

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS - FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

DEMÉTRIUS MENDES DE CARVALHO

LEI DO ABATE X PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Uma análise da (In)
constitucionalidade da Lei 9.614/1998

CAMPINA GRANDE - PB

2020

DEMÉTRIO MENDES DE CARVALHO

**LEI DO ABATE X PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Uma análise da (In)
constitucionalidade da Lei 9.614/1998**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ensino Superior Reinaldo Ramos – CESREI, como requisito a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Ms. Felipe Augusto de Melo Torres

CAMPINA GRANDE - PB

2020

C331I Carvalho, Demétrius Mendes de.

Lei do abate x princípios constitucionais: uma análise da (In) constitucionalidade da Lei 9.614/1998 / Demétrius Mendes de Carvalho. – Campina Grande, 2020.

62 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo RamosFAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2020.

"Orientação: Prof. Me. Felipe Augusto de Melo e Torres".

1. Lei do Abate – Tráfico de Drogas. 2. Direitos Fundamentais.
3. Princípios Constitucionais – Lei do Abate – Inconstitucionalidade.
4. Aeronáutica – Segurança Nacional. I. Torres, Felipe Augusto de Melo e.

II. Título.

CDU 343.575(043)

DEMÉTRIO MENDES DE CARVALHO

**LEI DO ABATE X PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: Uma análise da (In)
constitucionalidade da Lei 9.614/1998**

Campina Grande - PB, _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Me. Felipe Augusto de Melo Torres
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
Orientador

Prof. Me. Rodrigo Silveira Rabelo de Azevedo
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
1º Examinador

Prof. Me. Rodrigo Araújo Reul
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR
2º Examinador

Dedico este trabalho à minha rainha, minha mãe Edenilde Mendes de
Carvalho.

AGRADECIMENTOS

À Deus pela força e alimento diário de perseverança para superar os desafios ao longo de minha vida.

Agradeço a minha mãe Edenilde Mendes, minha esposa Patricia Oliveira, meus filhos Yohamathe Pordeus e David Gabriel, ao meu irmão Dalton Carvalho por todo amor e parceria em cada fase desta caminhada.

A todo corpo docente universitário pelos excelentes profissionais que exerceram grande influência sobre a minha vida acadêmica e pessoal. Em especial destaco meu orientador o Professor Mestre Felipe Torres, por todo cuidado e apoio na elaboração deste trabalho.

Aos meus amigos de Faculdade Gabriel Monteiro, Emmanuelle Brasileiro, Aluska Kelly e Alex Buriti que também muito ajudaram nessa caminhada, em especial o grupo da carona.

Agradeço à Faculdade Cesrei e todos os que dela fazem parte, pela parceria e serviços prestados com tanta dedicação.

A todos que de forma direta ou indiretamente contribuíram para minha formação, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho analisa o processo de criação e regulamentação da Lei do Abate no Brasil, que autoriza a derrubada em pleno voo de aeronaves civis suspeitas de envolvimento no tráfico de drogas. Investigam-se as relações entre a elaboração da Lei do Abate, a política de guerra às drogas propagada pelos EUA e as preocupações estratégicas dos militares brasileiros acerca da segurança da Região Amazônica. Pretende-se estudar a Lei 9.614/98 que alterou o Código Brasileiro da Aeronáutica (Lei 7.565/86) instituído “Tiro de Abate” para quem entra em território aéreo brasileiro sem se identificar. A lei brasileira surge para combater o transporte aéreo ilícito vinculado ao tráfico; contudo, sua origem e os debates posteriores para sua regulamentação submetem-se ao condicionamento dos temores e projetos militares em torno da defesa da soberania sobre a Amazônia brasileira, além de ser um tema que divide opiniões tendo em vista a possível afronta aos princípios constitucionais, e aos reflexos penais advindos de sua aplicação. Diante disso a relevância é fundamental para que se entenda que a lei não pode ferir princípios e ao mesmo tempo que é importante já que se trata da soberania do Estado Brasil defendendo um dos maiores problemas mundiais que é o tráfico de drogas. No que toca à metodologia, utilizou-se o método de pesquisa dedutivo, do tipo qualitativo e teórico, baseando seu desenvolvimento de coleta de dados em documentos textuais, livros doutrinários, artigos, legislação, reportagens, dentre outros disponíveis por meios eletrônicos na internet.

Palavras chave: Lei do Abate, Inconstitucionalidade, Segurança Nacional.

ABSTRACT

The present work analyzes the process of creation and regulation of the Slaughter Law in Brazil, which authorizes the shooting down in flight of civil aircraft suspected of involvement in drug trafficking. The relations between the elaboration of the Slaughter Law, the drug war policy propagated by the USA and the strategic concerns of the Brazilian military about the security of the Amazon Region are investigated. It is intended to study Law 9,614 / 98 that amended the Brazilian Aeronautical Code (Law 7,565 / 86) instituted "Slaughter Shot" for those who enter Brazilian air territory without identifying themselves. Brazilian law appears to combat illicit air transport linked to trafficking; however, its origin and the subsequent debates for its regulation are subject to the conditioning of fears and military projects around the defense of sovereignty over the Brazilian Amazon, in addition to being a theme that divides opinions in view of the possible affront to constitutional principles, and the criminal reflexes arising from its application. In view of this, relevance is fundamental to understand that the law cannot harm principles and, at the same time, it is important since it is the sovereignty of the State of Brazil, defending one of the biggest world problems that is drug trafficking. Regarding the methodology, the deductive research method, of the qualitative and theoretical type, was used, basing its development of data collection on textual documents, doctrinal books, articles, legislation, reports, among others available by electronic means on the internet.

Keywords: Slaughter Law, Unconstitutionality, National Security.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

CF - Constituição Federal

Inc. - Inciso

CC - Código Civil

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I	
1 A SOBERANIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	12
1.1 O ESTADO SOBERANO	12
1.2 A CONTRADIÇÃO DA LIMITAÇÃO DA SOBERANIA	14
1.3 SOBERANIA DO ESPAÇO AÉREO	16
CAPÍTULO II	
2 AERONÁUTICA E SEUS DIREITOS	20
2.1 A AVIAÇÃO MILITAR BRASILEIRA – BREVE HISTÓRICO	22
2.2 IMPLANTAÇÃO DO CÓDIGO BRASILEIRO NO AR	23
2.3 A LEI DO ABATE NO BRASIL	26
2.3.1 A operação OSTIUM e o Tiro de Destruição	28
2.4.2 Legislação regulamentadora	30
2.4.3 Forma de Funcionamento da Lei	32
CAPÍTULO III	
3 LEI DO ABATE X DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DA (IN)CONTITUCIONALIDADE	37
3.1 BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS	37
3.1.1 Direito à vida	38
3.1.2 Dignidade da Pessoa Humana	39
3.1.3 Soberania	41
3.1.4 Princípio da Presunção da Inocência	42
3.2 DIREITO COMPARADO	43
3.3 A DEFESA DA SEGURANÇA E SOBERANIA NACIONAL	44

3.4 PROPOSTA ADI 1.00.000.000836/2005-71 SM(RS) -----	45
3.5 VISÃO DA CONSTITUCIONALIDADE X INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE -----	47
3.5.1 Defesa da Constitucionalidade da Lei do Abate -----	48
3.5.2 Defesa da Inconstitucionalidade da Lei do Abate -----	51
3.6 PROJETO DE LEI 1.219/2003 E AS ÚLTIMAS ATUALIZAÇÕES ACERCA DO TEMA -----	55
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS -----	57
5 REFERÊNCIAS	

INTRODUÇÃO

O Brasil tem uma extensa fronteira terrestre, que possui cerca de 16.000 km (dezesseis mil quilômetros), e faz fronteira com 10 países da América do Sul, alguns desses países, supostamente possuem ligações com o tráfico de drogas e organização criminosa, o que representa uma forte ameaça a segurança do país.

Por ter toda esta extensão continental se fez necessário uma atenção maior em relação a proteção de suas fronteiras, pois através delas poderá ocorrer a entrada de alguns produtos ilegais, tais como: drogas ou produtos contrabandeados.

Diante desse quadro nasce uma preocupação maior com relação ao nosso espaço aéreo, que se tornou uma fonte viável para trazer ao país drogas e contrabandos, e cada vez mais acessível aos traficantes.

É fato que a Segurança Nacional e a Soberania do Estado precisam ser preservadas, como também as vidas de quem nele adentrem, de certo que esses são direitos essenciais. No entanto a Lei 9.614/98, de 5 de março de 1988, conhecida como Lei do Abate, trás uma reflexão de até quando o indivíduo pode se submeter ao poder de mando do Estado.

A importância do estudo jurídico da referida lei advém, precipuamente, da permissão por ela dada da derrubada de aeronaves hostis que adentrem ao território brasileiro e nele permaneçam, sem autorização do governo, e ao amparo da soberania brasileira. A consequência dessa autorização será a morte do piloto ou passageiro da aeronave alvo.

Ressalta-se, a relevância social do tema reflete no âmbito da política internacional, trazendo pressões de outros Estados. Por outro lado, a questão jurídica precisa ser analisada, pois a Constituição Federal Brasileira, como Carta Maior, deve ser obedecida conforme a hierarquia que se dispõem as normas jurídicas.

Dessa forma, indagou-se se à institucionalização da Lei do Abate (Lei nº 9.614/98) e sua consequente regulamentação pelo decreto nº 5.144/04, que permite a derrubada de aeronaves não identificadas que invadam o espaço aéreo brasileiro, contraria o texto constitucional (art. 5º, I e XLVII), uma vez que a Constituição consagra o direito à vida e apenas permite pena de morte em casos de guerra declarada.

É nesse diapasão que se tratou o polêmico tema, com relevância não apenas para o direito em si, mais para a sociedade em geral. A metodologia pautou-se em um estudo de caso da ação: 1.00.000.000836/2005-71 e através de pesquisa dedutiva, do tipo qualitativo e teórico, baseando seu desenvolvimento de coleta de dados em documentos textuais, livros doutrinários, artigos, legislação, reportagens, dentre outros disponíveis por meios eletrônicos na internet.

Para explanar o tema nesta pesquisa no primeiro capítulo, analisou-se a Soberania do Estado e tudo o que há envolto, abordando esta soberania e sua importância no espaço aéreo de nosso país. Seguindo no segundo capítulo, aborda-se os direitos da aeronáutica, a criação da Lei do Abate, a lei regulamentadora, e como ela funciona em nosso país. Finalizando no terceiro capítulo, temos uma análise sobre o que a lei fere para alguns estudiosos, comparando com outros países e o que ela busca defender de fato, fazendo relação de suas críticas e importância e a defesa da constitucionalidade da lei.

Trata-se de uma primeira visão acerca do tema, que ainda deve ser muito debatido para que ele consiga ser eficaz para nosso país, sem ferir direitos que são a base de nossa Carta Magna.

CAPÍTULO I

1 A SOBERANIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A conceituação de Estado democrático de direito se dá a qualquer Estado que se compromete a aplicar e respeitar as liberdades civis, os direitos humanos bem como as garantias fundamentais mediante a implementação da proteção jurídica, observadas a sua submissão, inclusive pelos governantes e autoridades políticas do Estado.

Na Constituição de 1988, no seu artigo 1º, diz que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em Estado Democrático de Direito, tendo a soberania como um dos seus fundamentos. Lenio Streck (1999), fazendo um rápido giro entre o Estado Democrático de Direito, o Estado Liberal e o Estado Social, sustenta que no primeiro, há a possibilidade, ou pelo menos deveria, de haver a desconcentração das decisões oriundas do Poder Legislativo e do Poder Executivo para as mãos do Poder Judiciário.

O autor em sua comparação, lembra que no Estado Liberal, o centro decisório era direcionado ao Poder Legislativo, onde o que não fosse proibido, seria permitido, o que podemos classificar como direitos negativos. Já no Estado Social, o destaque se dava ao Poder Executivo, pela característica fundamental na obrigação de promover a realização das políticas públicas em prol da coletividade, e principalmente manter o controle em sua intervenção na economia.

Quando Streck (1999) retoma ao Estado Democrático de Direito, sustenta que a tensão é voltada para o Poder Judiciário. Há uma inversão de papéis, com uma inércia do Poder Executivo e a paralisia na atuação do Poder Legislativo, culminando no empoderamento do Judiciário, precisamente por meio de instrumentos jurídicos com previsão na Constituição que instituiu o Estado Democrático de Direito.

1.1 O ESTADO SOBERANO

Juliana Magalhães (2015), ao tratar das origens da soberania como conceito político jurídico, discorre que em torno do termo “soberania”, consolidou-se de forma

paulatina, uma conceituação que se sedimentou estabilizando como a solução para vários problemas sociais. Muito embora a palavra soberania tenha sido empregada no período medieval, relativamente tardia, tem o significado e a qualificação pertinente ao poder.

A soberania é um atributo de todos os Estados independentes. Não há que se falar em desvinculação da independência de um Estado de sua soberania, pois é ela quem confere o poder e o domínio dentro de seus limites territoriais. Pode-se destacar à soberania duas características marcantes que dão uma melhor visão de sua força, que é à externa e a interna.

