



CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA DO IPA

CURSO DE DIREITO

Leonardo Nunes Carvalho

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE DE AERONAVES
REGULAMENTADA PELO DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE JULHO DE 2004 E A
OFENSA AO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

**PORTO ALEGRE
2013**

Leonardo Nunes Carvalho

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE DE AERONAVES
REGULAMENTADA PELO DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE JULHO DE 2004 E A
OFENSA AO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Jeferson Luiz Dellavalle Dutra

Leonardo Nunes Carvalho

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE DE AERONAVES
REGULAMENTADA PELO DECRETO Nº 5.144, DE 16 DE JULHO DE 2004 E A
OFENSA AO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito do Centro Universitário Metodista do IPA.

Porto Alegre, _____ de _____ de 2013.

Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso
Coordenadora do Curso de Direito

Apresentada à banca examinadora integrada pelos professores (as):

Prof. Me. Orientador Jeferson Luiz Dellavalle Dutra
Centro Universitário Metodista, do IPA

Prof. Dr. Banca examinadora
Centro Universitário Metodista, do IPA

Prof. Dr. Banca examinadora
Centro Universitário Metodista, do IPA

RESUMO

Contextualiza a possível inconstitucionalidade da Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98) regulamentada pelo Decreto 5.144/04, que alterou o artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), possibilitando o abate de aeronave classificada como hostil ao território brasileiro. A permissão do abate de aeronave considerada hostil, concedida pela Lei nº 9.614/98, devido à conseqüente morte do piloto e dos tripulantes, em outras linhas, viabiliza a pena de morte no Brasil como sanção penal em tempo de paz, violando frontalmente a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos. Tendo em vista tais violações, analisa a proteção da vida e as restrições a pena de morte no Brasil, fazendo considerações acerca do sistema internacional de proteção aos direitos humanos e das garantias constitucionais de vedação à pena de morte, a exemplo da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade do direito à vida, do princípio do devido processo legal e do princípio da presunção de inocência.

Palavras – chave – Direito Constitucional. Direitos Humanos. Inconstitucionalidade. Pena de morte. Abate de aeronaves.

ABSTRACT

Contextualizes the possible unconstitutionality of Law's Abate Aircraft (Law No. 9.614/98) regulated by Decree 5.144/04, which amended Article 303 of the Brazilian Aeronautical Code (Law No. 7.565/86), enabling the aircraft slaughter classified as hostile to Brazilian territory. The permission of slaughter aircraft considered hostile, granted by Law No. 9.614/98, because of consequent death of the pilot and crew in other lines, allows for the death penalty in Brazil as a criminal penalty in peacetime, squarely violating the Constitution and treaties international human rights. In view of such violations, examines the protection of life and restrictions on the death penalty in Brazil, making considerations of the international protection of human rights and constitutional guarantees sealing the death penalty, such as warranty constitutional dignity of the human person, the inviolability of the right to life, the principle of due process and the presumption of innocence.

Keywords - Constitutional Law. Human Rights. Unconstitutionality. Death Penalty. Aircraft Slaughter.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A PROTEÇÃO DA VIDA E AS RESTRIÇÕES À PENA DE MORTE.....	9
2.1 SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	9
2.2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA VEDAÇÃO À PENA DE MORTE	15
2.2.1 Dignidade da pessoa humana.....	18
2.2.2 Inviolabilidade do direito à vida	21
2.2.3 Devido processo legal	25
2.2.4 Princípio da Presunção de Inocência.....	28
3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE.....	31
3.1 A LEGISLAÇÃO DO ABATE NO DIREITO BRASILEIRO	31
3.2 A LEI DO ABATE E SUA REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE O DECRETO 5.144 DE 16 DE JULHO DE 2004.....	34
3.3 O ABATE DE AERONAVES E A VIOLAÇÃO AO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS	39
4 CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa fará uma análise da possível inconstitucionalidade da Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98), a qual foi devidamente regulamentada pelo Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Analisar-se-á, mais especificamente, o §2º artigo 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86).

O estudo analisará os tratados internacionais e convenções que dão sustentação a um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, bem como versará também, sobre o reconhecimento de que o direito à vida é uma garantia constitucional que impede a pena de morte no Brasil, fazendo uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana como um preceito fundamental relacionado ao valor moral e espiritual inerente ao ser humano.

Apresentar-se-á, ainda, estudo sobre o caso de violação do direito a vida, tratando do devido processo legal, em âmbito material, como meio de proteção ao direito de liberdade do indivíduo. Ainda, outro ponto a ser analisado é o princípio da presunção de inocência, como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como garantia processual penal.

Para atingir o objetivo proposto, far-se-á uma análise para verificar se § 2º do artigo 303, da Lei do Abate de Aeronaves é inconstitucional, sobretudo observando se a medida de destruição de uma aeronave, ao ser aplicada, viola o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Discorrer-se-á, também, sobre a hipótese de pena de morte imposta aos tripulantes de uma aeronave abatida e, se esta espécie de pena, viola também preceitos constitucionais.

O presente trabalho foi elaborado através de pesquisas em doutrinas, artigos de revistas jurídicas, artigos científicos e sites governamentais do poder legislativo e judiciário.

Em um primeiro momento, adentrar-se-á no assunto referente à proteção da vida e as restrições à pena de morte, cuidando, tanto em âmbito nacional como internacional, dos princípios e garantias constitucionais que buscam proteger os direitos fundamentais do ser humano, examinando em especial o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, as garantias constitucionais da

vedação à pena da morte, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, o devido processo legal e a presunção de inocência.

