamada pela Organização das Nações Unidas - ONU em 1948, após a segunda grande guerra.

O processo de criação de direitos está em constante evolução, prova disso é a instalação e funcionamento do Tribunal Penal Internacional em Haia, na Holanda, para julgar pessoas que cometem crimes de guerra, genocídio e crimes contra a Humanidade. Esse processo deverá seguir um caminho natural de evolução e ampliação dentro do que Norberto Bobbio chama de “progresso moral da Humanidade”.

Não é possível vislumbrar o fim desta evolução, uma vez que ainda hoje surgem manifestações da sociedade civil e alterações efetuadas pelo legislador, que aumentam a lista de direitos considerados fundamentais, como no caso da classe de direitos fundamentais que tratam de preocupações específicas, como o meio ambiente e os ligados à manipulação genética.

4.2.2 Abrangência Erga Omnes

Os direitos fundamentais são dirigidos a todos os seres humanos, por natureza, e, portanto, são universais. Eles não fazem distinção entre raça, cor ou credo, são de alcance “erga omnes”. O gênero humano é destinatário desses direitos.

A universalidade está intimamente ligada aos movimentos humanistas que os buscaram

⁹ Bíblia Sagrada. Gênesis 1:26 e 27: "Também disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança. Criou Deus, pois, o homem à sua imagem, à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou".

desde a Revolução Francesa, para que eles beneficiassem a todos os seres humanos. Esse projeto ficou mais claro depois do genocídio ocorrido contra os judeus e outras minorias durante a Segunda Guerra Mundial. O Holocausto Nazista é o ponto de partida da Declaração da ONU que visa alcançar o ser humano em todo o mundo.

Desta maneira, é inconcebível dirigir os direitos fundamentais a uma determinada categoria ou classe, pois sua essência estaria sendo contrária à doutrina humanista, que após muitas lutas alcançara um patamar de universalidade para os direitos fundamentais.

O professor André Ramos Tavares enfatiza uma diferença entre universalização e universalidade, sustentando que a universalização cria um certo relativismo inicial aos direitos humanos, na medida em que estabelece uma idéia de processo de criação, suscetível de mudança (TAVARES, 2007, p. 445).

A universalidade destes direitos é tão marcante que mesmo os condenados e os praticantes de crimes são titulares de direitos, pois compõe o gênero humano.

4.2.3 Limitação aos Direitos Fundamentais

Tendo em vista que os direitos fundamentais não são absolutos, embora alguns doutrinadores equivocadamente assim afirmem. É concebível, portanto, a possibilidade de haver um choque ou colisão entre direitos fundamentais, quando para o exercício de um será necessário impreterivelmente à invasão do outro, cabendo salientar que essa possibilidade ocorra apenas em um caso concreto.

Conflitos como este podem ser encontrados, por exemplo, entre o direito de informação e de intimidade. Até mesmo o direito à vida, que é pré-requisito para muitos dos direitos fundamentais, sofre limitações na própria Constituição Federal, como nos casos de aborto, do estrito cumprimento do dever legal para as Forças Policiais, legítima defesa e a pena de morte em caso de guerra declarada.

Como esse conflito de direitos foi previsto anteriormente pelo Legislador, criaram-se ferramentas para a solução de embates, um critério para harmonizar os diversos direitos.

Para a solução destes conflitos utiliza-se o Princípio da Proporcionalidade, cabendo ao Poder Judiciário em cada caso concreto, fazer prevalecer um direito sobre o outro ou ainda, buscar a harmonização dentro da cessão recíproca.

Isto ocorre entre o “instituto da desapropriação e a propriedade privada. A incompatibilidade

entre eles foi superada pelo direito à prévia e justa indenização do proprietário desapropriado” (ARAÚJO, 2003, p. 89).

E, portanto, não sendo necessárias maiores preocupações com a solução do conflito, uma vez que ela já é encontrada no texto constitucional. Porém, deverão ser analisados, os casos onde a resolução não se encontra pré-disposta na Constituição, como é o caso já mencionado, do direito de informação jornalística e a proteção da privacidade das pessoas, objeto da informação.

O exemplo acima citado faz chegar a uma conclusão de que os direitos tidos com fundamentais não são absolutos, mas sim passíveis de limites e por isso, sujeitos a se conflitarem, restando-nos encontrar o meio para a resolução da discordância.