A soberania externa é a demonstração de independência perante Estados terceiros, livre de qualquer tipo de imposição às normas jurídicas que não as suas próprias. Quanto à característica da soberania interna, a afirmação que se tem é que quem manda é o poder constituído pelo povo, do qual resulta em uma constituição que estabelece o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, independentes e harmônicos entre si, observados os freios e contrapesos, do inglês, checks and balances, que irão governar e tomar as decisões em nome do povo.

Há que se abordar quanto à personificação da soberania. Por exemplo no Brasil onde o sistema de governo é presidencialista, o Presidente da República é o Chefe de Estado, que no âmbito internacional, exerce a soberania. É ele quem vai afirmar a independência e autonomia do povo em relação aos outros países.

Além de ser chefe de Estado, o Presidente brasileiro também é o Chefe de Governo e, nesse caso, exercerá a soberania em âmbito interno, afirmando essa soberania nos termos que estabelece o inciso I do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

No século XVI essa concepção já era bastante madura para o francês Jean Bodin (2011), pois ao tratar de soberania ele já entedia que se referia à entidade que não tinha conhecimento de um superior, isso dito na ordem externa e nem igual, em se tratando da ordem interna. A soberania de um Estado é inviolável, e quando isso acontece, as consequências podem ser as mais desastrosas possíveis ao imaginário humano, podendo até culminar em conflito armado com proporções catastróficas.

Tomemos como base, contemporaneamente falando, o líder norte-coreano, Kim Jong-Um, que tem feito vários investimentos em testes com armas nucleares. Entre julho e agosto de 2017, Pyongyang lançou dois mísseis balísticos. Em ambos os episódios, houve sucesso nos testes. Esses mísseis tinham alcance

intercontinental deixando, por exemplo, o continente norte americano ao seu alcance.

Mesmo recebendo críticas de forma uníssona de países ao redor do mundo, como, por exemplo, Estados Unidos, Japão e Coreia do Sul, a Coreia do Norte continuou no incremento de seus programas militares. No dia 29 de agosto de 2017, às 05h57, horário local, um míssil norte-coreano alcançou uma longa distância e cruzou o céu do Japão. A emissora de TV japonesa, NHK, informou que o míssil se partiu em 3 (três) partes e acabou caindo no Oceano Pacífico, a 1.180 km de Cabo Erimo, em Hokkaido, tendo percorrido uma distância de 2.700 km a uma altitude de aproximadamente 550 km.

Não restam dúvidas de que se tratou de uma ameaça sem precedentes e que a soberania do espaço aéreo do Japão fora seriamente violada. Mesmo os demais Estados soberanos condenando o lançamento e a Organização das Nações Unidas - ONU se movimentando no sentido de evitar conflito armado entre os dois Estados, pode acontecer que tais esforços e tentativas de soluções diplomáticas não logrem êxito, sendo, portanto, ineficazes.

O filósofo inglês Thomas Hobbes (1983) trata que: “Se o soberano não proteger, com eficiência, a vida dos seus súditos, torna-se aceitável, portanto, permitido que os súditos se insurjam contra esse soberano, pois é um dever que ele não cumpriu”. (HOBBS, 1983, p. 78)

Não havendo proteção, não há que se falar em obediência e, por mais que pratique excessivo poder contra esses súditos, eles o obedecerão antes, pela tendência natural de preservação.

A soberania para Rousseau (2009) é inalienável, porque ele é simplesmente um ser coletivo, não podendo ser representado por outro, a não ser por ele mesmo. O poder para ele é perfeitamente transmissível. Entretanto no que toca à vontade, não há que se falar em tal possibilidade. Para Rousseau todos devem abrir mão de certas coisas de cunho pessoal para homogeneizar a sociedade. Por fim o sujeito da soberania é o povo, a vontade geral.

1.2 A CONTRADIÇÃO DA LIMITAÇÃO DA SOBERANIA

Contemporaneamente, Alexandre Araújo Costa (2011), em seu artigo, “O Poder Constituinte e o Paradoxo da Soberania Limitada”, diz que:

O constitucionalismo ao mesmo tempo em que admite que a soberania popular precisa ser absoluta com o fito de validar fundamentadamente a Constituição, necessita ser concomitantemente limitada, para dessa forma, haver respeito quanto à validade da Constituição. No parágrafo único do artigo 1º da CF/88, que trata: “Todo o poder emana do povo”. Analisando isoladamente essa assertiva, pode-se depreender de que o povo é soberano. Entretanto, a dogmática constitucional entende que essa soberania é mitigada ao se estabelecer uma constituição. O povo ao adjudicar o poder constituinte aos seus representantes no legislativo, abre mão da sua soberania por meio de instituições que atuam conforme os procedimentos firmados na própria lei fundamental e passam a exercê-la indiretamente. (COSTA, 2011, p. 220)

Alexandre Araújo Costa (2011) explica que Abade de Sieyès, desenvolve o conceito do poder constituinte dizendo que o povo é soberano, só que essa soberania deverá ser empregada para desenvolver o poder constituinte.

No momento em que esse poder constituinte cria a Constituição, automaticamente estará se criando um Estado, estabelecendo o poder constituído. O poder constituinte se esvai e, ao deixar de existir, o povo não é mais soberano, o que acaba por limitar a soberania popular.

Dessa forma, Alexandre Araújo Costa (2011), demonstra que o povo possui um único ato soberano, que é abdicar de sua própria soberania, conferindo o poder constituinte a um determinado grupo que os representarão para constituir um governo com poderes limitados e, nessa perspectiva, mesmo que em coro uníssono, o povo brasileiro agiria ilegitimamente, caso desejasse estabelecer quaisquer direitos e obrigações, por conta do entendimento de que quando se estabelece uma Constituição, todas as Instituições do Estado estarão submetidas às leis que estabelecem os limites e as organizações do poder do Estado.

Esse mesmo entendimento se aplica às autoridades instituídas que também estarão impedidas de modificar a norma, consubstanciando em um verdadeiro absurdo a possibilidade de o poder legislativo ter a faculdade de alterar deliberadamente o texto constitucional, pois se houvesse essa prerrogativa, não haveria Constituição e o Poder Legislativo seria o verdadeiro e único soberano.

Soberania que já fora defendida por Locke e Rousseau. Para Locke (1994), o Legislativo, em uma sociedade organizada, era o único poder supremo,

diferentemente de soberano, onde todos os outros estariam ou deveriam subordinação. Todavia, como se trata de um poder que é confiado ao legislativo a determinados propósitos, subsiste no povo o poder supremo para destituir ou mesmo modificar o Legislativo quando avaliar o ato legislativo discordante do que nele fora confiado.

Dando continuidade, Alexandre Araújo Costa (2011), aborda que as constituições surgiram no século XVIII, quando o Poder Legislativo abdicou da sua soberania instituindo leis que previam a divisão dos poderes, do que hoje conhecemos, Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da limitação de cada um deles. Desta forma, a soberania do Legislativo fora transferida pela supremacia da Constituição, muito embora a legitimidade para sua instituição fosse justificada no ideário de soberania do povo.

Assim, fica visível o paradoxo que se forma ao se evidenciar a combinação de povo soberano e constituição soberana e conclui afirmando que o poder constituinte é um elemento semântico liberal que fundamenta o poder dos Estados constitucionais. O poder constituinte compõe a mitologia liberal que busca identificar o tempo fundador do passado.

No que toca à mitologia democrática, conforme se dá nas teorias de Rousseau (2009) e de Negri (2013), essa possibilidade continua aberta, onde o povo pode exercer, de tempos em tempos, um poder soberano, chamando o primeiro de poder legislativo e o segundo de poder constituinte.

1.3 SOBERANIA DO ESPAÇO AÉREO

Duas teorias abordam a natureza jurídica do espaço aéreo. Uma delas foi elaborada pelo advogado e estudioso francês Paul Auguste Joseph Fauchille (1990), que sustentava a “liberdade absoluta”, baseado no Direito de conservação do Estado subjacente. Esta doutrina entendia que os Estados, além de não terem soberania, não poderiam lançar mão de sua autoridade sobre o espaço aéreo, configurando em certa medida, mitigação da soberania.

A segunda teoria se divide em dois aspectos importantes: uma defendida pelo inglês John Westlake que tratava da passagem inocente e a outra pelo alemão

Franz Von Holtzendorff que condicionava essa passagem inocente a um certo limite de altitude.

A soberania exclusiva do Estado sobre o seu espaço aéreo sobrejacente, é reconhecida pelo Direito internacional. A passagem inocente constou da Convenção Internacional de Paris, ocorrida em 1919, logo após o término da primeira guerra mundial, período em que a aviação fora utilizada para fins militares, sendo este, um verdadeiro experimento do uso de aeronave para a segunda guerra mundial.

Essa Convenção, foi um passo muito importante para regular a navegação aérea internacional, pois o que prevaleceu foi a teoria inglesa de Westlake, em conjunto com a do alemão Holtzendorff, do sobrevoo inocente.

Houve também a criação da Comissão Internacional de Navegação Aérea (CINA), cujo propósito foi o de promover estudos dos problemas atinentes à aeronavegação. Ela é considerada o esboço da atual Organização da Aviação Civil Internacional (OACI), ou Internacional Civil Aviation Organization (ICAO) de 1944. Aprofundando um pouco mais no tema, relativo aos tratados como parâmetro normativo, cabe trazer à baila o que leciona o professor José Francisco Rezek (2000): "Tratado é o acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos".

Uma outra conceituação fora proposta pela Convenção de Viena, que se preocupou em definir o tratado internacional como:

Um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. (Decreto Legislativo nº 496, de 2009)

As definições consagradas na Convenção de Paris, vigoraram até 1922, para então serem alterados pelo Protocolo de Londres e posteriormente pelo Protocolo de Paris, ocorrido em 1929.

A Convenção Ibero-Americana de Navegação Aérea de 1926, mais conhecida por Convenção de Madrid, ao reconhecer o livre-arbítrio entre Estados Ibéricos e da América Latina, quanto à soberania sobre o seu espaço atmosférico sobrejacente e também a liberdade de passagem inofensiva, desde que fosse exercida em época de paz, resgata os princípios fundamentados da Convenção de Paris.

A Convenção de Chicago de 1944, sobre Aviação Civil Internacional, em seus artigos 1º e 2º, reconheceu a soberania exclusiva e absoluta dos Estados sobre o espaço aéreo acima de seus territórios, tanto na área terrestre como também na faixa marítima adjacente, admitindo, contudo, o sobrevoo inocente de aviões civis. Essa convenção é abarcada pelo Acordo Provisório, pelo Acordo de 1946 entre EUA e Inglaterra, conhecido por Acordo de Bermudas, e também pelo Protocolo de Emendas de 1947. O Brasil assinou e ratificou esse acordo.

Esse conjunto padronizado de direitos aéreos foi formulado na Convenção da Aviação Civil Internacional, de 1944, em virtude de querela entre Estados acerca da proposta de liberalização dos serviços aéreos. Assim, inicialmente essa Convenção criou 5 (cinco) “liberdades do ar” com direitos de tráfego permitidos às empresas aéreas de um país para operar no território do outro país ou além deste.

As 2 (duas) primeiras liberdades eram de cunho técnico e as 3 (três) últimas regulavam o transporte de pessoas, embarque e desembarque, malas postais e cargas, de cunho comercial, tudo a depender de negociação e permissão entre os Estados.

A prática e a doutrina acrescentaram outras 4 (quatro) liberdades na Convenção, sem definição jurídica por tratado internacional. No quadro 1, é possível compreender as 9 (nove) liberdades, sempre utilizando o Brasil como referência.

Cada Estado autoriza que uma determinada companhia aérea de outra nacionalidade realize em seu território os serviços de forma regular, por meio de tratados bilaterais e/ou esporadicamente por autorização unilateral, utilizando como parâmetro as “liberdades do ar” constantes da convenção.

O que não pode ser desconsiderado é que as aeronaves de nacionalidade estrangeiras estarão sujeitas à jurisdição do Estado ao qual elas se encontrarem, não se aplicando às aeronaves militares e as de Estado, por gozarem de imunidade de jurisdição. Quando estiverem sobrevoando em alto-mar, sujeitar-se-ão à jurisdição do Estado de matrícula. Toda e qualquer aeronave só possui uma nacionalidade.

O art. 2º da Lei 8.617/93, que dispõe sobre o mar territorial, a zona contígua, a zona econômica exclusiva e a plataforma continental brasileira, trata que a soberania do Brasil se estende ao mar territorial, ao espaço aéreo sobrejacente, bem como ao seu leito e subsolo.

Cabe reforçar que as Convenções de Paris e de Chicago confirmaram quanto à soberania completa e exclusiva dos Estados sobre o espaço aéreo acima do seu território, dando a entender que o Estado poderá tomar as medidas julgadas necessárias para defender esse espaço aéreo, incluindo a interceptação de aeronaves infratoras.

Destaca-se o incidente que provocou a morte de “269 passageiros do Boeing 747 da Korean Airlines, abatido pela antiga União Soviética em 1º de setembro de 1983, por sobrevoar indevidamente o território daquele país”. Tal acontecimento culminou no Protocolo de Montreal de 1984, alterando a Convenção de Chicago.