No tocante ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, apontar-se-á a evolução histórica, em âmbito nacional e internacional desse sistema, bem como a implementação do Direito Internacional de Proteção dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro e a responsabilidade de todo Estado Parte no cumprimento das obrigações pactuadas pelos tratados ratificados.

As garantias constitucionais explícitas que asseguram e prevêm a vedação à pena de morte decorrem da concretização dos princípios mais importantes da ordem jurídica constitucional, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o princípio do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência. Observar-se-á que a incidência destes princípios pela Lei do Abate de Aeronaves, na forma de sua regulamentação atual, fere a ordem jurídica constitucional brasileira e todos estes princípios acima citados.

Por conseguinte, no terceiro capítulo, tratar-se-á da inconstitucionalidade da Lei do Abate de Aeronaves, demonstrando que a Lei nº 9.614/98 (Lei do Abate) desrespeita o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, bem como também, far-se-á uma análise da possível pena de morte instituída através da conduta de quem abate uma aeronave e viola preceitos constitucionais.

Porém, antes do exame da suposta inconstitucionalidade da Lei do Abate de Aeronaves, far-se-á um breve levantamento histórico acerca da germinação e incorporação da legislação do abate de aeronaves no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98) autorizou a destruição de aeronave classificada como hostil ao território brasileiro, devido à inserção dada por ela, do § 2º no artigo 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86). Após essa inserção, o Decreto nº 5.144 de 16 de julho de 2004 regulamentou além do § 2º, também os §§ 1º e 3º do artigo 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), ficando assim regulamentada a medida do tiro de destruição em face de aeronave classificada como hostil ao território brasileiro.

Mostrar-se-á também, de que forma a Lei do Abate de Aeronaves viola o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos e, também, de que maneira ela fere frontalmente preceitos constitucionais.

Por fim, exibir-se-á uma das possibilidades de solução para o problema apresentado no estudo em tela, como a utilização da Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98). Far-se-á, ainda, uma breve exposição dos legitimados para sua propositura, da competência para seu julgamento e o seu possível resultado.

2 A PROTEÇÃO DA VIDA E AS RESTRIÇÕES À PENA DE MORTE

O presente capítulo vem tratar, tanto em âmbito nacional como internacional, dos princípios e garantias constitucionais que buscam proteger os direitos fundamentais do ser humano.

Neste viés, discorrer em especial sobre o sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos, as garantias constitucionais da vedação à pena da morte, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, o devido processo legal e a presunção de inocência.

2.1 SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Na introdução do tema sobre o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, o autor Fabio Konder Comparato afirma que todos os seres humanos, apesar de suas diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. Sendo este, o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação, pode afirmar-se superior aos demais.¹

Ainda, seguindo seu raciocínio, o autor informa que 60 milhões de pessoas foram mortas durante a Segunda Guerra Mundial, e que a maior parte delas eram civis. Além disso, enquanto a guerra do início do século provocou o surgimento de cerca de 4 milhões de refugiados, com a cessação das atividades na Europa, em maio de 1945, contavam-se mais de 40 milhões de pessoas deslocadas, de modo voluntário ou forçado, dos países onde viviam por volta de 1939.²

O ato final dessa tragédia foi o lançamento da bomba atômica em Hiroshima e Nagasaki, que soou como um prenúncio de apocalipse, em que o homem acabara de adquirir o poder de destruir toda a vida na terra. As consciências se abriram,

¹ COMPARATO, F. K. São Paulo: Saraiva, 2010. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. p. 13.

² COMPARATO, 2010, p. 225.

enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana.³

Sob este forte impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, foi redigida A Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo os valores humanos. Seja como for, a Declaração, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I.⁴

De acordo com o autor Antônio Augusto Cançado Trindade, a proteção dos direitos humanos surgiu na Inglaterra quando a Carta Magna de 1215 colocou o rei sob o parlamento e dispôs que certos direitos individuais ficassem ao amparo da lei. Esta proteção legal foi confirmada pelo “Bill of Rights” (1689).⁵

No decorrer do tempo, os direitos humanos se submeteram a proteção constitucional, já que se considerou insuficiente só a proteção da lei. As liberdades fundamentais proclamadas pela Revolução Francesa e a Constituição dos Estados Unidos, no final do século XVIII, foram incorporadas a todas Constituições iberoamericanas, no começo do século XIX, assim como às de outros países do mundo.⁶

Os direitos humanos foram colocados sob a proteção do Direito Internacional desde meados do século XIX. Porém, foi a Carta das Nações Unidas a que iniciou o processo de sua proteção universal quando dispôs em seu artigo 55 que a ONU promoverá “o respeito universal aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem fazer distinção por motivos de raça, sexo, idioma ou religião, e a efetividade de tais direitos e liberdades”.⁷

A ONU estabeleceu uma Comissão de Direitos Humanos, em 1946, com a incumbência de fazer estudos e preparar os textos de instrumentos multilaterais

³ COMPARATO, 2010, p. 226.

⁴ COMPARATO, 2010, p. 238.

⁵ TRINDADE, A. A. C. Brasília: MARS Editores S.A, 1996. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no direito brasileiro*. San José de Costa Rica/Brasília, p. 653

⁶ TRINDADE, 1996, p. 653.