Conforme Vital Moreira e Canotilho (CANOTILHO, 1991, p.133):

No fundo, o problema da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber, entre uma norma consagradora de certo direito fundamental e outra norma consagradora de outro direito ou de diferente interesse constitucional. O regramento de solução do conflito é da máxima de experiência dos direitos fundamentais envolvidos e da sua mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em jogo. Por conseguinte, essa restrição de direitos fundamentais implica necessariamente em uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais e exige principalmente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito. Não se pode pensar em restrição de um determinado direito fundamental em abstrato, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse fundamental diverso.

Neste estudo, o caso a ser avaliado, envolve a limitação ao direito de locomoção, na busca da preservação da ordem social e repúdio ao tráfico internacional de drogas que gera muitos problemas sociais e milhões de dólares de lucro aos traficantes. Prova da indústria milionária das drogas se deu com a prisão do traficante Juan Carlos Ramirez Abadia, onde, de acordo com reportagem divulgada pela internet no site do “Jornal O Globo”, movimentava cerca de 70 milhões de dólares por mês. Abadia era chefe de “cartel de drogas”, acusado de mandar mais de mil toneladas de cocaína para os Estados Unidos, ser responsável por 315 assassinatos e de ter um patrimônio ilícito estimado em US\$ 1,8 bilhão¹⁰.

O traficante Juan Carlos Ramirez Abadia ofereceu uma quantia não revelada oficialmente e considerada insatisfatória para o Poder Judiciário e Ministério Público Federal para revelar suas conexões e ser beneficiado com a diminuição da pena, no que conhecemos como a delação premiada.

¹⁰ -site do jornal O Globo -<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/10/07/298052493.asp>

4.2.4 Direitos Fundamentais: Da Concorrência

O significado de “concorrência” segundo o dicionário é “a circunstância de duas ou mais coisas produzirem-se ou verificarem-se ao mesmo tempo, simultaneidade ou concomitante”¹¹. É o que ocorre com os direitos fundamentais. Por esta peculiar característica os direitos fundamentais podem ser cumulados, sendo possível a coexistência de vários direitos ao mesmo tempo sob a tutela de um mesmo titular.

Mas, essa concorrência de direitos fundamentais faz com que uma situação seja regulada por mais de um dispositivo constitucional e é tarefa de crucial importância para identificação de todas as normas vigentes, pois somente deste modo será possível a definição das consequências jurídicas específicas.

Um agente policial no exercício de suas funções goza do direito à vida, do direito a segurança da sua família e do direito a preservação da sua imagem. Um agente policial que participa de uma operação contra traficantes ou contra qualquer facção do crime organizado pode ter sua intimidade, privacidade e imagem preservados visando o direito à vida.

4.2.5 Direitos Fundamentais: Da Renúncia

É possível observar com certa nitidez que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, portanto o indivíduo não pode deles dispor (ARAÚJO, 2003, p. 84). O que se percebe num caso concreto é que, uma pessoa pode deixar de exercê-los, mas nunca poderá renunciar ou abrir mão desses direitos.

Essas são as principais características dos direitos fundamentais.

Nas doutrinas ainda pode-se encontrar, outras características, como por exemplo:

- Inviolabilidade: os direitos de outra pessoa não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei, sob pena de responsabilização civil, administrativa e penal.
- Imprescritibilidade: os direitos fundamentais são imprescritíveis, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes, mesmo que a pessoa queira, não pode abrir mão deles.
- Efetividade: o Estado deve atuar para garantia da efetivação dos Direitos e Garantias

¹¹ Dicionário Aurélio, p. 167

Fundamentais, usando quando necessários meios de coerção.

➤ Complementaridade: os direitos fundamentais devem ser interpretados de maneira conjunta, com o objetivo de sua plena realização.

A interpretação desses princípios e da sistemática dos direitos fundamentais serão importantes para o enfrentamento do tema proposto nesta monografia, que propõe a possibilidade da derrubada de aeronaves civis que adentrem no espaço aéreo brasileiro transportando drogas.

4.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS: SEUS OBJETIVOS

Pela maneira mais utilizada no mundo ocidental de sistema de governo, onde na maioria dos países é exercido através da democracia, do povo, pelo povo e para o povo, são os cidadãos que escolhem seus representantes e estes por sua vez decidem os caminhos do país.

Apesar de possuírem o poder de decidir sobre o futuro de do país, esse poder não é absoluto, e sim limitado. Essas restrições são feitas por direitos e garantias coletivas e individuais dos cidadãos aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Na maioria das vezes a limitação é feita com base nos Princípios Fundamentais.