A mudança que cabe evidência e que figura como a principal, foi a de impedir que os Estados, no ímpeto de proteger sua soberania, utilizem desproporcionalmente medidas que possam provocar a perda de vidas humanas.

José Francisco Rezek (2000), demonstra o entendimento de que os sequestros, bem como outras formas de violência, ocorridas na segunda metade do século passado, no que tange ao conjunto da navegação aérea civil, culminaram na celebração de tratados que tinham a preocupação quanto ao problema da segurança.

CAPÍTULO II

2 AERONÁUTICA E SEUS DIREITOS

A história da legislação aeronáutica no Brasil teve início em 12 de janeiro de 1925, quando a Lei Nº 4.911 determinou a regulamentação do serviço de Aviação Civil. Importante dizer que, desde seu início, as leis que se sucederam, até 1967, tiveram o cuidado em separar a Aviação Civil da Aviação do Estado, incluídas aqui as aeronaves da administração direta e indireta.

É o Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931, que promulga em nosso ordenamento nacional a Convenção de Varsóvia, o diploma normativo internacional que unifica as regras relativas ao transporte aéreo internacional, inclusive nos casos de responsabilidade civil por acidente decorrente do transporte internacional de pessoas.

A melhor interpretação do exato teor dessa convenção, confessadamente, não é tarefa fácil ou ligeira. Hoje, a Convenção de Varsóvia é praticamente uma colcha de retalhos, tamanhas as alterações que sofreu desde sua primeira edição na Polônia em 1929. Foram promulgados os Protocolos Adicionais n.º 1, 2 e 4, assinados em Montreal, em 25 de setembro de 1975 e ocorreram emendas pelo Protocolo celebrado em Haia, em 28 de setembro de 1955, com algumas reservas. Há um Protocolo Adicional nº 3 que depende de um número determinado de ratificações por parte de outros países e da edição de decreto presidencial.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional identificou a necessidade do desenvolvimento de normas, princípios e padrões comuns para regular o rápido crescimento de um modal de transporte que revolucionaria, nos anos subsequentes, o modo como o ser humano lidaria com as distâncias geográficas e com a velocidade dos fluxos comerciais – a aviação civil. Nesse sentido, normas precisariam ser estabelecidas para garantir a segurança e a compatibilidade das operações entre os Estados.

Representes de 52 nações reuniram-se, em dezembro de 1944, na Conferência Internacional de Aviação Civil de Chicago, para elaborar a chamada “Convenção de Chicago”. Na mesma data foi estabelecida a Organização de Aviação Civil Internacional – OACI.

Atualmente, a estrutura organizacional da OACI é formada por um

Secretariado e três órgãos principais: a Assembleia, o Conselho e a Comissão de Navegação Aérea (ANC).

Composta por todos os Estados-membros, a Assembleia é o órgão soberano da OACI. Convocada ordinariamente a cada três anos, cabe à Assembleia estipular as diretrizes a serem seguidas no triênio seguinte, aprovar o orçamento e revisar os trabalhos técnicos, legais, econômicos e administrativos da Organização, bem como aprovar as emendas aos Anexos da Convenção de Chicago.

Além disso, é a Assembleia que elege os 36 Estados que compõem o Conselho no triênio seguinte. Os Estados são eleitos levando-se em consideração sua importância para o transporte aéreo internacional, sua contribuição para a estrutura de navegação aérea da aviação civil internacional e critérios de representação geográfica.

Como órgão executivo da OACI, o Conselho tem o poder de adotar as SARPs e incorporá-las aos Anexos da Convenção de Chicago, convocar a Assembleia, indicar o Secretário-Geral e administrar o orçamento da Organização. Na prática, o Conselho atua por meio de Comitês, dos quais se destacam o Comitê de Transporte aéreo – responsável pelo desenvolvimento economicamente viável da aviação civil internacional –, o Comitê de Finanças, o Comitê sobre Interferência Ilícita e o Comitê de Cooperação Técnica.

Em termos práticos, boa parte do que hoje constitui a ANAC, sobretudo nas cidades do Rio de Janeiro e São José dos Campos, foi formada a partir de vários órgãos pertencentes ao Comando da Aeronáutica: o Departamento de Aviação Civil (DAC) e seus Serviços Regionais de Aviação Civil (SERAC), o Instituto de Ciências da Atividade Física da Aeronáutica (ICAF), o Instituto de Aviação Civil (IAC) e a Divisão de Certificação de Aviação Civil do Instituto de Fomento e Coordenação Industrial (IFI).

A agência foi criada pela lei federal nº 11.182 de 27 de setembro de 2005 e instalada através do decreto federal nº 5.731 de 20 de março de 2006.

Desde sua criação, em 2005, a agência teve seis diretores presidentes: Milton Zuanazzi, Denise Abreu, Solange Paiva Vieira, Carlos Eduardo Pellegrino (interinamente), Marcelo Pacheco dos Guaranys, José Botelho de Queiroz (interinamente) e José Botelho de Queiroz.

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) é uma agência reguladora federal cuja responsabilidade é supervisionar a atividade de aviação civil no Brasil,

tanto no que toca seus aspectos econômicos quanto no que diz respeito à segurança técnica do setor.

A substituição de órgãos diretamente ligados ao governo por uma autarquia, em 2005, visou a uma administração mais autônoma e técnica da aviação civil nacional, buscada por meio de descentralização administrativa e menor influência política direta. Muitos especialistas defenderam a medida argumentando que ela influenciaria positivamente o setor atraindo investimentos, dada a criação de um ambiente econômico propício devido à criação e manutenção de regras novas e estáveis.

Em 2017 a ANAC autorizou as operadoras aéreas a cobrarem pelo transporte das bagagens dos passageiros sob a promessa de que tal medida reduziria os preços das passagens. Entretanto, no período imediatamente posterior a liberação da cobrança, entre junho e setembro de 2017, os preços foram majorados em 35,9%, segundo dados da FGV. De acordo com levantamento do IBGE, entretanto, a elevação foi mais moderada, de 16,9%.

Nesta pesquisa, vamos analisar este direito aeronáutico no que diz respeito a Lei do Abate, de forma que poderemos analisar todos os principais pontos que envolvem este fenômeno no Brasil.

2.1 A AVIAÇÃO MILITAR BRASILEIRA – BREVE HISTÓRICO

Cada um de nós temos um lugar para chamar de cidade natal, não é diferente na aviação militar brasileira. A cidade fluminense de Campo dos Afonsos é a terra natal da aviação militar brasileira, foi lá que a primeira Escola Brasileira de Aviação (EBA) foi fundada, em 02 de fevereiro de 1914, recebendo 60 militares do Exército e da Marinha, inclusive instrutores estrangeiros. Entretanto, sua duração foi efêmera, fechando suas portas poucos meses depois.

Logo após a 1ª Guerra Mundial (1914-1918), o Exército passou a utilizar novamente o Campos dos Afonsos em atividades aeronáuticas, sendo, inclusive, prestigiado pela visita ilustre do brasileiro Santos Dumont, que ficou impressionado com as instalações.

De acordo com Alzira Alves de Abreu (2001), em 1919, mesmo ano da

Convenção de Paris, foi criada a Escola de Aviação Militar (EAM), apoiada pela Missão Francesa de Aviação responsável pela preparação de pilotos militares e mecânicos para o Exército até a década de 40. Posteriormente à criação da “Arma de Aviação”, em 1927, impulsionado pelo desenvolvimento da Aviação no Brasil, foi instalado no mesmo ano a Diretoria de Aviação Militar, onde foram transferidos por decreto para a arma de aviação os oficiais que já eram diplomados como pilotos-aviadores ou como observadores aéreos.

Em 1941 foi fundada a Escola de Aeronáutica, responsável pela formação de novos aviadores militares desde a sua fundação até 1971. A essa altura o Código Brasileiro do Ar já havia sido instituído em 1938, no governo Getúlio Vargas. A criação da Escola de Aeronáutica, hoje denominação de Academia da Força Aérea (AFA), situada na cidade de Pirassununga-SP, se deu em substituição à antiga Escola de Aviação Militar.

Flávio José Martins (1996), conta que no mesmo ano é criado o Ministério da Aeronáutica, integrado pela Força Aérea Nacional (FAB), anteriormente denominada de Forças Aéreas Nacionais. Com isso, o Brasil passa a ter 3 (três) forças militares, além da FAB, somado a do Exército e a da Marinha. A FAB já nascia com a frota de aviões considerados velhos e obsoletos.

De acordo com Flávio José Martins (1996), somente com a parceria com os Estados Unidos da América (EUA) que o país passou a ter caças Curtiss, considerados modernos à época. Em 1942 o Brasil veio a ingressar na 2ª Guerra mundial, com a participação da FAB, da Força Expedicionária Brasileira (FEB) e de unidades do exército. Com o lema “Senta a Pua”, considerado pela aviação nacional como um dos capítulos de grande relevo nacional, essas unidades, incorporadas a duas divisões do exército dos Estados Unidos da América, foram encarregadas de lutar na tomada da Itália. A aviação militar brasileira teve destaque na guerra, culminando com seu crescimento nos anos subsequentes.

2.2 IMPLANTAÇÃO DO CÓDIGO BRASILEIRO NO AR

Em 1938, no governo Getúlio Vargas, é instituído o Código Brasileiro do Ar, precursor do código atual, por meio do Decreto-Lei nº 483. A intenção era agregá-lo às Convenções e Tratados internacionais na regulação do direito aéreo brasileiro.

Sua previsão era de promover o exercício pleno da soberania do espaço aéreo sobrejacente ao território brasileiro, incluído aí as águas territoriais.

Esse código era composto de 3 (três) títulos que tratavam, respectivamente, “Do Direito Público Aéreo”, “Direito Privado Aéreo” e “Das Infrações e Penalidade”.²⁹ Um ano mais tarde da instituição do código, começa a 2ª Guerra Mundial, mas antes disso, Giulio Douhet (1869-1930), Oficial do exército italiano, desenvolve a teoria de que para um Estado ter poder suficiente para dominar o ar, era necessário possuir uma aviação civil bastante desenvolvida, desde que supervisionada pelo Estado, não obstante ser controlado pelo setor privado.

Quando desenvolvida, iria envolver a indústria aeronáutica na fabricação de aviões, componentes, aeroportos capazes de abranger todo o território, para, então, promover a cobertura desse território por linhas aéreas que pudessem fazer a interligação de todos os pontos do país. Além disso, como haveria a necessidade de treinamentos para a formação de operadores de voo, de pilotos e de mecânicos, o setor privado também seria o responsável por cuidar disso.

No seu entendimento, o poder aéreo deveria ser dividido da seguinte forma: Forças aéreas independentes, que se responsabilizariam pelas aeronaves, como os bombardeiros e os caças, para situações extremada de guerra; as forças auxiliares do exército e da marinha incumbidas de fazer o apoio dessas operações; e Aviação civil que, em momentos de guerra, seria responsável pelo transporte de equipamentos e suprimentos, pelas tropas, pelas patrulhas e pelo reconhecimento e salvamento.

Posteriormente, parte de sua teoria seriam rechaçadas durante a 2ª Guerra Mundial, por conta dos acontecimentos. André Luiz de Almeida (2006), ensina que o Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966, no governo militar do Marechal Humberto de Alencar Castelo Branco, institui o novo Código Brasileiro do Ar, não obstante seu projeto de reformulação já ter sido trabalhado e apresentado em 1963.

O novo Código nasceu com o objetivo de aprimorar seu antecessor, datado de 1938 e, visando proteger a aviação brasileira do seu interesse, da superioridade e domínio dos países mais desenvolvidos que apresentavam maior poderio.

No ano seguinte, a Constituição de 1967, em seu art. 8º, reafirmou o que já trazia as Constituições de 1934, 1937 e 1946, quanto à competência privativa da união para legislar sobre temas pertinentes à aviação, retomando no inciso XVII, alínea “b”, a nomenclatura contida na Constituição de 1934 de “Direito Aéreo”.

Mais tarde, com a Emenda Constitucional de 1969, a nomenclatura passou para “Direito Aeronáutico”, em igual art. 8º, XVII, “b”. Com o advento da Constituição de 1988, essa nomenclatura foi mantida no art. 22, inciso I. Entretanto, pode-se perceber que nenhuma delas alterou a competência da união para legislar sobre o tema, muito embora fossem mudadas as nomenclaturas.

Para substituir o Código Brasileiro do Ar, Geraldo Bezerra Moura (1992) explica que em 19 de dezembro de 1986, foi editada a Lei nº 7.56531, instituindo o atual Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), que passou a limitar a exploração do comércio de transporte aéreo conferindo competência ao Estado para fiscalizar e controlar os serviços. O CBA passou a ser regulado pelas Convenções, Atos Internacionais e Tratados do qual o Brasil seja signatário.

O CBA, posteriormente, foi modificado pela Lei 9.614, de 05 de março de 1998, que teve o condão de modificar o art. 303 e introduzir o parágrafo 2º, dando a possibilidade de uma aeronave poder ser submetida à detenção, à interdição e à apreensão, em uma operação conjunta, composta pela Aeronáutica, Receita Federal e Polícia Federal.