⁷ TRINDADE, 1996, p. 653.

sobre a matéria. Como resultado desse trabalho aprovaram-se os seguintes instrumentos normativos de caráter universal: a “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (1948); o “Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos” e o “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, ambos abertos à assinatura dos estados membros em 1966.⁸

Em seu entendimento, a autora Flávia Piovesan afirma que o advento da *International Bill of Rights*, constitui o marco do processo de proteção internacional dos direitos humanos. A partir dela, inúmeras outras Declarações e Convenções foram elaboradas, algumas sobre novos direitos, outras relativas a determinadas violações, outras, ainda, para tratar de determinados grupos caracterizados como vulneráveis.⁹

Nota-se, portanto, que o processo de internacionalização dos direitos humanos, conjugado com o processo de multiplicação desses direitos, resultou em um complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção.¹⁰

A autora dispõe que os sistemas geral e especial são complementares, na medida em que o sistema especial de proteção é voltado, fundamentalmente à prevenção da discriminação ou à proteção de pessoas ou grupos de pessoas particularmente vulneráveis, que merecem tutela especial. Daí se apontar não mais ao indivíduo “especificado”, considerando categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça etc. O sistema internacional passa a reconhecer direitos endereçados às crianças, aos idosos, às mulheres, às vítimas de tortura e discriminação racial entre outros.¹¹

Já no que se refere à força destes acordos, afirmar-se que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. O

⁸ TRINDADE, 1996, p. 654.

⁹ PIOVESAN, F. São Paulo: Saraiva, 2010. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. p. 191

¹⁰ PIOVESAN, 2010, p. 191.

¹¹ PIOVESAN, 2010, p. 192.

termo “tratado” é um termo genérico, usado para incluir as Convenções, os Pactos, as Cartas e demais acordos internacionais.¹²

Ainda, além do termo “tratado”, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. As mais comuns são Convenção, Pacto, Protocolo, Carta, Convênio, bem como também Tratado ou Acordo Internacional.¹³

Diante disso, cumpre dizer que o sistema jurídico brasileiro frente aos Tratados, Convenções, Acordos e ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, somente teve contornos a partir do processo de democratização do país, em 1985, a partir daí que o Estado brasileiro passou a ratificar relevantes tratados internacionais de direitos humanos.¹⁴

Reforçando a tese, o autor Ricardo Castilho também afirma que o sistema de proteção aos direitos humanos oficializado na Constituição de 1988, somente teve contornos a partir da redemocratização do País, com a realização de eleições diretas em 1985, depois de 21 anos de ditadura militar.¹⁵

O processo de democratização no Brasil se conjuga com o processo de afirmação dos direitos humanos como tema global, que se desenha a reinserção do Brasil no plano do sistema de proteção internacional dos direitos humanos.¹⁶

Desde o processo de democratização do País e a partir da Constituição de 1988, o Brasil adotou importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados a proteção dos direitos humanos.¹⁷

Assim, a partir da Carta de 1988, importantes tratados internacionais de direitos humanos foram ratificados pelo Brasil. Dentre eles, destaca-se a ratificação: a) da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989; b) da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989; c) da Convenção sobre os Direitos da

¹² PIOVESAN, F. São Paulo: Max Limonad, 2003. *Temas de Direitos Humanos*, p. 76.

¹³ PIOVESAN, F. São Paulo: Max Limonad, 2002. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 67.

¹⁴ PIOVESAN, 2003, p. 41.

¹⁵ CASTILHO, R. São Paulo: Saraiva, 2010. *Direitos Humanos: processo histórico - evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*, p. 107.

¹⁶ PIOVESAN, 2010, p. 294.

¹⁷ PIOVESAN, 2010, p. 294.

Criança, em 24 de setembro de 1990; d) do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992; e) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992; f) da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992; g) da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995; h) do Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; i) do Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996; j) da Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, em 15 de agosto de 2001; k) do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de junho de 2002; l) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002; m) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004; n) do Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia Infantis, também em 27 de janeiro de 2004; o) do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura, em 11 de janeiro de 2007; e p) da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, em 1º de agosto de 2008.¹⁸

As inovações introduzidas pela Carta de 1988, especialmente no que se refere a prioridade da prevalência dos direitos humanos, como princípio orientador das relações internacionais, foram fundamentais para a ratificação desses importantes instrumentos de proteção dos direitos humanos.¹⁹

Além dos direitos constitucionalmente previstos no âmbito nacional, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais. Valendo dizer que, os indivíduos passam a ter direitos acionáveis e defensáveis em âmbito internacional.²⁰

Diante disso, o Brasil assume perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis.

¹⁸ PIOVESAN, 2010, p. 296.

¹⁹ PIOVESAN, 2010, p. 296.

²⁰ PIOVESAN, 2010, p. 298.

Aceita, ainda, que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuado por órgãos de supervisão internacional.²¹

Por conseguinte, cumpre dizer que quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não sejam mitigados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos.²²

Portanto, o Estado ao se vincular aos textos da proteção dos direitos humanos está se obrigando a adotar internamente, os mecanismos próprios que ensejaram a eficácia das normas neles constantes, sem exceções ou limitações.²³

Os fundamentos últimos da proteção dos direitos humanos transcendem o direito estatal, e o consenso generalizado formado hoje em torno da necessidade da internacionalização de sua proteção corresponde a uma manifestação cultural de nossos tempos, juridicamente viabilizada pela coincidência de objetivos entre o direito internacional e o direito interno quanto à proteção da pessoa humana.²⁴

Como, também neste domínio, a um Estado não é dado deixar de cumprir suas obrigações convencionais sob o pretexto de supostas dificuldades de ordem constitucional ou interna, com maior razão ainda não haverá desculpa para um Estado de não se conformar a um tratado de direitos humanos no qual é Parte pelo simples fato de seus tribunais interpretarem, no plano do direito interno, o tratado de modo diferente do que se impõe no plano do direito internacional.²⁵

Para Norberto Bobbio, os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no

²¹ PIOVESAN, 2010, p. 298.