Assim, conforme ensinamentos de Canotilho, (CANOTILHO, 1991, p.542):

Os direitos individuais cumprem “a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Deste modo, é possível dizer que o uso de constituições escritas permitiu uma melhor observação dos direitos fundamentais, uma vez que estão ligadas à criação das Declarações de Direitos do Homem.

Esses direitos a finalidade de estabelecer limitações ao Poder Público, ocorrendo à incorporação de direitos subjetivos do homem em normas básicas, subtraindo-se seu reconhecimento e garantias à disponibilidade do Legislador Ordinário.

Mais que dar proteção aos cidadãos frente ao poder estatal, os direitos fundamentais são as bases onde se edifica todo o ordenamento jurídico democrático. Deste modo, pode-se mencionar

que são os princípios constitucionais que dão total apoio e estrutura a construção das normas jurídicas.

Os fundamentos de um Estado são os princípios, porque não só tendem a regular as relações jurídicas, mas também servem como direcionamento a ser seguido por todo o ordenamento jurídico. Sendo a sociedade civil o principal objetivo do sistema.

Conforme os ensinamentos do jurista Geraldo Ataliba (2001, p. 7/8):

Princípios são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico, apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente a serem perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados: tem que ser prestigiados até as últimas consequências.

Finalmente, os princípios são de suma importância, pois balizam a interpretação de todas as outras normas jurídicas, influenciando até mesmo na interpretação das normas constantes na Constituição Federal e em toda a legislação infraconstitucional. São ícones na legislação que possuem carga valorativa necessária para uma boa interpretação.

5 DIREITO À VIDA

Neste capítulo discute-se o direito à vida, que é pressuposto para o exercício de outros direitos igualmente fundamentais, já que existe um pequeno grupo de direitos que não dependem do estar vivo, como os direitos do autor, por exemplo. A vida é um direito garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, que possui a seguinte redação:

Art.5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se ao brasileiro e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade.

Se não o mais importante de todos os direitos, talvez um dos mais, simplesmente porque outros direitos dependem da vida. Por esse motivo ele é encontrado em nossa Constituição na abertura do Capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais.

“A vida vem a ser o fundamento de todos os bens e a condição necessária de toda a atividade humana” (MARQUES, 2000, p. 3).

Considerado o direito mais importante, aquele que está em primeiro lugar entre os bens jurídicos dos quais as pessoas são titulares e que possui total proteção do ordenamento jurídico.

A proteção ao referido direito ocorre durante toda a vida. A doutrina é pacífica quanto o momento a ser considerado como o fim da vida, considera-se este momento quando ocorre a morte do cérebro.

Todavia, quando se fala no momento a ser considerado como o início da vida, a discussão passa a ser muito mais acirrada, cabendo à área da Biologia responder, ficando o jurista, responsável pelo enquadramento legal, uma vez que, segundo a Biologia, a vida tem início com a fecundação do gameta feminino pelo gameta masculino, resultando um ovo ou zigoto.

Analisando a evolução histórica, verifica-se que as revoluções buscaram dar, principalmente, maior respeito e dignidade ao homem. Além disso, observando a evolução do ordenamento jurídico no mundo, onde se passou a reconhecer e se proteger a vida até mesmo quando ainda uterina, se conclui que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, “já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (MORAES, 2002, p. 63).

Na evolução das Constituições Nacionais, percebe-se que não existia uma proteção direta ao bem “vida”, mas sim, protegiam bens ligados à vida. Entretanto, ao longo dos anos, ocorreu uma

mudança de paradigmas e o foco principal passou a ser o gênero humano.

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, foi a Constituição de 1824 a primeira Carta Constitucional a trazer a proteção aos direitos fundamentais, seguida pela Constituição de 1831 da Bélgica, acompanhadas pelas demais constituições contemporâneas.

Entretanto, há divergências doutrinárias sobre o pioneirismo do Brasil. Uma vez que na Constituição de 1824 não existia dispositivo versando expressamente sobre o direito à vida.

Já a Carta Política de 1891 assegurava, nos 31 parágrafos do seu artigo 72, a inviolabilidade dos direitos ligados à segurança individual, à liberdade e à propriedade aos brasileiros e estrangeiros aqui residentes. Embora tal disposição não trouxesse expressamente a proteção do direito à vida, no parágrafo 21, do artigo 72, foi abolida a pena de morte, ressalvado em caso de guerra.