A introdução do parágrafo 2º foi uma verdadeira inovação, que se deu com a redação que se segue:

§ 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.

Antes do advento da edição da Lei do Abate, havia uma lacuna jurídica que pudesse apoiar o policiamento realizado no espaço aéreo brasileiro, especificamente quanto aos movimentos realizados de forma não regular.

Em meio às modernizações ocorridas no Sistema de Vigilância da Amazônia (SIVAM), comprovou-se que, o meio mais frequente de ingresso de entorpecentes no país era oriundo das áreas fronteiriças, das quais já se tinha o conhecimento de serem produtoras desses entorpecentes.

Assim, tais aeronaves voavam rumo ao interior brasileiro para abastecer o consumo interno, bem como de países próximos que na maioria das vezes tinham o intuito de seguir a rota internacional europeia e norte americana. A falta de um mecanismo jurídico que albergasse a possibilidade de interceptar uma aeronave que

desrespeitasse as normas brasileiras tornava vulnerável o espaço aéreo, inicialmente a esses traficantes, pois quando a Força Aérea Brasileira (FAB), responsável por esse policiamento, interceptava essas aeronaves clandestinas, eram ignoradas pelos pilotos quanto à ordem de pousar.

Para se fazer uma comparação, era bem parecida como a de alguém resistindo à prisão que era ordenada, por exemplo, por um policial em perseguição. Essas aeronaves circulavam livremente, especialmente pelas fronteiras brasileiras, violando, sobretudo, a Soberania do Estado e adentrando com entorpecentes e substâncias proibidas.

Tornou-se mais que necessárias medidas com maior contundência para combater os voos ilícitos que transportavam esses entorpecentes e substâncias proibidas para o Brasil. Inicialmente, a Lei do Abate inovou nos conceitos, com as expressões “meios coercitivos”, “aeronave hostil” e “medidas de destruição”.

Dessa forma, a imprescindibilidade de que esse dispositivo fosse aplicado de forma extremamente segura, com claros procedimentos e condições favoráveis em que essas medidas que levasse à destruição poderiam ser executadas. Formou-se uma equipe de trabalho interministerial com profissionais das mais diversas áreas para debater todos os pontos para a regulamentação da Lei 9.614/98. Fizeram parte desse debate, países fronteiriços com interesse no tema por adotarem normas correlatas.

Finalmente a regulamentação aconteceu pelo Decreto Presidencial nº 5.144, publicado no Diário Oficial da União, de 19 de julho de 2004, com *vacatio legis* de 90 dias após a publicação, tempo relativamente exíguo haja vista as consequências advindas de sua inobservância. Entretanto, garantia uma medida imperativa para o efetivo confronto a crime atrelado ao tráfico de entorpecentes e substâncias proibidas.

2.3 A LEI DO ABATE NO BRASIL

No Brasil, até o ano de 1998 não havia nenhuma norma regulamentando a possibilidade de interceptação de aeronaves com fins ilícitos. Somente com a edição da Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998, popular Lei do Abate, que houve uma mudança neste cenário. Entretanto, apenas com o Decreto nº 5.144, de 16 de julho

de 2004, houve a regulamentação desta interceptação de aeronaves que culminou com possibilidade da medida do tiro de destruição.

A Lei do Abate demonstrou, de acordo com Lício Caetano do Rego Monteiro (2008):

A transmutação ocorrida entre a aprovação e a regulamentação. A lei passou de um elemento de imposição externa, que atingia a soberania do Estado brasileiro, para se tornar um símbolo da afirmação do controle do Estado brasileiro sobre seu espaço aéreo, inclusive com aparente contrariedade dos Estados Unidos. (MONTEIRO, 2008, p. 27)

Em face disto, o presente trabalho versará, em breve síntese, sobre a problemática envolvendo a constitucionalidade da Lei do Tiro de Destruição de aeronaves, Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998, e do Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, que regulamentou a referida lei.

O abate aéreo consiste na derrubada de aeronave que venha sobrevoar espaço aéreo restrito. O controle do espaço aéreo brasileiro é exercido pelo Departamento de Controle do Espaço Aéreo.

A lei 9.614 de 1998 alterou o Código Brasileiro de Aeronáutica (7.565/86), passando a prever a possibilidade de abater aeronaves suspeitas de tráfico de drogas que venham a ser consideradas hostis e que estejam sobrevoando espaço aéreo brasileiro, após os meios de interceptação realizados pela Força Aérea Brasileira.

Segundo o Centro de Comunicação Social da Aeronáutica, uma aeronave passa a ser considerada suspeita de estar realizando tráfico de drogas, quando entra em território nacional, sem plano de voo aprovado, e é oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas.

Além disso quando passa a omitir dos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou por não cumprir determinações dessas mesmas autoridades, caso esteja trafegando em rota presumivelmente utilizada na distribuição de drogas ilícitas. (BRASIL. FORÇA AÉREA BRASILEIRA, [s.d.],)

A Aeronáutica esclarece ainda que, ao ser considerada suspeita, a aeronave

estará sujeita a três medidas coercitivas realizadas de forma progressiva, quando a anterior não obtiver êxito. A primeira medida é de averiguação, quando se executará reconhecimento à distância, confirmação de matrícula, contato rádio frequência de área, contato rádio frequência de emergência e sinais visuais; a segunda, de intervenção, caracterizada pela determinação de mudança de rota e pouso obrigatório; e a terceira, de persuasão, que consiste em realização de tiros de advertência, com munição traçante, lateralmente à aeronave suspeita.

Caso a aeronave não atenda nenhuma das medidas coercitivas supra descritas, a mesma passará a ser considerada hostil e por consequência, estará sujeita a medida do tiro de destruição, que será executada obedecendo às exigências previstas no regulamento 5.144/04.

2.3.1 A operação OSTIUM e o Tiro de Destruição

A interceptação, independentemente de qualquer outro procedimento, se inicia com alertas advindos dos radares da Força Aérea Brasileira (FAB), que possuem a capacidade de detectar os voos que estão sendo realizados, promover sua observação e quando considerado suspeito ou já sendo caracterizado como hostil, proceder com outros passos previamente estabelecidos.

Qualquer sobrevoo no espaço aéreo pátrio que é realizado por helicópteros e demais aeronaves, necessitam de um plano de voo que seja definido previamente e aprovado. Esse procedimento é padrão e também é bem difundido na aviação mundial, que envolvem basicamente dois pontos principais na questão da segurança como, a previsão e cálculo do consumo de combustível e a aprovação deste plano com o controle de tráfego aéreo com o intuito de se evitar qualquer possibilidade de haver colisão entre aeronaves em pleno voo.

Havendo suspeita e não sendo possível o contato via torre de controle, a FAB envia uma aeronave para observar mais de perto e com uma certa preocupação de que não seja percebida para realizar fotos, colher maiores informações como, a próprio matrícula, o tipo de aeronave, qual seria o real nível de voo daquela aeronave interceptada e demais características que possam ser consideradas marcantes.

Em seguida passa-se a um outro procedimento para subsidiar a identificação, como a interrogação do piloto requerendo o repasse das demais informações necessárias como, o seu nome, a confirmação da matrícula da aeronave, a procedência do voo, o destino e outras que se fizerem necessárias.

Esse contato tem uma característica própria que é a utilização da frequência 121.50MHz, isso pelo fato de ser bastante difundida entre os aviadores, justamente para situações adversas e/ou emergenciais e como se não bastasse, a frequência mencionada consta de uma placa afixada na aeronave de fácil visualização do piloto da aeronave interceptada uma outra avaliação que é feita reside na procedência da aeronave.

Aquelas oriundas de rotas previamente mapeadas e notoriamente conhecidas de serem produtoras e/ou distribuidoras de entorpecentes e substâncias ilícitas. A partir das informações apuras, o interceptador mediante ordens superiores, procede com as orientações para que a aeronave suspeita mude sua rota de voo e proceda o pouso em pista previamente indicada, possibilitando assim a realização de revista em solo no interior da aeronave.

No caso de o interceptado não obedecer às ordens e indicações de pouso, poderá, o piloto da FAB, receber da autoridade superior mediante códigos e autenticações, autorização para a realização do tiro de advertência, utilizando munição traçante.

Por fim, não sendo cumpridas todas as orientações e ordens pelo piloto da aeronave interceptada, está será classificada como hostil, a partir daí busca-se uma nova ordem da autoridade competente para autorizar o tiro de destruição, que na verdade tem o objetivo de avariar a aeronave para forçar o pouso impedindo o prosseguimento do voo.

A partir do Decreto nº 9.077/2017, o controle operacional fica a cargo do Comando Aeroespacial do Comando da Aeronáutica, visando possibilitar a necessária agilidade do procedimento decisório com o elevado grau de segurança que se exige.

Todos os passos são registrados em gravações com as comunicações e/ou imagens da aplicação dos procedimentos progressivos. O quadro 2, abaixo, visa facilitar o entendimento dos procedimentos que são adotados até a efetivação do tiro de destruição.

Destaca-se que o tiro de destruição deverá, obrigatoriamente, atender às exigências rígidas que estão na regulamentação do Decreto nº 5.144/2004 onde o tiro de destruição só poderá ser efetivado após terem sido cumpridos todos os procedimentos previstos e descritos, sendo esse o derradeiro recurso a ser adotado.

Após a todo o amadurecimento colocado em prática dos procedimentos para a realização do tiro de destruição, a Força Aérea Brasileira (FAB) deu início, no primeiro trimestre de 2017, na denominada, Operação Hostil, coordenada pelo Comando de Operações Aeroespaciais (COMAE), localizada em Brasília. Seu principal objetivo é o de coibir o trânsito de aeronaves irregulares suspeitas de estarem vinculadas ao narcotráfico transfronteiriços.

Em março de 2018, foi realizado o deslocamento de suas estruturas integradas por radares e/ou aeronaves para localidades situadas entre fronteiras com a Bolívia, o Paraguai e a Argentina.

A fase inicial da Operação Ostium, já finalizada, se deu nas cidades brasileiras, que fazem fronteira com outros países sul americanas, de Chapecó (SC), de Dourados (MS), de Corumbá (MS), de Foz do Iguaçu (PR), de Campo Grande (MS) e de Cascavel (PR).

Essas cidades foram reforçadas por tropas e equipamentos, para serem utilizados na batalha ao tráfico de entorpecentes e substâncias proibidas. O efeito inicial dessa Operação, foi a interceptação de, ao menos, 4 (quatro) aeronaves em condições irregulares por dia, somente no conjunto reunido dessas cidades.

No decorrer do ano de implementação da Operação, outras cidades de áreas de fronteira também foram alvo da Ostium. Com o passar do tempo, desde as primeiras operações realizadas, houve uma outra estratégia para dar maior eficiência e eficácia nas investidas, se apoiando em procedimentos sigilosos como elemento surpresa. O intuito ambicioso dessa tática é o de levar a zero a quantidade de investidas desses criminosos nas áreas fronteiriças.

2.3.2 Legislação regulamentadora

Foi na Convenção relativa à Regulamentação de Navegação Aérea, que houve a primeira regulamentação, pactuada na cidade de Paris, na França, em 13 de outubro de 1919. Todavia, a primeira com incorporação no ordenamento jurídico

pátrio ocorreu somente a Convenção de Varsóvia em 1929, do qual estabeleceu a unificação de certas normas relativas ao Transporte Aéreo Internacional, ocorrido por meio do Decreto nº 20.704, de 24 de novembro de 1931.

No que tange sobre um código de normas ou sobre uma compilação de leis sobre a aviação, esta aconteceu somente em 8 de junho de 1938, com o Decreto-Lei nº 483, do qual houve a instituição do Código Brasileiro do Ar. Este Código foi revogado pelo Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1966 que também teve sua revogação, contudo pela Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, sendo que esta vige até o presente momento com algumas alterações no texto, denominado a Lei de Código Brasileiro de Aeronáutica.

Dentre as alterações no texto normativo do Código Brasileiro de Aeronáutica, se destaca a alteração promovida pela Lei nº 9.614 de 5 de março de 1998. Esta modificação alterou o parágrafo 2º e acrescentou o parágrafo 3º no art. 303.

A redação antiga do art. 303, parágrafo 2º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, era de que “A autoridade mencionada no parágrafo anterior responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório”.

Após a promulgação da Lei nº 9.614/98 passou a possuir a seguinte dicção:

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. (grifo nosso)

Percebe-se que com esta nova redação do dispositivo de que houve uma alteração significativa. Passou a existir a possibilidade da medida de destruição de aeronaves, uma vez que tal medida não existia no ordenamento jurídico nacional.

A demais, foi incluído o parágrafo 3º no art. 303, a possibilidade de responsabilização dos atos praticados em excesso de poder ou com espírito emulatório, repisando o que existia na antiga redação do parágrafo 2º do art. 303. Todavia, o dispositivo ainda carecia de eficácia para a sua aplicação.

A partir de abril de 2003, um grupo de trabalho se reuniu com o objetivo de estudar todos os aspectos que inerentes a Lei do Tiro de Destruição com o fim de

estabelecer a forma como que uma aeronave poderia ser interceptada (FORÇA AÉREA BRASILEIRA).