²² BERTELLI, L. G. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, 2010. Direito à vida: fundamental dos direitos humanos, p. 337.

²³ TRINDADE, 1996, p. 503.

²⁴ TRINDADE, 1996, p. 211.

²⁵ TRINDADE, 1996, p. 211.

poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.²⁶

Apesar da crise dos fundamentos, a maior parte dos governos existentes proclamou pela primeira vez, nessas décadas, uma Declaração Universal dos Direitos do Homem. Por conseguinte, depois dessa declaração, o problema dos fundamentos perdeu grande parte do seu interesse.²⁷

Entretanto, se a maioria dos governos existentes concordou com uma declaração comum, isso foi sinal de que encontraram boas razões para concordar. Por isso, agora, não se trata tanto de buscar outras razões, ou mesmo a razão das razões, mas de pôr as condições para uma mais ampla e escrupulosa realização dos direitos já proclamados.²⁸

Por fim, para o autor supramencionado, o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas sim o de protegê-los, trata-se de um problema não filosófico, mas político.²⁹

Em resumo, esta parte da pesquisa apontou a evolução em sua trajetória histórica, em âmbito nacional e internacional, da Proteção dos Direitos Humanos, a implementação do Direito Internacional de Proteção dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro e a responsabilidade de todo Estado Parte no cumprimento das obrigações pactuadas pelos tratados ratificados.

2.2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA VEDAÇÃO À PENA DE MORTE

No Brasil a pena de morte para crimes civis foi abolida desde o fim do período imperial, mais precisamente a partir da Constituição Republicana de 1988. Manteve-

²⁶ BOBBIO, N. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. *A era dos direitos*, p. 18.

²⁷ BOBBIO, 2004, p. 23.

²⁸ BOBBIO, 2004, p. 23.

²⁹ BOBBIO, 2004, p. 23.

se apenas a possibilidade da referida pena para os crimes militares cometidos em tempo de guerra.³⁰

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, veda expressamente a aplicação da pena de morte para crimes civis, excepcionando sua aplicação apenas em alguns casos de crimes militares cometidos em período de guerra, ou seja, quando há guerra declarada, tudo nos termos do art. 84, XIX, da Carta Magna. Segue o que os dispositivos em comento dispõem:³¹

Art. 5º - [...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;³²

Assim, a Constituição Federal de 1988 reprimiu uma proibição constante já na primeira Constituição Republicana, de 24-2-1891, que, em seu artigo 72, § 21, estabelecia: “Fica igualmente abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra”.³³

Nota-se que a previsão infraconstitucional de aplicação da pena de morte existente é apenas para determinados crimes militares previstos no artigo 55, I, do Código Penal Militar, que nessa situação, a pena capital é recepcionada pela ordem constitucional brasileira.

Assim, com fundamento no artigo 56 do Código Penal Militar, a pena de morte somente será aplicada em caso de guerra declarada, sendo feita mediante

³⁰ LEITE, A. S. 2013. Impossibilidade constitucional de implantação da pena de morte no Brasil para os crimes comuns. <http://www.ambito-juridico.com.br>. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12002>, acesso em 11 jan. de 2013, paginação indeterminada

³¹ LEITE, 2013, paginação indeterminada.

³² BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, *Portal do Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 13 maio de 2013, paginação indeterminada.

³³ MORAES, A. d. São Paulo: Atlas, 2006. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 334.

fuzilamento. Contudo, devendo obedecer que, a sentença condenatória com trânsito em julgado que tiver aplicado a pena de morte deverá ser comunicada ao Presidente da República, e somente poderá ser executada após sete dias da comunicação, tendo em vista a possibilidade do Presidente da República conceder graça ao condenado, conforme artigo 84, XII, da Constituição Federal.

Excepcionalmente, porém, a legislação penal militar admite a possibilidade de execução imediata da pena quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militar (CPM, art. 57 e parágrafo único). Mas, entende-se que esse preceito infraconstitucional deve ser interpretado conforme os direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, basicamente em face do direito à vida e do direito a ampla defesa, que extrapola a simples defesa processual.³⁴

O Brasil que é Parte na Convenção Americana, cujo artigo 4 consagra o direito à vida como um direito fundamental inderrogável e, como tal, este direito, e suas garantias, não admitem suspensão ou qualquer tipo de restrições (artigo 27 (2) da Convenção). Enquanto o primeiro parágrafo do artigo 4 define o propósito geral de proteção ao direito à vida, os cinco parágrafos seguintes dedicam-se à questão da pena de morte; o artigo 4(3) é peremptório ao proibir o estabelecimento da pena de morte nos Estados Partes que já não a aplicam.³⁵

O artigo 5º inciso XLVII, “a”, da Constituição de 1988, proíbe a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. O Protocolo à Convenção Americana Referente à Abolição da Pena de Morte não admite reservas, salvo apenas “em tempo de guerra, de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar” (artigo 2º). Ainda assim, não há que perder de vista que, até mesmo em situações de conflitos armados (internacionais e não internacionais) e de distúrbios e tensões internas, próprias do direito internacional humanitário, tem-se manifestado a forte tendência restritiva e proibitiva da pena de morte.³⁶

Do exposto, não pode restar dúvida quanto à clara e inexorável evolução limitativa e abolicionista da pena de morte sob o direito internacional contemporâneo dos direitos da pessoa humana. Tal tendência abolicionista encontra-se

³⁴ MORAES, 2006, p. 335.