A Carta Magna de 1934 apresentou como direito fundamental, no caput do seu artigo 113, o direito à subsistência.

Nem a Constituição de 1824, tão pouco a de 1937 mencionavam expressamente o direito à vida. Esta última previa em seu artigo 122, inciso 13, a possibilidade de pena de morte para os crimes comuns de homicídio cometidos por motivo fútil e com extremos de perversidade e para os crimes especiais contra a Segurança Nacional.

A proteção explícita ao direito à vida se deu com a Constituição de 1946, onde em seu artigo 141, foi substituída a proteção do direito de subsistência pelo direito à vida, nesta constituição, novamente foi abolida a pena de morte, ressalvados os casos de guerra.

O direito à vida manteve-se protegido pela Constituição de 1967 em seu artigo 157, e na sua Emenda nº 1 de 1969, no artigo 153.

Este direito se perpetuou até a Constituição de 1988, onde pode ser encontrado no artigo 5º, Capítulo I, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos.

Por sua importância peculiar, o direito aqui discutido deve ter a proteção do Estado, tanto no sentido de garantir a vida dos indivíduos, como em proporcionar-lhes vidas com dignidade. A proteção deve ser prestada pelo Estado mesmo que a vida em jogo seja cheia de limitações e imperfeita.

6 DO ESTRITO CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

O tema a ser enfrentado no presente Capítulo tem suas origens históricas no Direito Romano que declarava a impunidade dos fatos praticados no cumprimento de um dever previsível. Não era punido aquele que praticasse um ato delituoso na defesa de bens jurídicos alheios ou de outro interesse maior.

A palavra “estrito” tem o mesmo significado que “estreito”, refere-se a limitado. Aquilo que deve ser compreendido dentro de seu sentido literal (SILVA, 1987, p. 327).

O Direito Canônico dispunha que, àquele que estivesse cumprindo um dever previsto em lei, não cometia crime.

Com a promulgação do Decreto-lei 2.848, em 7 de dezembro de 1940, que criou o Código Penal Brasileiro, é concebido em nosso arcabouço jurídico o instituto do estrito cumprimento de dever legal, consubstanciado no art. 19, inciso III daquele Código, e caracterizado como uma excludente da criminalidade.

Com as modificações introduzidas pela Lei 7.209 de 11 de julho de 1984 que modificou a parte geral do Código Penal Brasileiro, o referido instituto, agora transcrito no artigo 23 do Código Penal, passou-se a se chamar “exclusão da Ilícitude”.

O instituto do estrito cumprimento de dever legal é uma das excludentes de ilicitude, e está disposto no inciso III do artigo 23 do Código penal, com a seguinte redação:

Art. 23. - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – [...]

II – [...]

III - em estrito cumprimento de dever legal [...]

Considerando-se que o crime é formado por um fato típico, antijurídico ou ilícito e culpável, a exclusão da ilicitude faz com que o ato não seja crime, por isso o Código Penal diz que “não há crime”.

Quando se trata de estrito cumprimento de um dever legal, está se referindo a lei em seu sentido amplo. Deve-se interpretar o termo “legal” como toda atividade reguladora normativa ou emanada dos Poderes Executivo ou Legislativo. A palavra “dever” carrega o sentido de obrigação, mas aqui, o dever tem de emanar dos meios jurídicos, ou seja, é necessário ser um dever jurídico.

Os deveres jurídicos podem ser divididos em dois grandes blocos, os que se revestem de caráter privado e os que se revestem de caráter público. Neste estudo, daremos atenção aos de

caráter público, que são os atos executados em cumprimento a um dever que, existe em razão da função pública que exerce o agente.

Sendo assim, pode-se dizer que o funcionário público no cumprimento de um dever legal age por ordem da lei, a que deve estrita obediência.

Em função do Princípio da Legalidade, emanado em nossa “Carta Magna” no caput do artigo 37, o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, deles não podendo se afastar nem desviar, sob pena de praticar ato inválido e consequentemente responder por sua ação, conforme o caso.

Assim, o Princípio da Legalidade refere-se à completa submissão da Administração às leis. Essa deve obedecê-las e cumpri-las, colocando-as em prática. Portanto, a atividade de todos os seus agentes, desde o mais eminente, como o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser de dóceis reverentes e obséquios cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no direito brasileiro (MELLO, 1993, p. 48).