Em 2004, com o Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, o art. 303 e seus respectivos parágrafos 1º, 2º e 3º, do Código Brasileiro de Aeronáutica, obtiveram a esperada eficácia, sendo estabelecidos os procedimentos para a medida de destruição. A Força Aérea Brasileira destaca da seguinte forma o Decreto nº 5.144/2004:

O texto é resultado de uma série de intercâmbios com países vizinhos, que ocorreram para integrar os procedimentos de interceptação aérea e, com isto, minimizar riscos de equívocos. A questão foi amplamente debatida com outros governos interessados no tema. Esses entendimentos indicam que a entrada em vigor da regulamentação não trará efeitos adversos ao país. (FORÇA AÉREA BRASILEIRA)

As Forças Armadas entendiam que havia uma necessidade primordial de efetivar a Lei do Tiro de Destruição com o fim de evitar, principalmente, o tráfico de drogas e de que o SIVAM (Sistema de Vigilância da Amazônia) pudesse ser utilizado de forma eficiente.

O SIVAM consiste, na utilização de um moderno aparato eletrônico. Composto de 6 satélites, 25 radares (19 fixos e 6 móveis), 03 Centros de Vigilância Regionais (Manaus, Belém e Porto Velho), 200 estações de monitoramento ambiental, 70 estações meteorológicas, 300 rádios transmissores, 940 usuários remotos (VSat), 05 aviões EMB-145 AEW&C (R99A), 03 EMB145 SR (R- 99B) e 99 aviões leves de ataque ALX, é atualmente o maior projeto deste tipo em instalação no mundo.

Feitas estas breves considerações, passa-se neste momento a entender a forma de aplicação e funcionamento da Lei do Abate.

2.3.3 Forma de Funcionamento da Lei

Antes da edição da Lei nº 9.614/98, não existia meios legais para as aeronaves serem submetidas a detenção, interdição e à apreensão conforme estabelecia o Código Brasileiro de Aeronáutica. Em face disso:

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

Com o decreto nº 5.144/04 a aplicação da medida do tiro de destruição passou a seguir um rito, podendo, inclusive, haver penalização em caso de excesso em sua aplicação conforme prescreve o art. 8º do Decreto para o agente que assim praticar.

Deve ser consignado novamente que, até o presente momento, nenhuma aeronave foi abatida nos termos da Lei. Segundo o blog Poder Aéreo e o Jornal Correio Braziliense houve relatos extraoficiais de que a FAB solicitou ao Comando da Aeronáutica autorização para abater uma aeronave nas proximidades de Cristalina, à 140 km (cento e quarenta quilômetros de) do Distrito Federal, contudo não lograram êxito e aeronave aterrisou imediatamente após os disparos com o fim de abater à aeronave.

Primeiramente antes de adentrar nos procedimentos para o tiro de destruição, é necessário conceituar o termo aeronave. O conceito legal de aeronave está no art. 106 da Lei nº 7.565/86 do qual prescreve como “todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas”.

Classificam-se as aeronaves em civis e militares nos termos do art. 107 da mesma Lei. As aeronaves civis se dividem ainda em pública e privada. Por fim, o parágrafo 5º, do art. 107, dita que as aeronaves militares são reguladas por legislação especial. As aeronaves militares são aquelas integrantes das Forças Armadas, inclusive as requisitadas na forma de lei para missões militares. A Lei do Abate contempla apenas as aeronaves civis.

Passado este ponto, cumpre agora destacar a forma como que as aeronaves serão detidas, interdadas ou apreendidas nos termos do Decreto.

Para que à aeronave seja considerada suspeita, a mesma deve encaixar-se em uma destas situações conforme o art. 2º do Decreto nº 5.144/04:

Art. 2º: a) adentrar o território nacional, sem Plano de Voo aprovado, oriunda de regiões reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

b) 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.

As aeronaves suspeitas são detectadas pelas aeronaves radar (Embraer R-99A/B) sendo que estas passam as informações sobre a referida aeronave em território nacional para o COMDABRA (Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro). Este Comando aciona as aeronaves modelo caças leve (BEM-314 Super Tucano) conhecidos na Força Aérea Brasileira como A-29 para iniciarem a execução das medidas. No Decreto, possuem o título de aeronaves de interceptação estes caças da Força Aérea Brasileira.

A primeira medida do rito a ser seguido são as de averiguação (art. 3º, § 1º do Decreto nº 5.144/04). Estas consistem em reconhecer a aeronave à distância, do qual vigiam o comportamento da aeronave, sendo que os caças da FAB devem manter uma posição discreta, colhendo informações sobre a matrícula, tipo de aeronave, nível de voo, proa e características marcantes além de fotografar.

Após isto, as informações colhidas são repassadas ao Comando para realizarem a confirmação da matrícula da aeronave interceptada. Neste momento, o Comando entrará no sistema informatizado do Departamento de Aviação Civil (DAC) para verificar se a matrícula corresponde ao tipo de aeronave, o nome de seu proprietário, endereço, dados de identificação, validade do certificado de aeronavegabilidade, nome do piloto que normalmente a opera, licença, validade de exame médico, dados de qualificação e de localização, etc.

Caso a aeronave esteja em situação regular, os caça da FAB apenas realizarão um acompanhamento. Caso contrário se iniciará a outra parte do procedimento que é a interrogação na frequência internacional de emergência, de 121.5 ou 243 MHz, se iniciando pela de VHF 121.5 MHz, do qual é visualizada pela aeronave interceptada por meio de placa, após ter estabelecido contato visual próximo. Logo após, se inicia a realização de sinais visuais, de acordo com as regras estabelecidas internacionalmente e de conhecimento obrigatório por todo piloto de aeronave, tudo de acordo com art. 3º, § 1º do Decreto nº 5.144/04.

Caso o piloto da aeronave interceptada não responda ou não atenda a nenhuma das medidas elencadas anteriormente, inicia-se a segunda medida, a de Intervenção (art. 3º, § 2º do Decreto nº 5.144/04).

Neste ponto há dois procedimentos efetuados pela FAB. O primeiro de determinar a mudança da rota da aeronave interceptada por meio do rádio em todas as frequências disponíveis quanto por meio dos sinais visuais previstos nas normas internacionais. Feito isto, determina o pouso obrigatório da aeronave em aeródromo indicado pela FAB para que procedam as medidas de controle em solo.

Não sendo atendido as ordens emanadas pela FAB nas duas medidas discorridas acima, passa-se as medidas de persuasão (art. 3º, § 3º do Decreto nº 5.144/04). Esta medida consiste em efetuar tiros de advertência, com munição traçante, lateralmente à aeronave suspeita, de forma visível para a tripulação de aeronave interceptada, contudo sem atingi-la com o escopo de obrigar a seguir as ordens emanadas pelos caças da FAB.

Superada todas estas medidas acima, sete no total (reconhecimento à distância, confirmação de matrícula, contato por rádio, sinais visuais, mudança de rota, pouso obrigatório e por fim, os tiros de advertência), passa-se ao oitavo e último procedimento, do qual é a medida de destruição, que é a realização de tiros com o fim de provocar danos na aeronave e impedir o prosseguimento do voo da mesma (art. 5º do Decreto nº 5.144/04).

Ocorre que este último procedimento também possui um roteiro a ser seguido. O primeiro de que a realização somente poderá ocorrer desde que esteja sob o controle do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro (COMDABRA), de que todos os procedimentos descritos serão registrados em gravação sonora e/ou visual das comunicações, além de os pilotos e controladores serem qualificados e estabelecidos pelo COMDABRA, sendo que o procedimento somente ocorrerá sobre áreas não densamente povoadas e relacionadas com rotas presumivelmente utilizadas para o tráfico de drogas.

Cumprido salientar ainda que para a Força Aérea Brasileira, as aeronaves que podem ser abatidas por meio da Lei em tela são somente aquelas consideradas suspeitas de tráfico internacional de drogas:

Em razão do que prescreve a Carta da ONU sobre o princípio de autodefesa, o Governo brasileiro considerou necessária apenas a regulamentação da lei para esse aspecto, levando em conta a

crescente ameaça apresentada pelo narcotráfico para a segurança da sociedade brasileira. (FORÇA AÉREA BRASILEIRA)

E por fim, cabe ainda destacar que, por meio de delegação do Presidente da República, está ao cargo do Comandante da Aeronáutica a competência de aplicar, ou melhor, de autorizar o piloto da FAB para realizar a medida de destruição (art. 6º e 10 do Decreto nº 5.144/04). Em caso de autorização do Comandante da Aeronáutica, a aeronave interceptada poderá sofrer disparos pelos caça da FAB em sua fuselagem com o objetivo de evitar o prosseguimento do voo.

Superado o ponto de funcionamento da Lei, iniciam-se os estudos da corrente que defendem a constitucionalidade da Lei e na sequência, da inconstitucionalidade.

CAPÍTULO III

3 LEI DO ABATE X DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE DA (IN)CONTITUCIONALIDADE

Todo ser humano já nasce com direitos e garantias, não podendo estes ser considerados como uma concessão do Estado, pois, alguns estes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, outros são criados através de certa manifestação de vontade, e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas. As pessoas devem exigir que a sociedade e todas as demais pessoas respeitem sua dignidade e garantam os meios de atendimento das suas necessidades básicas.

Os direitos humanos têm uma posição bidimensional, pois por um lado tem um ideal a atingir, que é a conciliação entre os direitos do indivíduo e os da sociedade; e por outro lado, assegurar um campo legítimo para a democracia.

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.

Os Direitos Fundamentais são uma criação de todo um contexto histórico-cultural da sociedade.

Em contrapartida, temos uma Lei que busca proteger a sociedade e que para muitos ela fere estes direitos fundamentais, se tornando inconstitucional. Este impasse perdure desde sua aplicação e divide opiniões onde cada lado defende o melhor para o Estado Democrático de Direito Brasil. O que se busca neste capítulo é uma análise acerca dos pontos importantes que envolvem esta problemática.

3.1 BENS JURÍDICOS ENVOLVIDOS

Todo o impasse gerado pelo advento da lei e seu possível choque com princípios fundamentais e direitos consagrados constitucionalmente, desaguaram na

propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 1.00.000.000836/2005-71 SM(RS). Em suma, os bens jurídicos em discussão se resumem ao direito à vida e à soberania e segurança estatal, a seguir analisados.

3.1.1 Direito à vida

O direito à vida foi consagrado constitucionalmente, como direito fundamental, no caput do art. 5º da Constituição Federal, no qual garante a sua inviolabilidade. Embora existissem correntes na Assembleia Constituinte no sentido de que o direito à vida deveria ser assegurado desde a concepção ou desde o nascimento (atualmente, tem-se em tramitação do Estatuto do Nascituro), o legislador constituinte simplesmente o garantiu sem traçar qualquer outra referência, delegando a demonstração do exato momento do surgimento da vida humana à doutrina e à jurisprudência, com a utilização dos conhecimentos científicos obtidos com os diversos ramos da ciência.

Difícil tarefa, porém, é a definição do direito à vida, em função do grave risco de ingressar-se no campo da metafísica, porém, deve-se considerar que a vida não se restringe apenas a seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, inerente às matérias orgânicas, mas é constituída por um processo vital instaurado com a concepção (ou germinação vegetal), sendo alvo de inúmeras transformações, até sucumbir-se com a morte.

Para Dworkin (1998), a vida “tem um valor intrínseco e sagrado que devemos nos empenhar em não sacrificar” (tradução livre). Já Canutilho (2003) aduz que o direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da “não agressão” ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém.

Dessa forma, a Constituição Federal defende o direito à vida, cabendo ao Estado o dever de assegurá-lo, para que o cidadão tenha uma vida digna e satisfatória.

É inviolável o direito de viver, e viver com dignidade é a busca da consagração maior do princípio, pautado essencialmente na natureza deste como um Direito Humano, em suma, o ser humano por tal qualidade, tem o direito à vida e a uma vida em sua plenitude.

3.1.2 Dignidade da Pessoa Humana

Um dos princípios mais importantes de nossa constituição é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Este se tornou a base para demais princípios e normativas. Trata-se de colocar o ser humano como maior bem da nação e que este viva uma vida digna, com condições dignas.

Para Andrade (2007), o conceito de dignidade nunca esteve separado do conceito de homem, mesmo em todos os seus sentidos mais abrangentes. Para Lemisz (2010):

A dignidade é um atributo humano sentido e criado pelo homem; por ele desenvolvido e estudado, existindo desde os primórdios da humanidade, mas só nos últimos dois séculos percebidos plenamente. Contudo, apesar de que quando o ser humano começou a viver em sociedades rudimentares organizadas a honra, a honradez e a nobreza já eram respeitadas por todos do grupo, o que não era percebido e entendido concretamente, mas geravam destaque a alguns membros (LEMISZ, 2010, p. 19).

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida. (SILVA, 1967)

Na CF/88 o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana coloca o direito como como topo, tendo o próprio princípio como base o que faz com que as outras leis, embora tenham o direito como o objetivo, passem a ser elaboradas e pensadas em cima de um conceito mais amplo que é a dignidade de cada ser social. No texto da CF/88 o princípio vem antes de direitos, tendo em vista que é respeitando e seguindo este princípio que o direito foi criado.