³⁵ TRINDADE, 1996, p. 788.

³⁶ TRINDADE, 1996, p. 790.

indissolúvelmente ligada ao próprio movimento dos direitos humanos. Com efeito, as restrições à pena de morte têm alcançado até mesmo Estados que não ratificaram determinados tratados de direitos humanos.³⁷

Em tal contexto, a regra constitucional explícita que prevê a vedação à pena de morte decorre da concretização de alguns dos mais importantes princípios da ordem jurídica constitucional, os quais seguem abaixo:

2.2.1 Dignidade da pessoa humana

O autor Alexandre de Moraes sustenta que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.³⁸

Ainda, ele também ressalta que o direito a vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Fundamento esse que afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.³⁹

Para o autor, o princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.⁴⁰

³⁷ TRINDADE, 1996, p. 791.

³⁸ MORAES, 2006, p. 128, 129.

³⁹ MORAES, 2006, p. 129.

⁴⁰ MORAES, 2006, p. 129.

Ainda, assevera que esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. A concepção dessa noção de dever fundamental resume-se a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido).⁴¹

Ao final, conclui que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10-12-1948, e assinada pelo Brasil na mesma data, reconhece a dignidade como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.⁴²

Ingo Wolfgang Sarlet também escreve algumas notas sobre a dignidade da pessoa humana como norma jurídica (princípio e valor) fundamental, consignando também, algumas considerações referentes à discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio ou direito fundamental.

Com efeito, para o autor, o Constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, elevando-a, pela primeira vez à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III). Aliás, a positivação na condição de princípio jurídico-constitucional fundamental, é, por sua vez, a que melhor afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional luso-brasileiro e espanhol, apenas para mencionar os modelos mais recentes que têm exercido significativa influência sobre a própria ordem jurídica brasileira.⁴³

Todavia, do grau de reconhecimento e proteção outorgado à dignidade da pessoa por cada ordem jurídico-constitucional e pelo direito internacional, certamente irá depender da sua efetiva realização e promoção, de tal sorte que não é por menos que se impõe uma análise do conteúdo jurídico ou, da dimensão jurídica da dignidade no contexto da arquitetura constitucional pátria,

⁴¹ MORAES, 2006, p. 129.

⁴² MORAES, 2006, p. 129.

⁴³ SARLET, I. W. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 67.

designadamente, a força jurídica que lhe foi outorgada na condição de norma fundamental.⁴⁴

Verifica-se que o dispositivo constitucional no qual se encontra enunciada a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988), contém não apenas mais de uma norma, mas que esta(s), para além de seu enquadramento na condição de princípio e valor fundamental, é (são) também um fundamento de posições jurídico-subjetivas, isto é, norma(s) definidora(s) de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.⁴⁵

Ainda, o autor destaca sua posição em prol do caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana e, portanto, do reconhecimento de sua plena eficácia na nossa ordem constitucional, na qual foi elevada à condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro. Valendo lembrar, que o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio constitucional fundamental, não afasta seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica, mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.⁴⁶

Por outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet acresce que, não será pelo fato de o Constituinte ter elencado a dignidade da pessoa humana no rol dos princípios fundamentais que se poderá chegar à conclusão de que a dignidade da pessoa, na sua condição de norma jurídica, não assume, para além de sua dimensão principiológica, a feição de regra jurídica.⁴⁷

Enfim, a condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude eficaz e, portanto, da plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa, seja na perspectiva objetiva, seja como fundamento de posições subjetivas.⁴⁸

⁴⁴ SARLET, 2004, p. 68.

⁴⁵ SARLET, 2004, p. 68, 69.

⁴⁶ SARLET, 2004, p. 71.

⁴⁷ SARLET, 2004, p. 72.

⁴⁸ SARLET, 2004, p. 75.

2.2.2 Inviolabilidade do direito à vida

De acordo com José Afonso da Silva, todo ser dotado de vida é um indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa. “Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais.” A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no artigo 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A “vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo.” Por isso que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.⁴⁹

Nesta mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes leciona que a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.⁵⁰

O constituinte brasileiro, coerentemente, proclama o direito à vida, mencionando-o como primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais enumerados no artigo 5º do texto constitucional, seguido da liberdade, igualdade, segurança e propriedade. O preceito enfatiza a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-la em si mesmo e com determinado grau de qualidade.⁵¹

A centralidade para qualquer ordem jurídica do direito à vida é também ressaltada em tratados internacionais de que o Brasil é parte. A Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José -, de 1969, declara, no seu

⁴⁹ SILVA, J. A. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 197, 198.

⁵⁰ MENDES, G. F. São Paulo: Saraiva, 2011. *Curso de Direito Constitucional*, 6ª edição, p. 287.

⁵¹ MENDES, 2011, p. 287.

artigo 4º, que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, acrescentando que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção” e que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.⁵²

A Constituição Federal garante que 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, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.⁵³

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.⁵⁴

Ainda, em obra de vários autores organizada por João Benedito de Azevedo Marques, este destaca que o direito à vida está inscrito no capítulo inviolável das garantias individuais da Constituição Federal e é assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, recentemente subscrito pelo governo brasileiro. Essas são premissas do Estado de Direito democrático incompatíveis com a pena de morte.⁵⁵

Na Constituição Federal, a proibição da pena de morte (artigo 5º), compõe o Título II, referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, o que a inclui entre os direitos constitucionais indisponíveis, e a torna duplamente vetada.⁵⁶

Desta forma, ao direito à vida, contrapõe-se a pena de morte. Uma Constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do artigo 84, XIX (art. 5º, XLVII, a), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é

⁵² MENDES, 2011, p. 298.