É possível perceber que um agente público exercendo suas funções, sob a égide do Princípio da Legalidade, pode causar danos a um bem jurídico protegido pela legislação brasileira, desde que observando estritamente os limites de seu dever, com o propósito de cumprir a obrigação a ele determinada.

Na doutrina de estrito cumprimento de dever legal, um exemplo bastante conhecido é o do agente policial que mata o criminoso durante uma tentativa de sequestro ou roubo. Na situação hipotética acima, o policial não comete homicídio, pois ao presenciar o delito, a lei determina que o policial prenda o autor do ilícito, de acordo com o prescrito no art. 292 do Código de Processo Penal.

Se este meliante reagir, o policial pode e deve se defender. Cabe salientar que o policial deverá cumprir exatamente o que lhe é imposto pela lei.

Assim, seria necessário apenas que o policial efetuasse a prisão em flagrante do indivíduo. Neste caso o inadmissível seria o abuso, ou seja, se depois de detido pela autoridade policial, essa continuasse a utilizar da força ou infligisse ofensa física ao indivíduo sob custódia, ou ainda, no caso em que desnecessariamente, a autoridade policial chegasse atirando, sem nem mesmo checar se seria possível realizar apenas a detenção, evitando a necessidade de disparo de arma de fogo. Todavia, na hipótese de haver uma reação armada do bandido, o agente policial poderá se defender e até mesmo tirar a vida do criminoso.

Segundo nos ensina o professor José Moaceny Félix Rodrigues Filho¹²:

Nesse contexto a autorização administrativa para a derradeira medida de anulação do perigo da aeronave hostil, qual seja, sua destruição, é compatível, no nosso entender, com a excludente em foco, considerando que o direito que se está preservando, é a segurança pública em seu sentido mais abrangente, incluída a do espaço aéreo e a própria *pax* interna e externa do Estado, nos termos do já exposto art. 13, *in fine*, do CBA.

Diante de todo esse raciocínio, encontramos a compatibilidade da legislação que regula o abate de aeronaves com a disciplina dos direitos fundamentais, bem como a localização topográfica no ordenamento punitivo da conduta estatal que venha a culminar no resultado morte, indesejado, em caso de aplicação da citada norma.

Não há, assim, malferimento ao devido processo legal e seus consectários (ampla defesa e contraditório), haja vista que o rito estatuído pelo Decreto em testilha se compatibiliza com a peculiaridade do contexto fático *sui generis* ora em análise, da mesma forma que não se trata de aplicação de pena de morte, mas, como explicamos, de uma excludente de ilicitude que pode, indubitavelmente, derivar o indesejado resultado cruento.

Portanto, é de suma importância salientar que compartilhamos do entendimento do professor Rodrigues Filho, discorrendo que o estrito cumprimento do dever legal é acima de tudo uma garantia ao agente público no sentido do desempenho pleno de seus deveres legais e uma ferramenta de defesa no combate ao crime.

Para reforçar a posição exposta neste capítulo, transcreve-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: Age em abrigo do Estrito Cumprimento do Dever Legal o policial que, não atendido na ordem de revista, com posterior disparo de um dos suspeitos, atira em resposta vindo a atingir letalmente o meliante. Absolvição Sumaria. (Recurso em Sentido Estrito N° 698179330, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 02/09/1998), Disponível em: <http://www3.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>, Acesso em 06 dez 2010.

¹² Artigo do professor José Moaceny Félix Rodrigues Filho, A legislação do abate de aeronaves. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas, transcrito do site Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 444, 24 set. 2004.

7 DO DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

O direito de punir do Estado tem como viga central o Princípio da Soberania, direito decorrente de um mandamento legal e que cabe ao Estado exercê-lo em sua plenitude. Esse poder se manifesta pela possibilidade do Estado infligir sanções a qualquer pessoa que tenha cometido uma infração penal, conhecido como o “jus puniendi in abstracto”.

No exato momento em que uma infração é praticada, aquele direito que até então era apenas abstrato, passa a ser concreto, neste momento nasce o “jus puniendi in concreto”. Tem-se aqui, o direito do Estado em aplicar a sanção prevista em lei ao agente que cometeu o delito.

Após a concretização do delito, surgem dois interesses, o interesse do Estado em punir o agente e o interesse do autor do ilícito em defender-se, gerando um embate entre a pretensão punitiva e o direito de defesa. O mencionado interesse será discutido por meio de um processo e caberá a um órgão do mesmo Estado, o Poder Judiciário, solucionar o conflito.