Artigo 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 em tem como fundamentos:

[...]III – a dignidade da pessoa humana [...];

Artigo 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:

[...]L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação [...] (BRASIL, 2018).

Para Moraes (2003) este princípio gera no Estado Brasileiro a responsabilidade dos responsáveis colocar em primeiro lugar a sociedade antes mesmo dos interesses pessoais que envolvem o poder público. A Liberdade individual está acima de qualquer.

Na visão de Luiz Luisi (2003) este deve estar sempre acima de qualquer outra norma, protegendo o ser humano, antes mesmo do próprio estado país. Luiz Luisi (2003) explica:

O direito penal não pode se identificar com o direito relativo à assistência social. Serve em primeiro lugar a Justiça distributiva, e deve por em relevo a responsabilidade do delinquente (sic) por haver violentado o direito, fazendo com que receba a reposta merecida da Comunidade. E isto não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio [...] todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade (LUISI, 2003, p.50-51).

Cesare Beccaria aduz, sobre a questão da pena de morte:

O rigor do castigo faz menor efeito sobre o espírito do homem do que a duração da pena, pois a nossa sensibilidade é mais fácil e mais constantemente atingida por uma impressão ligeira, porém frequente, do que por abalo violento, porém passageiro (BECCARIA, 2007, p. 53).

E conclui afirmando que a “pena de morte [...] é prejudicial à sociedade, pelas demonstrações de crueldade que apresenta aos homens” (BECCARIA, 2007, p. 56).

Diego Luís de Castro (2007) destaca que a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, com base em Luiz Antônio Rizatto Nunes (1990), é o mais

importante de toda Constituição, servindo como baliza para os demais princípios.

De fato, há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana ao assegurar a pena de morte aos tripulantes da aeronave sendo que ao efetivar tiros na fuselagem da aeronave com o fim de evitar que ela prossiga o seu voo, indubitavelmente, a mesma ficará sem controle por parte do piloto que acarretará na sua destruição ao colidir com o solo.

3.1.3 Soberania

Soberania é um atributo do Estado que confere a ele poder de decisão. É uma das características estatais que é sempre acompanhada de dois requisitos básicos: o povo e o território, sem os quais não conseguiria exercer sua soberania.

O conceito de soberania como conhecemos hoje só passou a ser utilizado com o surgimento dos Estados, mais precisamente com a publicação da obra “Os seis livros da República” em 1576, por Jean Bodin. Após este, Thomas Hobbes (1983) atribui ao conceito de soberania uma visão jus naturalista. Também se destaca Locke por fazer uma interpretação diferenciada do poder.

Posteriormente, surgem duas vertentes: a corrente francesa, onde seus principais autores são Léon Duguit e Rousseau, e, a corrente alemã com Jellinek e Herman Heller. A partir do debate entre elas, o conceito de soberania foi se consolidando até chegarmos à atualidade, onde este conceito tenta se moldar as diferentes relações estatais (tanto econômica quanto jurídico-política).

Quando tratamos da Soberania no caso em que sugere esta pesquisa, há quem defenda que a soberania do Estado está acima de qualquer coisa, tendo em vista que ao ter uma aeronave suspeita que atenta a segurança nacional, esta deve ser preservada.

Irineu Eduardo Pimentel Saviotti (2012) aduz ainda que:

A soberania nacional estava em jogo antes da referida lei visto que “o espaço aéreo nacional durante um longo período se encontrava em sua grande parte desprotegido, isto é, sem nenhuma fiscalização ou meio eficaz de dissuadir qualquer forma de violação a soberania nacional” (SAVIOTTI, 2012, p. 32).

Jorge Maurique (2006), presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil, e Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, ambos em entrevista a Folha de São Paulo no ano de 2004, entendem que a Lei possui como escopo a defesa da soberania. “Não vejo a lei como pena de morte, mesmo porque o objetivo não é matar, e sim a garantia da soberania” (MAURIQUE, 2006, online)

Para eles, uma aeronave portando drogas em seu interior, ao não respeitar as ordens emanadas pelos pilotos da FAB, atenta contra a soberania do Estado. Em suma, a FAB representa o Estado naquele momento e ao não acatar as ordens dos pilotos, atentam contra a soberania do Estado brasileiro.

Além disso, tem sido dessa forma que o tráfico de drogas por exemplo, vem ganhando proporções gigantescas em nosso país e seria mais uma forma de erradicar tal situação, tendo em vista que o Brasil, por ser um país de grandes proporções territoriais, tem dificuldade em controlar as suas fronteiras, e ainda falha nesse combate.

3.1.4 Princípio Da Presunção Da Inocência

Assim como no princípio anterior, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992, no art. 8, 2, estabelece que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No mesmo sentido, o art. XI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, in verbis:

Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Sobre o princípio da presunção de inocência, entende-se que é um princípio constitucional muito importante, porque garante ao cidadão a inocência até que o Estado apresente a robusta prova de sua culpabilidade, podendo-se assim, a partir desse momento, ser considerado culpado. Desta forma, o cidadão fica livre do

simples arbitramento do Estado e, assim, pode defender-se e, usar os meios de provas cabíveis para provar sua inocência. Sobre esses argumentos, o princípio da presunção de inocência é caracterizado como uma garantia processual constitucional.

O princípio da presunção de inocência atua como regulador da atividade punitiva do Estado, onde se procura dar um equilíbrio entre a pretensão punitiva e a liberdade dos cidadãos, ou seja, o Estado não poderá agir senão dentro dos limites fixados pelas normas jurídicas

Aplicando ao caso concreto, quando analisamos o objetivo do princípio e a situação do tiro de destruição, é de fácil entendimento que eles entre mem conflito. O se deve ser analisado neste ponto é que, a aeronave que supostamente é suspeita, já está violando leis e com isso pondo a segurança do país em risco, já que para ser suspeita ela precisa se enquadrar em algumas situações, com isso este princípio acaba sendo obsoleto diante da situação.

Moraes (2005) explica que a presunção de inocência é caracterizada como um dos princípios basilares do Estado de Direito, atuando como uma garantia processual penal visando assim a tutela da liberdade pessoal. Em outra direção, Andrade (2007), diz que não há violação deste princípio.

3.2 DIREITO COMPARADO

Conforme informa Irineu Pimentel Saviotti (2010), os Estados Unidos da América - EUA possuem uma intensa política de combate ao tráfico internacional de drogas e ataques terroristas.

Em 1994, o país celebrou acordo com Peru para combate às drogas, ocorre que em 2001 a Força Aérea Peruana abateu uma aeronave na qual viajava uma missionária norte-americana com sua filha, fato que veio a suspender a lei. Mas em 2001, voltaram atrás na decisão referente à suspensão.

Logo após os ataques terroristas aos EUA, em 11 de setembro de 2001, fomentaram-se adoções de medidas semelhantes de combate a tráfico de drogas e principalmente contra o terrorismo na América do Sul. Com isso, Brasil, Colômbia e Perua passaram a regulamentar suas leis acerca do assunto.

Já o Reino Unido, manteve sua política protecionista devido aos conflitos

bélicos ainda no decorrer da Guerra Fria e que, atualmente, continuam em razão do terrorismo.

Na Alemanha, embora tenha um contexto histórico diferente do Brasileiro, ou mesmo da América como um todo, após 11 de setembro de 2001, houve um exposto aumento nas legislações referentes à segurança. Em 15 de maio de 2005, entrou em vigor Lei de Segurança de Transporte Aéreo, que conferiu ao ministro da Defesa alemão poderes para ordenar o abate de um avião com passageiros, caso se pudesse presumir que a aeronave fosse utilizada para atentar contra a vida de outros. No entanto, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, devido à grande repercussão no meio jurídico e social, em 15 de fevereiro de 2006, declarou a lei inconstitucional. Entendeu-se que causar a morte deliberada de pessoas inocentes devido ao abate de aviões viola o direito fundamental à vida, conforme a Lei Fundamental. Bem como, também feriu o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, por desrespeitar o bem-estar dos passageiros inocentes a bordo da aeronave.

A Corte Constitucional alemã observou, expressamente, que:

Tendo em vista a unidade da Constituição e a defesa da ordem global de valores por ela pretendida, a colisão entre direitos individuais de terceiros e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional pode legitimar, em casos excepcionais, a imposição de limitações a direitos individuais não submetidos explicitamente à restrição legal expressa (TCA – BVerfGE 28, 243 apud MENDES)

Conforme pôde ser observado, principalmente após a onda de ataques terroristas, em que foram sequestrados aviões e utilizados como arma, bem como o aumento do tráfico de drogas por meio de vôos clandestinos, diversos países passaram a adotar menos de consolidar leis semelhantes à Lei do Abate, interpretadas, adotadas ou não, de acordo com a realidade política e entendimento jurídico prevalente, variando de país para país.

3.3 A DEFESA DA SEGURANÇA E SOBERANIA NACIONAL

A ponderação de interesses deve ser analisada como um elemento da proporcionalidade. Com efeito, o princípio da proporcionalidade é um dos mais

importantes princípios, pois exerce função imprescindível na proteção dos direitos fundamentais.

Observa-se que a harmonia entre os direitos fundamentais só é alcançada através da aplicação da proporcionalidade que, sob forma de princípios, devem ser realizados nas máximas medidas possíveis.

A ideia de proporção está ligada ao direito. A proporção é encontrada na relação entre meio e fim, pois sempre haverá uma medida questionada, cuja finalidade também será avaliada para que se possa aplicar corretamente a proporcionalidade.

O questionamento que se faz de uma medida tem como base outro princípio, que foi atingido. A proteção aos direitos fundamentais está ao lado das discussões sobre os limites existentes para restrição de um direito fundamental. Um destes limites é a aplicação da proporcionalidade.

Os autores alemães denominaram “limites dos limites” o elenco de proteções contra as restrições tão intensas que levariam ao esvaziamento ou supressão de um direito fundamental.

Neste rol de limites são incluídos os direitos fundamentais. Em outras palavras, um ato que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.

Neste caso, à análise a ser feita é qual interesse deve ser protegido pelo Estado, o particular e o direito à vida ou o público e a segurança nacional? O interesse público deve sempre prevalecer sobre o privado, mesmo este sendo um direito fundamental uma vez que não se pode gozar de um direito para cometer um ilícito.

Tal medida adotada pelo Estado tem caráter proporcional, uma vez que não logrou êxito em tentar a parar a conduta do agente, sendo necessário assim o tiro de destruição para poder garantir a segurança nacional e impedir a entrada de drogas no país.

3.4 PROPOSTA ADI 1.00.000.000836/2005-71 SM(RS)

Conforme dito anteriormente, com o advento da Lei do Abate e toda a

polêmica instaurada, principalmente a comunidade jurídica do país, começou a especular sobre a lei, seus prós e contras, sua (in)constitucionalidade. As mais diversas justificativas foram levantadas.

Conforme aponta Irineu Pimentel Saviotti (2010), muitos doutrinadores se posicionaram contra a lei, como Luiz Flávio Gomes, que acredita que a lei é inconstitucional por violar o direito à vida e a proibição de pena de morte. Ricardo Freitas afirma que a lei trata de uma verdadeira execução sumária. O autor ainda destaca o alerta feito por Zaffaroni (2003), em casos de identificação errônea e execução de inocentes.

No entanto, Saviotti (2012), a despeito dos nomes reconhecidos que defendem a inconstitucionalidade, aduz que estes:

Alegam ser a medida excessiva, exacerbada ou imoderada, mas baseiam-se em alegações vagas e sem fundamentos sólidos, não usam nenhum método científico na análise e esquecem completamente das regras e princípios que regem à atividade interpretativa. Dessa forma, fundamentam suas conclusões em premissas falsas ou superficiais. (SAVIOTTI, 2012, p.45)

Afirma ainda que, “não resta dúvida que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana merecem especial peso na ponderação de valores, contudo não pode haver prevalência absoluta sob pena de se incorrer em uma ditadura da dignidade”.

Fagundes (2009) corrobora com o entendimento que “enganam-se os que pretendem ver na ordem para o tiro de destruição a decretação de uma sentença de morte.”

Tais controvérsias culminaram, em 2005, na proposta da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 1.00.000.000836/2005-71 encaminhada pela Promotoria Militar de Santa Maria – Rio Grande do Sul. Levantou-se principalmente o Direito de inviolabilidade da vida – art. 5º, caput, bem como a implantação da pena de morte fora das hipóteses constitucionais previstas.

Além de outros direitos suscitados pela ADI, como: Proibição da pena de morte em tempo de paz (art. 5º, XLVII); Presunção de Inocência (art. 5º, LVII); Proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII); Devido Processo Legal (art. 5º); Prevalência dos direitos humanos (art. 4º, VI); Solução pacífica dos conflitos

(art. 4º, VII); Repúdio ao terrorismo (art. 4º, VII); Proporcionalidade (art. 5º); Inviolabilidade da propriedade (art. 5º, caput); e, Legalidade.