⁵³ MORAES, A. d. São Paulo: Atlas, 2010. *Direito Constitucional*, p. 35.

⁵⁴ MORAES, 2010, p. 36.

⁵⁵ MARQUES, J. B. São Paulo: Cortez, 1993. *Reflexões sobre a pena de morte*, p. 56.

⁵⁶ MARQUES, 1993, p. 57.

um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento cruciante.⁵⁷

Nesse mesmo sentido, o autor Pedro Lenza entende que em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não ser privado da vida de modo artificial), encontra-se a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX. Assim, mesmo por emenda constitucional é vedada a pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, IV, lembrando, ainda, a doutrina moderna que impede, ainda, a evolução reacionária ou o retrocesso social, e, nesse sentido, não admitira a previsão da pena de morte, nem mesmo diante da manifestação do poder constituinte originário.⁵⁸

Segundo João Benedito de Azevedo Marques à inviolabilidade dos direitos fundamentais, determinado no artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal, o qual proíbe qualquer emenda que vise abolir cada um e todos os direitos fundamentais, demonstra a preocupação do legislador em assegurar mecanismos impeditivos de qualquer ameaça à garantia de direitos, inclusive a adoção da pena de morte.⁵⁹

Continuando seu entendimento, o autor traz que a Convenção Americana sobre Direitos do Homem no seu apêndice 5, artigo 4, que trata do direito à vida, determina em sua composição que toda pessoa tem direito que se respeite sua vida, estando esse direito protegido por lei e que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente e, ainda, a previsão expressa da proibição do restabelecimento da pena de morte nos países que a aboliram.⁶⁰

E tratando-se das espécies de penas inaplicáveis no direito brasileiro, Alexandre de Moraes também salienta que, a Constituição Federal de 1988, consagra como garantia individual do sentenciado a impossibilidade de aplicação da pena de morte (salvo em caso de guerra declarada), prisão perpétua, trabalhos forçados e o banimento de penas cruéis.⁶¹

O autor aduz que a Constituição Federal garante que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

⁵⁷ SILVA, 2007, p. 201, 202.

⁵⁸ LENZA, P. São Paulo: Saraiva, 2012. *Direito Constitucional esquematizado 16.ª edição*, p. 970.

⁵⁹ MARQUES, 1993, p. 57.

⁶⁰ MARQUES, 1993, p. 58.

⁶¹ MORAES, 2006, p. 334.

estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Sendo que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.⁶²

Ainda, o autor também expõe que o direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O Estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais de trabalho e da livre iniciativa; e, ainda, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais.⁶³

Dessa forma, Alexandre de Moraes revela que ao Estado cria-se uma dupla obrigação: a obrigação de cuidado a toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por seus próprios meios; e a obrigação da efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, por meio de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna da pessoa humana.⁶⁴

O direito à vida, segundo Gilmar Ferreira Mendes, apresenta evidente cunho de direito de defesa, a impedir que os poderes públicos pratiquem atos que atentem contra a existência de qualquer ser humano. Impõe-se também a outros indivíduos, que se submetem ao dever de não agredir esse bem elementar.⁶⁵

O autor ainda narra que coexistente com essa dimensão negativa, outra, positiva, que se traduz numa “pretensão jurídica à proteção, através do Estado, do

⁶² MORAES, 2006, p. 176.

⁶³ MORAES, 2006, p. 176.

⁶⁴ MORAES, 2006, p. 176.

⁶⁵ MENDES, 2011, p. 292.

direito à vida (dever de proteção jurídica) que obrigará este, por ex., à criação de serviços de polícia, de um sistema prisional e de uma organização judiciária”.⁶⁶

Por fim, o mesmo autor conclui que, proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais.⁶⁷

2.2.3 Devido processo legal

A Constituição Federal de 1988 incluiu o princípio do devido processo legal, que eleva à *Magna Carta Libertatum* de 1215, de vital importância no direito anglo-saxão. Igualmente, o artigo XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, garante que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido 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”.⁶⁸

O devido processo legal, para Alexandre de Moraes, configura uma dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).⁶⁹

Luís Roberto Barroso, em sua obra sobre o direito constitucional contemporâneo, define essas duas fases distintas pelas quais o princípio do devido processo legal atravessou. A primeira fase, com caráter puramente processual, abrigou garantias voltadas, de início, ao processo penal e que incluíam os direitos a

⁶⁶ MENDES, 2011, p. 292.

⁶⁷ MENDES, 2011, p. 288.

⁶⁸ MORAES, 2010, p. 106, 107.

⁶⁹ MORAES, 2010, p. 107.

citação, ampla defesa, contraditório e recursos. Na segunda fase, o devido processo legal passou a ter um alcance substantivo, por via do qual o judiciário passou a desempenhar determinados controles de mérito sobre o exercício de discricionariedade pelo legislador, tornando-se importante instrumento de defesa dos direitos fundamentais em face do poder político.⁷⁰

O mesmo autor alega que o fundamento desses controles assentava-se na verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como na aferição da legitimidade dos fins. Por intermédio da cláusula do devido processo legal, passou-se a proceder ao exame de razoabilidade ou proporcionalidade e de racionalidade das leis e dos atos normativos.⁷¹

Nessa vertente, tratando-se da subdivisão do devido processo legal em sentido formal e devido processo legal substantivo, o Ministro Carlos Velloso, em um de seus entendimentos, deixou expresso que a Constituição Federal de 1988 consagra o devido processo legal em seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente:⁷²

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

LIV - ninguém será privado da 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;⁷³

Como se vê, o devido processo legal tem como consequência necessária a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV). Assim, embora no campo administrativo, não

⁷⁰ BARROSO, L. R. São Paulo: Saraiva, 2010. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 256.