Ao analisar a história do direito aqui tratado, pode-se verificar que já foi utilizado em diversos fundamentos, inclusive de religião e de cultura. Com a evolução dos direitos fundamentais, o direito de punir do estado sofreu uma profunda alteração (MARQUES, 2000, p. 72).

Com a criação do Estado, há o surgimento de uma sociedade cada vez mais cheia de conflitos. Com a finalidade de resolver estes embates, o Estado utiliza-se de um direito exclusivo, o “jus puniendi”, para assim garantir a defesa dos bens jurídicos fundamentais e evitar o uso da autotutela.

Cabe ressaltar, que este direito só poderá ser exercido pelo seu titular quando houver falhas nos mecanismos primários de defesa da sociedade. A exclusividade do direito de punir estatal é constatada observando a história do surgimento da pena pública. Onde o Estado era o único ente legítimo a aplicar a sanção, sendo esse direito intransferível e indelegável.

Entretanto, apesar do direito de punir do Estado ser intransferível e indelegável, ele possui limitações. Essas limitações devem existir, pois, considerando que a intervenção estatal possa ser realizada de maneira despreparada ou eivada de erros, as consequências poderão ser desastrosas e ocasionarem um efeito inverso ao esperado, podendo ser até mesmo irreversíveis.

No Brasil, a Lei Maior limita o exercício do poder punitivo do Estado para que não ocorra nenhum dano ao gozo dos Direitos Fundamentais. Esse controle é realizado através das ações de prevenção a criminalidade e também pela aplicação das sanções impostas.

É extremamente importante mencionar que todo esse cuidado inserido na Constituição Federal tem como principal endereço de destino à proteção ao Princípio Fundamental da Dignidade

da Pessoa Humana, constante em nossa Carta Política, conforme dicção do artigo 1º, inciso III, onde se lê:

Art.1º - A República Federativa do Brasil, Formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- A soberania;

II- A cidadania

III- A dignidade da pessoa humana (grifo nosso); [...]

A limitação sofrida pelo “jus puniendi” frente aos Direitos Fundamentais, não é a única limitação imposta a esse poder que o Estado possui, o exercício do “jus puniendi” também deverá ser feito observando os Princípios que envolvem o conceito de equidade e justiça.

A soberania Estatal, a necessidade da imposição de limites ao “jus puniendi” e a exclusividade do Estado em exercer esse direito é tratada de forma emblemática por Beccaria (2002-2006, p. 77) em sua obra-prima, *Dos Delitos e das Penas*, segundo ele:

Toda lei que não for estabelecida sobre essa base encontrará sempre uma resistência à qual será constrangida a ceder. Assim, a menor força, continuamente aplicada, destrói por fim um corpo que pareça sólido, porque lhe comunicou um movimento violento. Os homens, cansados de viver só, no meio de tantos temores, e de encontrar inimigos por toda a parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. Não bastava, porém, ter formado esse depósito, era preciso protegê-lo das usurpações de cada particular, dada a índole do homem para o despotismo; os meios encontrados, hábeis à essa proteção, foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. Por conseguinte, só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada indivíduo só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.

Considerando os ensinamentos de Beccaria, esse grupamento de todas as liberdades, menores liberdades das pessoas, é o principal fundamento de efetivar uma punição por parte do Estado. A tese sustentada pelo mestre italiano é acolhida no presente trabalho, o qual defende que o exercício da soberania Estatal dentro da democracia, encontra guarida na legislação constitucional para efetivar, até mesmo, em casos extremos, a derrubada de aeronaves usadas para o tráfico de

entorpecentes.

Citamos aqui as várias formas com que o Estado exerce o direito de punir. Esse direito é feito pela imposição de sanções, que em linhas gerais, podem ser:

- a) pena restritiva de direito;
- b) pena de multa ;
- c) privativa de liberdade; e
- d) pena de morte (é a mais relacionada ao tema desta monografia).

A pena capital foi um instituto muito utilizado na antiguidade. Pode-se constatar a utilização desta penalidade na leitura de algumas passagens Bíblicas, como no livro de Gênesis, capítulo 9, versículo 6, onde pode ser lido: “Quem derramar o sangue do homem pelo homem o seu sangue será derramado; porque Deus fez o homem conforme sua imagem”, ou também no livro de Êxodo, capítulo 21, versículos 12 e 14, onde podem ser lidos: “Quem ferir alguém, de modo que este morra, certamente será morto”. “Mas se alguém agir premeditadamente contra o seu próximo, matando-o à traição, tirá-lo-ás do meu altar, para que morra”.