Porém, segundo parecer do Procurador Geral de Justiça responsável pela análise do caso, ao indeferir a proposta de ADI, esclarece que a medida estabelecida na lei não era uma pena de morte, afirmou que:

Cumpra esclarecer que a “medida de destruição”, instituída pela L 9.614/98, não guarda relação com a pena de morte. Aliás, sequer pode ser considerada uma penalidade, porquanto não se busca, com a sua aplicação, a expiação por crime cometido. Em realidade, constitui, essencialmente, medida de segurança, externa e excepcional, que só reclama aplicação na hipótese de ineficácia das medidas coercitivas precedentes. É importante frisar que tal medida tem por objetivo a preservação da segurança nacional e a defesa do espaço aéreo brasileiro

Diante do exposto, observa-se que, em que pese todas as controvérsias apontadas, e até a prevalência da soberania em detrimento do direito à vida no caso em concreto, a Lei do Abate ainda vige no país e segue seus comandos normativos de destruição nos casos permitidos por lei, de toda sorte, tem prevalecido a sua constitucionalidade.

3.5 VISÃO DA CONSTITUCIONALIDADE X INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE

Como aconteceu com várias normas, a Lei do Abate divide opiniões com defesa bem importantes. Desde legisladores até os estudiosos acerca do tema, não há uma unanimidade quando se trata desta normativa, ela chega aos dois extremos das correntes.

Por essa razão, para alcançar o objetivo desta pesquisa que é uma avaliação constitucional acerca da Lei, busca-se entender os pontos em que cada corrente defende, de forma que seja analisado o melhor para o país sem ferir as nossas leis já existentes. Uma constante luta para que à melhor decisão de proteção do nosso povo e principalmente do nosso direito seja alcançada.

3.5.1 Defesa da Constitucionalidade da Lei do Abate

Para que uma lei seja considerada constitucional, todos os seus dispositivos devem passar pelo crivo da Constituição, não podendo encontrar óbice ou mesmo violar algum dispositivo ou princípio da Carta Política Fundamental, tendo em vista que, Para Luiz Roberto Barroso (2006):

O ordenamento jurídico é um sistema. Um sistema pressupõe ordem e unidade, devendo suas partes conviver de maneira harmoniosa. [...] O controle de constitucionalidade é um desses mecanismos, provavelmente o mais importante, consistindo na verificação da compatibilidade entre uma lei e qualquer ato normativo infraconstitucional. [...] A declaração de inconstitucionalidade consiste no reconhecimento da invalidade de uma norma e tem por fim paralisar sua eficácia. (BARROSO, 2006, p. 01)

A corrente que defende a constitucionalidade da medida do tiro de destruição entende que a Lei, na sua íntegra, não viola a Constituição Federal em qualquer de seus dispositivos. Logo, a medida pode ser aplicada, devendo ser observado os limites impostos pelo art. 8º do Decreto nº 5.144/04 em sua efetivação.

Para Valdeana Dias dos Santos (2008):

A Lei do Abate surgiu para emitir uma maior autonomia ao Órgão responsável na defesa do espaço aéreo brasileiro, uma vez que existe uma profunda desvalorização por parte dos alienígenas e tal medida se tornou necessária, uma vez que o Brasil se encontra na rota do tráfico internacional de armas e entorpecentes” (SANTOS, 2008, p.2).

Observa-se que houve uma ênfase a valorização a defesa do espaço aéreo e também para coibir o tráfico de drogas por meio das aeronaves em atenção ao princípio constitucional de repúdio ao tráfico de drogas (soberania e segurança pública).

Não obstante Valdeana Dias dos Santos (2008) ainda frisa que a Lei do Abate

foi criada a fim de preservar essa particularidade de extrema importância a um Estado, tendo em vista que o art. 11 do Código Brasileiro de Aeronáutica assegura a completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo. Assevera ainda que, ao contrariar o posicionamento Marcel Peres de Oliveira pela inconstitucionalidade da Lei em face da violação dos princípios da soberania e da dignidade da pessoa humana, a soberania está acima da dignidade da pessoa humana visto que a convivência pacífica depende de imposição de regras.

Sobre a questão da dignidade da pessoa humana e a pena de morte, Valdeana Dias dos Santos (2008) salienta que a medida do tiro de destruição não a regulamenta, apenas impõe os meios de defesa em caso de descumprimento de uma ordem e que os meios nela estabelecidos não são utilizados de forma arbitrária, pois para tal ato incorre em punições, mas tão somente como forma de inibir atitudes atentatórias, as quais são repudiadas em qualquer lugar do mundo.

Irineu Eduardo Pimentel Saviotti (2012) também defende a constitucionalidade da Lei. Para este, a Lei recebeu este apelido de Lei do Abate de forma pejorativa por pessoas que desconhecem seu real fundamento. A base de sustentação para a constitucionalidade está no binômio, adequação e necessidade, sobre o prisma do princípio da proporcionalidade.

Para Irineu Eduardo Pimentel Saviotti (2012), é inadmissível conceber os direitos fundamentais como escudo impeditivo da atuação estatal para o cometimento de ilícitos. Aceitar tal retórica seria acolher o caos, e negar o próprio Estado Constitucional Democrático de Direito, deixando, ainda, a sociedade indefesa, o que violaria o princípio da proporcionalidade em seu viés negativo. Saviotti (2012) arduz que:

Deve-se aplicar a moderna técnica da ponderação (maior ou menor intensidade), que visa à preservação de ambos os valores constitucionais (soberania e dignidade humana) e com isso conferir os meios necessários para que a FAB possa garantir o seu mister constitucional de garantir a soberania do espaço aéreo brasileiro. Assim, o procedimento de interceptação aérea, nos moldes atuais, se apresenta plenamente de acordo com os preceitos constitucionais, se revelando como medida imprescindível para o resguardo da soberania. (SAVIOTTI, 2012, p. 48)

Portanto, a Lei 9.614/98 surgiu unicamente para assegurar a efetivação e proteção do princípio fundamental da soberania. Anteriormente a lei o Brasil não

dispunha de meios para efetivar a soberania no espaço aéreo, no entanto, com o seu advento, pode-se afirmar que o Brasil dispõe de todos os meios necessários e suficientemente eficazes para exercer a sua soberania em toda a sua magnitude.

Bruna Brasil Santana (2010) defende a Lei do Tiro de Destruição uma vez que o Brasil vive hoje um grande conflito interno com o aumento da violência, ocasionada em grande parte, pelo tráfico de drogas, por esse motivo o combate ao tráfico deve ser intenso.

Consigna-se ainda o projeto de Lei nº 1219 de 2003, proposto pelo Deputado Federal Átila Lins requerendo a revogação da Lei do Abate. Entretanto, para a Comissão de Viação e Transportes da Câmara dos Deputados cujo relator foi o deputado federal Eliseu Padilha, a Lei do Abate, do qual em seu voto, alega que o abate de aeronave pode fazer parte do arsenal de medidas de que pode lançar mão a Força Aérea Brasileira, no intuito de assegurar a soberania de nosso espaço aéreo e a integridade da população. O parecer do deputado Eliseu Padilha foi aprovado por unanimidade pela Comissão.

Ao ser encaminhado para a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, cujo o relator foi o deputado federal Feu Rosa, sustentou que o SIVAM precisa da Lei do Abate para que haja eficácia do mesmo. Não basta apenas monitorar o tráfego aéreo e não fazer nada para impedir os casos delituosos visto que o Estado possui o direito de agir.

E por fim, houve também uma representação de Ação Indireta de Inconstitucionalidade proposta pelo promotor da justiça militar de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, Jorge Cesar de Assis, procedimento PGR 1.00.000.000836/2005-71, contudo a mesma foi arquivada.

O Procurador-Geral da República, Claudio Fonteles, entendeu que a Lei do Abate não criou a pena de morte no ordenamento jurídico pátrio, defendendo que:

[...] sequer pode ser considerada uma penalidade, porquanto não se busca, com sua aplicação, a expiação por crime cometido. [...] constitui, essencialmente, medida de segurança, extrema e excepcional, que só reclama aplicação na hipótese de ineficácia das medidas coercitivas precedentes. (grifo do autor)

E continua o Procurador-Geral da República sustentando que a medida possui como interesse a segurança nacional além de que não cabe ao controle

normativo abstrato o julgamento.

Conforme se percebe, a corrente da constitucionalidade do tiro de destruição possui como premissas, primeiro, de que se trata de um ato repugnante o tráfico de drogas, devendo ser rechaçado quem o pratica pelos meios existentes, sendo que a própria Constituição possui uma diretriz neste sentido. Segundo, de que houve uma violação a soberania do Estado no momento em que aeronave adentra no espaço aéreo brasileiro e não respeita as ordens legais emanadas pela Força Aérea Brasileira, sendo este o bem jurídico tutelado para diversos autores. E terceiro, de que a pena de morte não foi regulamentada pela Lei, apenas se trata de uma medida o tiro de destruição em caso de não atendimento as ordens legais emanadas, sendo esta somente utilizada em último caso. A medida do tiro de destruição não possui o fim de matar os tripulantes, mas apenas de impedir o prosseguimento do voo, fazendo com que a aeronave pouse o mais rápido possível.

Passa-se neste momento a verificar quais os argumentos perpetrados pela corrente da inconstitucionalidade da medida do tiro de destruição.

3.5.2 Defesa da Inconstitucionalidade da Lei do Abate

Quando analisamos o Ordenamento Jurídico Pátrio, ele determina como inconstitucional qualquer dispositivo da legislação que contrariar qualquer disposição na Carta Política Fundamental ou subalterna a ela. Com arrimo nisto, uma considerável parte da doutrina entende ser eivada de inconstitucionalidade a Lei do Abate por violar diversos princípios elencados na Carta Magna.

Apenas para pontuar os princípios violados, o professor Luiz Flávio Gomes (2009) arduz que:

A então Lei do Abate, fere os seguintes dispositivos da Constituição de Federal de 1988: art. 4º, II, “prevalência dos direitos humanos”; VI – “defesa da paz”; VII – “solução pacífica dos conflitos” – e art. 5º, caput – “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”, incisos II – “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei”, III – “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento

desumano ou degradante”, XXXVII – “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, XLVI – “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:”, XLVII – “não haverá pena de morte: a) de morte”, LIII – “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, LIV – “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, LVII – “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” e § 2º - “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (GOMES, 2009, p. 321)

O que o autor quer expressar, é que na sua visão a lei acaba sempre tendo um ponto em que fere diretamente alguma norma que consta em nosso ordenamento. Claramente diante do seu conhecimento, ele arduz que existe sempre uma visão, mais que esta sempre possui um ponto em que a normativa não se enquadra, sendo ele um dos nomes mais fortes quando se trata de imposição da constitucionalidade desta norma.

O Ministro aposentado do STJ, Luiz Vicente Cernicchiaro (2010), destaca que o combate à criminalidade é válido, todavia, deve obedecer ao complexo de valores existentes na legislação. Sobre a questão da soberania e do tráfico de drogas, o Ministro aposentado do STJ aduz que:

Interessa e nos preocupa a "medida de destruição". Em período de guerra, tudo bem! Como procedimento para constatação e apreensão de substâncias entorpecentes e drogas afins, não obstante à nobreza da finalidade, não resiste aos mandamentos constitucionais. Quando se diz que o país está em guerra para combater o narcotráfico, evidente, expressão é retórica. A soberania nacional não está em jogo. Trata-se de mera eficácia de combate à criminalidade comum. (CERNICCHIARO, 2010, p. 55)

E continua defendendo que no balanceamento de bens, a vida está em primazia em relação ao combate à criminalidade. Destaca ainda que os princípios do Direito Penal e do Direito Processual Penal (juízo ou tribunal de exceção, devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória) foram olvidados, podendo haver execução sumária no casos estampados na lei, sendo que, finaliza o

artigo com a frase de que “Execução sumária é resquício (precisa ser banido) dos Estados totalitários!”.

Na mesma esteira de argumentação acima, o procurador da Justiça Militar, Ricardo de Brito A. P. Freitas (2007) do qual também entende a inconstitucionalidade da lei. Sustenta que, mesmo com a posição favorável da população em prol da lei, a mesma constitui uma violação as garantias do direito:

A opinião pública, constata-se, apresenta um comportamento padrão diante do problema criminal: um comportamento que se traduz na adoção de um “direito penal do inimigo”, ou seja, aquele no qual são subtraídas as “tradicionais garantias do Direito Penal Material e do Direito Penal Processual”. Esse direito penal do inimigo, baseado na ilusão de que a criminalidade pode vir a ser suprimida mediante a adoção de medidas eficientes e desvinculadas dos princípios liberais do Direito Penal, revela-se contrário ao espírito da própria Constituição e ao Estado de Direito Democrático (FREITAS, 2007, p. 79)

Não obstante ainda, o próprio escopo da Lei está deturpado visto que se for o impedimento do ingresso de drogas no país, a medida de destruição da aeronave colidiria com à intenção da lei (FREITAS, p. 81).