⁷¹ BARROSO, 2010, p. 256.

⁷² LIMA, F. L. O devido processo legal (due process of law). Aspectos relevantes, 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8634, acesso em 18 abril de 2013, paginação indeterminada.

⁷³ BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, paginação indeterminada.

exista necessidade de tipificação estrita que inclua rigorosamente a conduta à norma, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa, pois nenhuma penalidade poderá ser imposta, tanto no campo judicial, quanto nos campos administrativos ou disciplinares, sem a necessária amplitude de defesa.⁷⁴

O já mencionado autor Alexandre de Moraes apresenta que por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.⁷⁵

Ainda, Gilmar Ferreira Mendes acresce que o direito ao contraditório e a ampla defesa, no sistema brasileiro, tem relevo não apenas no processo judicial civil e penal, mas também no âmbito dos procedimentos administrativos em geral. E, para não incorrer em omissão, reconhece-se, às vezes, o significado desse princípio até mesmo nas relações privadas.⁷⁶

Para ele, essa expansão normativa das garantias constitucionais processuais, penais e processuais-penais não são um fenômeno brasileiro. A adoção da Convenção Europeia de Direitos Humanos por muitos países fez com que ocorresse expansão singular dos direitos e garantias nela contemplados no âmbito europeu.⁷⁷

O artigo 6, I, da Convenção Europeia contém sete direitos de caráter judicial, o artigo 6, II, consagra a presunção de não culpabilidade e o artigo 6, III, outros oito direitos de caráter judicial. O direito ao devido processo legal contemplado no artigo 6, I, da Convenção configura direito de caráter geral abrangente dos direitos especiais que dele derivam.⁷⁸

⁷⁴ MORAES, 2010, p. 107.

⁷⁵ MORAES, 2010, p. 107.

⁷⁶ MENDES, 2011, p. 433.

⁷⁷ MENDES, 2011, p. 433, 434.

⁷⁸ MENDES, 2011, p. 434.

Para o autor supracitado, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito.⁷⁹

Assim, tal como a garantia do devido processo legal, o princípio da dignidade da pessoa humana cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo. Os direitos fundamentais relacionados à atuação processual e procedimental fundamentam-se no princípio da dignidade da pessoa humana, e a compreensão do processo como um fim em si mesmo e o homem como objeto desta finalidade agride a um só tempo direitos fundamentais relacionados à existência do processo, e também a dignidade humana.⁸⁰

Resume, em sua tese, que em verdade, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie.⁸¹

Por fim, nessa mesma corrente, Luís Roberto Barroso assegura que os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculando, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. Resultando a configuração básica da organização do poder político. No qual, também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República e os princípios que a regem em suas relações internacionais.⁸²

2.2.4 Princípio da Presunção de Inocência

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de

⁷⁹ MENDES, 2011, p. 434.

⁸⁰ MENDES, 2011, p. 436.

⁸¹ MENDES, 2011, p. 437.

⁸² BARROSO, L. R. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 375.

inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando a proteção da liberdade pessoal.⁸³

Dessa forma, impõe-se a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de regressar ao total arbítrio estatal.⁸⁴

Tem-se que a presunção de inocência é uma presunção *juris tantum*, que exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa. Essa garantia já era prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26-8-1789, que determinava que todo acusado devia ser presumido inocente até ser declarado culpado.⁸⁵

O direito de ser presumido inocente consagrado constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, segundo Alexandre de Moraes, possui quatro funções básicas: limitação à atividade legislativa; critério condicionador das interpretações das normas vigentes; critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente); obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.⁸⁶

Assim, a presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda taxativamente a condenação, inexistindo as necessárias provas.⁸⁷

Argumenta ainda, o referido autor acima citado, que o princípio da presunção da inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do devido processo legal (*due process of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de prova pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório).⁸⁸

⁸³ MORAES, 2006, p. 393.

⁸⁴ MORAES, 2006, p. 393.

⁸⁵ MORAES, 2006, p. 393.

⁸⁶ MORAES, 2006, p. 393.

⁸⁷ MORAES, 2006, p. 393.

⁸⁸ MORAES, 2006, p. 393.

Assevera ainda, que a existência de interligação entre os princípios da presunção de inocência, juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório é, portanto, implantada ao estado Democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-ão obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, afim de obter-se uma decisão condenatória, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.⁸⁹

Enfim, conclui-se que tais princípios dão base de sustentação a aplicação à regra da vedação à pena de morte, devendo ser observados na questão referente à Lei do Abate de Aeronaves regulamentada pelo Decreto 5.144/2004, e, ainda, que a incidência destes princípios pode levar a se considerar o abate de uma aeronave na forma de sua regulamentação atual, uma forma concreta de pena de morte, o que feriria a ordem jurídica constitucional brasileira, conforme se verá no próximo capítulo.