Diversos documentos jurídicos, como o Código de Manu e a Lei das XII Tábuas vislumbravam a pena de morte, como forma de castigo e punição.

A primeira Constituição Brasileira previa o uso da pena capital, entretanto, estabelecia a necessidade de satisfação de alguns requisitos para a sua execução:

- era proibida a execução em dias que antecedessem dia santo, domingo ou feriado;
- a forca seria erguida exclusivamente para o fim a que se destinava, não ficando exposta, continuamente, à visto do público;
- a forca deveria ser demolida logo após a execução; e

Com o surgimento da primeira Constituição da República, a pena de morte foi abolida, conforme artigo 72 daquela Carta Política. Entretanto, o parágrafo 21 do mesmo artigo previa que: “fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”.

As demais Constituições da República seguiram a mesma linha quando abordaram o tema da pena de morte. Devido a influencia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, muitos países como o Brasil, expurgaram de suas Cartas Políticas a pena de morte em tempos de paz, além das penas cruéis e degradantes.

A atual Constituição admite a pena de morte excepcionalmente em tempos de guerra declarada, com a ressalva para determinados crimes militares na época da duração do conflito armado. Conforme redação do art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, onde se lê:

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

[...]

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; [...]**

A Constituição de 1988 possui um grande diferencial em relação às Constituições anteriores, pois, além de excluir a pena de morte como punição, salvo em caso de guerra declarada, previu em seu artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, conhecido como uma cláusula de pedra, a vedação de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir, os direitos e garantias individuais.

Cabe salientar que para a aplicação da pena capital, alguns requisitos devem ser atendidos, por exemplo: deverá haver um julgamento com o devido processo legal, ampla defesa e vários outros requisitos processuais durante a guerra deverão ser atendidos.

Isto é de peculiar importância para o entendimento do tema aqui enfrentado, pois demonstra que o abate de aeronaves não se constitui em uma pena de morte nesse sentido, na verdade, trata-se de um instituto diferente, ligado ao exercício do poder de polícia, por meio do qual o Estado pode se defender de toda a sorte de ataques e violações graves.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após uma análise feita através desta apreciação acadêmica, é possível afirmar com confortável segurança que o decreto que regulamenta a lei do abate de aeronaves no espaço aéreo brasileiro tem toda a proteção constitucional necessária para sua plena e válida aplicabilidade, não sendo, portanto, inconstitucional, como é alardeado por algumas correntes doutrinárias. Também, não é ilegal, o que para a doutrina significa não ferir a legislação infraconstitucional. Portanto, além de efetividade, o decreto em estudo, possui eficácia jurídica.

Estando no ápice da pirâmide da hierarquia normativa, a Constituição é a base fundamental para a validação de toda a legislação infraconstitucional, inclusive da “Lei do Abate de Aeronaves”. Ao estar de acordo com a Constituição Federal, a legislação aqui estudada, possui validade jurídica e espalha seus efeitos. Se não fosse recepcionada pela nossa Constituição, seria considerada inconstitucional e expurgada do ordenamento jurídico.

Da análise do tema conclui-se que, deve-se aceitar que a Lei do Abate de Aeronaves, se aplicada dentro dos seus limites, aumentará o manto de proteção não apenas da sociedade brasileira, mas também, de todos os povos do mundo que sofrem com o tráfico ilegal de entorpecentes.

Os dados publicados pelos meios de comunicação demonstram que houve um aumento no consumo de drogas no Brasil e nos Estados Unidos da América. No vizinho norte americano, estima-se que 16 milhões de pessoas maiores de 12 anos, ou 7% da população, já consumiram pelo menos um tipo de droga ilegal no ano.

Os dados sobre o consumo progressivo de entorpecentes no Brasil, também são assustadores, principalmente no segmento mais jovem da população. Portanto, era notória a necessidade de uma norma que pudesse fazer frente ao problema, atuando na sua origem. Cabe ressaltar que a legislação em estudo obedece rigorosamente à Constituição Federal e ao Código Penal vigentes.