Para Ricardo de Brito A. P. Freitas (2007):

O art. 51 da Carta das Nações Unidas, anteriormente mencionado, não parece constituir um fundamento legítimo da referida lei. Nele, a legítima defesa é regulada nos seguintes termos: “Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas [...]”. Tal dispositivo, parece evidente, revela-se inservível no sentido de justificar a Lei do Tiro de Destruição, na medida em que ele pretende, em primeiro lugar, permitir que os Estados defendam sua soberania tão-somente contra ataques armados e não contra ingresso clandestino de aeronaves civis em seu território, ainda que estejam traficando drogas. (FREITAS, 2007, p. 84)

E finaliza tratando que

O bem jurídico protegido pela Lei do Tiro de Destruição não é a soberania nacional, a segurança pública ou a honra dos militares, contudo a tutela está na saúde coletiva ameaça pelo narcotráfico, visto que a criminalidade não pode ser extinta, porém controlada (FREITAS, 2007, p. 85-86).

Para o promotor de justiça em Sergipe, Marcel Peres de Oliveira, o princípio da soberania chocou-se com o princípio da dignidade da pessoa humana. O primeiro como essencial para existência do próprio Estado e o segundo como imprescindível à existência do Estado Democrático de Direito. Em uma prima facie poderia levar a conclusão de que o princípio da soberania se colocaria acima do princípio da dignidade da pessoa humana. Todavia, Marcel Peres de Oliveira alude que “o conflito normativo não pode ser resolvido com a aplicação de uma norma constitucional, suprimindo totalmente a outra (princípio da cedência recíproca)”.

Cumprido neste ponto citar a posição de Jorge César de Assis (1998), promotor de Justiça Militar, diz que:

Conquanto não seja difícil de concordar que a ordem para destruição de uma aeronave civil é medida extrema, grave e de grande repercussão, o emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia da lei e da ordem pressupõe a defesa dos valores nacionais postos em risco, seja por uma eventual agressão alienígena, seja em face do aumento avassalador dos atos de terrorismo e das ações do crime organizado com base no tráfico ilícito de armas e de entorpecentes.(ASSIS, 1998, p.147)

Todavia, regulamentar o abate de aeronave que necessariamente não estará atacando as aeronaves militares ou objetivos nacionalmente protegidos me parece ser, no mínimo, muito perigoso. Sobretudo quando sabemos que sequer as Forças Armadas brasileiras estão aparelhadas a contento e que também:

Em princípio uma aeronave que desobedece às ordens do interceptador para pousar em local determinado – atitude passiva, sem que da aeronave interceptada venham disparos contra a aeronave militar ou contra alvos nacionalmente protegidos não estará resistindo, apenas foge, ou prossegue voando ignorando a aeronave militar. Difícil então ver, nessas circunstâncias – onde não há hostilidades da aeronave interceptada, fundamento para sua destruição com a conseqüente morte daqueles que a ocupam (ASSIS, 1998, p. 78)

E por derradeiro, cumpre destacar a seguinte posição que para Maierovitch que o traficante é audaz e de que pode colocar pessoas inocentes como crianças como uma espécie de “mula”.

Há de consignar a Lei nº 12.432, de 29 de junho de 2011, que versa sobre a competência da Justiça Militar para julgar os crimes praticados em consonância com o art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, sobre a questão da Lei do Abate do qual modificou o Código Penal Militar.

Para Luiz Alexandre Kikuchi Negrão (2010) e outros, a Lei nº 12.432 modificou a competência para julgamento de crimes cometidos por militar em face de civis, do qual, antes desta Lei, eram de competência do Tribunal do Júri, passando, após a promulgação da Lei, ser de competência da Justiça Militar.

Com arrimo em tudo o que foi exposto são vários os argumentos que sustentam a inconstitucionalidade, se destacando o da violação ao princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, do juiz natural e da proporcionalidade entre a conduta delituosa e a sanção.

Trata-se de argumentos consistentes que demonstram de forma unívoca a inconstitucionalidade da Lei e do Decreto regulamentador.

3.6 PROJETO DE LEI 1.219 DE 2003 E AS ULTIMAS ATUALIZAÇÕES ACERCA DA LEI DO ABATE.

Acerca do projeto de Lei nº 1.219 de 2003, proposto pelo Deputado Federal Átila Lins tratava da revogação da Lei do Abate, e o mesmo alegava: que a autoridade administrativa não pode invadir área de competência do Poder Judiciário; e que seria uma permissão a pena de morte. O deputado também falava acerca dos princípios que na visão dele a Lei estaria ferindo, conforme já defendido nesta pesquisa.

Conforme já exposto, o deputado Átila Lins requereu a retirada do projeto, sendo deferida pelo presidente da Câmara, e este não seguiu.

Em 2016, Presidente da República, a então Presidente Dilma Rousseff, assinou uma alteração no texto da Lei 7.565 do Código Brasileiro de Aeronáutica, a referida Lei do Abate. Há época esta alteração se deu devido as olimpíadas que seriam no Rio de Janeiro.

A alteração não modificava os procedimentos, interceptação e abate da

aeronave, se ela fosse considerada hostil, o que mudava era o que vinha a ser uma ameaça e as variedades de ações. Com essa modificação, qualquer aeronave que estivesse voando sem plano de voo era considerada uma aeronave suspeita, assim como: sobrevoando áreas proibidas, sem identificação ou descumprindo ordens do controle de tráfego aéreo, luzes externas apagadas em voos noturnos, pilotos com falsa identidade, aeronaves sequestradas ou com aparente intenção de ato hostil.

O que se percebe é que quanto as alterações, elas apenas reforçaram o que a corrente que defende que a lei é inconstitucional versa, em contrapartida, acaba por também lembrar que o maior argumento da constitucionalidade da lei é a defesa do país e é exatamente o que ela propõe quando define o que seria ameaça.

Após as olimpíadas não houve mais alteração na lei, e os debates acabam por serem sempre quando a mesma precisa ser aplicada.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratar de um assunto tão divisor de pensamentos é um desafio, tendo em vista que a defesa de ambas as correntes, ao final tem o mesmo propósito, que é de proteger o país e o povo. A lei do abate já gera uma polêmica e julgamento até pela própria nomenclatura imposta e precisa ser vista em todos os pontos.

No primeiro capítulo tratou-se a questão da soberania do espaço aéreo, tendo em vista que este ponto é o mais defendido pela corrente que acredita na constitucionalidade da Lei do Abate. Tratar do Estado soberano é tratar da base da referida lei que visa proteger o país.

Ao tratar no Segundo capítulo sobre a Aeronáutica e seus direitos, buscou-se explicar a forma como códigos e condutas foram criados para preservação da organização e proteção do espaço aéreo do país. Além disso, tratou especificamente do que vem a ser a Lei do Abate, seu objetivo e aplicação, buscando mostrar o funcionamento da lei, na busca da compreensão dos que vierem a estudar esta pesquisa, que para sua aplicação existe critérios que devem ser seguidos conforme a norma.

O terceiro capítulo tratou diretamente do principal objetivo desta pesquisa que é uma análise constitucional da Lei, comparando com leis semelhantes em outros países, analisando os direitos fundamentais que a mesma pode vir a ferir, e que é a principal arma para a defesa da corrente que alega ser inconstitucional a aplicação do tiro de destruição. Neste capítulo também foi mencionado acerca de uma Proposta ADI que foi abandonada, onde pedia a extinção da Lei. Destaca-se a aplicação da Lei em 2016, assinada pela então presidente Dilma Rousseff, durante as olimpíadas do Rio de Janeiro, e de como alguns ajustes específicos foram feitos, tornando assim a Lei mais eficaz.

Diante do exposto, ressalta-se o objetivo da Lei nº 9.614/98 que é o desenvolvimento do Sistema de Defesa Aérea e pela eficácia da defesa e do controle do tráfego aéreo brasileiro, pois, como demonstrado pela historicidade, quando da ausência de sua regulamentação, o patrulhamento do espaço aéreo brasileiro encontrava-se deficiente, e o território encontrava-se vulnerável.

Constata-se que a norma em análise não colide com a garantia do direito à vida. Ao contrário, ela é um instrumento de proteção da vida da população brasileira.

Assim sendo, tal dispositivo legal não fere princípios constitucionais, sendo, desta maneira perfeitamente aplicável no caso concreto, pois à intenção do legislador não foi matar o piloto e a tripulação da aeronave alvejada, mas tão somente inibir a entrada de ilícitos no país. Com efeito, fica claro que a “Lei do Abate” surgiu como um instrumento de defesa da Soberania do Estado brasileiro e como tal deve aplicado.

Espera-se que essa pesquisa tenha fornecido subsídios suficientes para um entendimento conclusivo quanto à permanência da norma em estudo no ordenamento jurídico pátrio ou da necessidade de ser extirpada, bem como, por arrastamento, os seus decretos regulamentares: nº 5.144/2014, nº 8.265/2014 e nº 8.758/2016.

Esta pesquisa é apenas uma visão acerca do tema, que com o decorrer dos anos e criação de outras pesquisas mais aprofundadas, contribuirá para estudo de sua eficácia e de possíveis aplicações que podem vir a ocorrer.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André Luiz de. **A evolução do poder aeroespacial brasileiro**. 2006. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

ANDRADE, L. de. **Constitucionalidade de normas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ASSIS, Jorge César. **Interceptação e abate de aeronaves: considerações sobre a lei nº 9.614, de 05.03.1998**. Revista do Ministério Público Militar. 19. ed. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrire Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007. 128 p. Tradução de: Dei Delitti e Delle Pene (1764).

BLOG OFICIAL DA FORÇA AÉREA BRASILEIRA. Na defesa da fronteira: a interceptação de aeronaves. Disponível em: http://site.fenord.edu.br/revistaacademica/revista2016/textos/Art.02_Rev_Ag_Acad%20_Vol.04. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Link: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 11 de Novembro de 2020.

BRASIL, Cristina Índio. **A Lei do Abate modificou logística do tráfico de drogas e de armas no Brasil**. Disponível em: < <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2006-09-14/lei-doabate-modificou-logistica-do-traffic-de-drogas-e-de-armas-no-brasildiz-deputado> >. Acesso em: 18 outubro de 2020

BRASIL. **Força Aérea Brasileira. Centro de Comunicação Social da Aeronáutica.** Entenda a lei do tiro de destruição. Disponível em: <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2006-09-14/lei-doabate-modificou-centrode-comunicacao-e-de-armas-no-brasildiz-deputado>. Acesso em: 15 novembro 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.614 de 5 de março de 1998.** Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

BUSATO, Roberto. **Lei do Abate deveria atender a soberania nacional.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/Noticia/2364/busato-lei-do-abate-deveria-atender-a-soberania-nacional>>. Acesso em: 29 de novembro de 2020.

CASTRO, Diego Luís de. **A Lei do Tiro de Destruição Frente aos Princípios Constitucionais.** 2007. 35 fls. Artigo (Graduação em Direito) – Centro Universitário Univates, Lajeado, 2007.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Lei do Abate.** BDJur, Brasília, 2010. DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8622>>. Acesso em: 12 de novembro de 2020.

COSTA, Alexandre Araújo. **O poder constituinte e o paradoxo da soberania limitada.** Teoria & Sociedade, Belo Horizonte, UFMG, v. 19, 2011.

DWORKIN, Ronald. **El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual.** Barcelona: Ariel, 1998.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Aspectos jurídicos das Forças Armadas na interceptação e no abate de aeronaves: a Lei do Tiro de Destruição. **Revista do Ministério Público Militar.** Brasília, 20. Ed. p. 67-88, nov. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do abate: inconstitucionalidade.** 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091026164357526>. Acesso em: 05 de novembro de 2020.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LUIZI, Luís. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. Ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MAGALHÃES, Bruno Barata. **Lei do Abate viola o princípio do direito à vida**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-07/lei-abate-viola-principio-direito-vida>>. Acesso em 25 de novembro de 2020.

MAURIQUE, J. **A Lei do Abate**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica. Ed. 12v. 2006.

MARTINS; Flávio José. **História Geral da Aeronáutica Brasileira**, INCAER. Rio de Janeiro. 1996.

MONTEIRO, Lício Caetano do Rego. **O curto voo da Lei do Abate**. Rio de Janeiro: Revista Eletrônica Boletim do TEMPO, Ano 3, Nº27, Rio, 2008 [ISSN 1981-3384].2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Geraldo Bezerra de. **Transporte aéreo e responsabilidade civil**. São Paulo: Aduaneiras, 1992.

NUNES, Rizatto. **Espeço aéreo Brasileiro**. 2. ed. São Paulo. Revista No Direito. 1990.

NEGRÃO, Luiz Alexandre K.; IDE, Milena Hatsumi; SILVA JÚNIOR, Geraldo T. **Lei do Abate e Justiça Militar**. Ed. Brasil. 2010.

NEGRI, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2013.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2009.

SAVIOTTI, Irineu Eduardo Pimentel. **Reflexões sobre a constitucionalidade da Lei do Abate à luz dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/Irineu.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2012. 24 de novembro de 2020.

SANTOS, Valdeana Dias dos. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO TIRO DE DESTRUIÇÃO. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva – ISSN 1 678-8729.** 15. Ed

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Processo penal: sistemas e princípios.** 1. ed., 8. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

.STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.