A legislação analisada neste trabalho revela a sua intenção de proteger a sociedade brasileira, busca diminuir a facilidade com que os narcotraficantes disponibilizam os entorpecentes para o consumo, desse modo dificultando que a droga chegue ao seu destino final, que é a manutenção do vício dos dependentes. Portanto, o decreto em palco possibilita ao Estado o cumprimento do seu papel no combate ao crime de maneira eficaz, buscando impedir a entrada de entorpecentes em território brasileiro.

Cabe salientar que, em diversos casos, os criminosos estão sob a influência de drogas ou tentando adquirir dinheiro para sustentar o vício. O combate ao tráfico de entorpecentes tende a

influir na diminuição de outros crimes associados a ele.

Pode-se notar também, que o tripulante executor do tiro de destruição encontra-se resguardado pelo ordenamento constitucional quando se refere ao Princípio Constitucional da Legalidade, que o obriga como agente público, a cumprir o que está previsto em Lei. No entanto, obedecendo rigorosamente os tramites legais, ou seja, o princípio da legalidade e os demais princípios da Constituição Federal, ele se depara com uma prática criminosa, semelhante a situação de fuga de um presidiário.

Desde que isso ocorra pode o tripulante ofender a um bem jurídico tutelado pela legislação brasileira, ou seja, abater a aeronave para que a obrigação a ele determinada seja cumprida.

Como dito anteriormente, o tripulante não poderá ser autor de crime, uma vez que sua conduta está apoiada por uma excludente de ilicitude, que é o estrito cumprimento de um dever legal.

É necessário e coerente salientar, que por força do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”. Portanto, qualquer abuso ou excesso cometido pelos agentes envolvidos em um caso de abate de aeronave, deverá ser devidamente apurado.

Havendo o oferecimento de denúncia, será durante a fase de instrução que se analisará um possível excesso quanto uma excludente de ilicitude ou outra irregularidade. Sempre obedecendo aos também direitos constitucionais e os princípios do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, conforme previsto na Constituição Federal, nos artigos 5º, incisos LV e LIV, respectivamente.

9 BIBLIOGRAFIA

ANGHER, Anne Joyce. **Vadem Mecum Acadêmico de Direito**. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**, vol. 1. 4ª. ed., Curitiba: Juruá, Curitiba, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002-2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**, Coimbra: Coimbra, 1991.

INELLAS, Gabriel César Zaccaria de. **Da exclusão da ilicitude: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular do direito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

KLABIN, Roberto. **Fechando a Porteira**. In: Revista Força Aérea nº 50, de março de 2008, p. 47.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 12.a. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Fernando. **Inconstitucionalidade da Lei do Abate**. Disponível em <http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/inconstitucionalidadedaleidoabate_fernandolima.htm>. Acesso em 17 de nov. de 2010.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **A Pena Capital e o Direito à Vida**. 1ª.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira, **-Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional**. 2ª. ed. ver. e ampl. São Paulo, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª. ed. – São Paulo: Atlas 2002.

MORAES, Alexandre de. ***Direito Constitucional***, 21ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Ivan Martins. **Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular do Direito - Dupla Natureza Jurídica e Repercussões Processuais Penais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1ª, 2000.

NATSUME, Kelly Cristina – Do Direito à Vida. 2000. 51 f. Monografia (Pós-Graduação) – Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2000.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. ***A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística***. 1ª. São Paulo: FTD, 1998.

PRADO, Luís Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1: Parte Geral: arts 1ª a 120**. – 3ª ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de Morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. **A legislação do abate de aeronaves. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas**. In: *Jus Navigandi*. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5735>>. Acesso em 22 de out. 2010
SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª. ed, reformada e atualizada nos termos da reforma const. n. 31.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª.ed, São Paulo Saraiva, 2007.

Instituto de Controle do Espaço Aéreo. **ICA 100-12**. Disponível em <http://icea.gov.br/ead/ica100-12intraer/ICA_100_12_abr%2007.pdf>. Acesso em 25 de nov. de 2010.

Presidência da República Federativa do Brasil. **Código Penal Militar**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>>. Acesso em 26 de nov. de 2010.

Jornal O Globo. **Abadia arrecadava U\$\$ 70 milhões por mês com cartel de drogas**. In Site do Jornal O Globo. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sp/mat/2007/10/07/298052493.asp>>. Acesso em 20 de nov. De 2010.

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 9, n. 444, 24 set. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5735>>. Acesso em: 07 dez. 2010.

Recurso em Sentido Estrito Nº 698179330, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 02/09/1998, Disponível em: <http://www3.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>, acesso em 06 dez 2010.