⁸⁹ MORAES, 2006, p. 393.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE

Este capítulo tem como escopo tratar da inconstitucionalidade da Lei do Abate de Aeronaves, demonstrar que a referida lei desrespeita o sistema internacional de proteção aos direitos humanos e, por fim, analisar a possível pena de morte instituída através da conduta de quem abate uma aeronave e viola os preceitos constitucionais.

3.1 A LEGISLAÇÃO DO ABATE NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de adentrar-se ao tema proposto, faz-se necessário um breve levantamento histórico acerca da incorporação da legislação do abate no ordenamento jurídico brasileiro.⁹⁰

Observa-se que os programas que autorizam o abate de aeronaves civis apresentam como ponto de partida a concepção de guerra às drogas criada e difundida pelos EUA. Inobstante, justificavam-se para alguns países latino-americanos na necessidade de combater o narcotráfico como um problema associado às guerrilhas em atuação na Região Amazônica.⁹¹

A extensa trajetória da política de guerra às drogas ganhou desde 2003 um contorno mais incisivo. O cenário pós-11 de setembro permitiu a justificativa necessária para a ampliação da presença norte-americana na América Latina. O efeito imediato do maior controle do espaço aéreo consistiu no deslocamento das rotas aéreas para as regiões limítrofes na fronteira entre Brasil, Colômbia, Peru e Venezuela.⁹²

⁹⁰ BRASIL, Câmara dos Deputados, 2013, PL 1229/1995. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189346>, acesso em 18 de maio de 2013, paginação indeterminada.

⁹¹ FEITOSA, G. R., & PINHEIRO, J. A. 2012. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. *Scielo - Scientific Electronic Library Online*. Disponível em Scielo: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292012000100005&script=sci_arttext, acesso em 09 de maio de 2013, paginação indeterminada.

⁹² FEITOSA & Pinheiro, 2012, paginação indeterminada.

No Brasil, a justificativa oficial para a proposição da Lei do Abate encontra-se na exposição de motivos nº C-004/GM-3, de 03 de novembro de 1995. O projeto respaldava-se em normas internacionais e "na legitimidade do direito de exercer a soberania no espaço aéreo sobrejacente aos territórios dos Estados, bem como das respectivas áreas marítimas".⁹³

O então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 1.229/95, cujo trâmite previa, preliminarmente, a aprovação pelas Comissões de Defesa Nacional, de Constituição e Justiça e de Viação e Transportes.⁹⁴

Após o envio do projeto de lei, o deputado Domingos Dutra apresentou proposta de emenda modificativa justificando que a destruição de aeronave, em tempos de paz, trata-se de ato gravíssimo e, portanto, deveria ser tomada apenas pela mais alta autoridade brasileira, o Presidente da República, em razão da defesa da soberania. A emenda oferecida pelo parlamentar limitaria a competência para a ordem de tiro exclusivamente ao Presidente da República, sem possibilidade de delegação.⁹⁵

Já o deputado José Genuíno apresentou um substitutivo que serviu de base para a redação final da Lei do Abate. No qual atribuía ao Presidente da República a competência para dar a ordem final de destruição, porém previa a possibilidade de delegação dessa responsabilidade para outra autoridade. A autorização para o abate de aeronave poderia ocorrer, em tese, mediante manifestação de qualquer autoridade designada pelo chefe do Poder Executivo Federal.⁹⁶

Mesmo havendo uma pendência de pareceres nas Comissões de Constituição e Justiça e de Viação e Transportes, o projeto de lei tramitou em regime de urgência e seguiu para discussão no plenário da Câmara dos Deputados.⁹⁷

Novamente o então deputado José Genoíno, sustentando a constitucionalidade do dispositivo, ofereceu parecer favorável ao projeto. Argumentou em seu texto que a proposta final restabelecia o princípio da autoridade civil uma vez que todas as

⁹³ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

⁹⁴ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

⁹⁵ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

⁹⁶ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

⁹⁷ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

salvaguardas foram asseguradas para que a decisão da destruição da aeronave não ficasse sujeita a uma autoridade militar local.⁹⁸

Em meio ao debates no plenário da Câmara, alguns temperamentos alteraram-se, principalmente, com o pronunciamento do deputado Fernando Gabeira que se mostrou radicalmente contra a proposta apresentada, conforme se observa na transcrição abaixo:⁹⁹

Mandava a sensatez que eu não viesse mais à tribuna falar sobre o tema, mas estou vendo tanto a esquerda brasileira, tão imbuída de seus princípios humanitários, como a direita brasileira, tão imbuída dos seus princípios de livre comércio, decretarem a pena de morte para contrabandistas e para traficantes de drogas a partir de uma análise perversa, oriunda dos Estados Unidos. Com o fim da Guerra Fria, os Estados Unidos declararam que a nova guerra seria contra a droga e determinaram que o papel do Brasil seria interceptar os aviões que saíssem da América Latina em direção àquele país. Na verdade, o Congresso brasileiro, incapaz de defender o nariz das crianças que cheiram cola no Brasil, mete-se agora numa aventura bélica, para defender o nariz dos norte-americanos que cheiram cocaína. [...] Neste momento, o Congresso brasileiro, pressionado pelos Estados Unidos, está prestes a votar uma proposição bélica, retrógrada, que vai nos jogar no período da Guerra Fria. Só que agora os adversários não são mais os comunistas; são os traficantes de drogas e os contrabandistas. Sabemos, pela nossa história, que os adversários inicialmente são o traficante de drogas e o contrabandista, mas, amanhã, podem ser outros, como os não-cooperativos. E os aviões serão derrubados.¹⁰⁰

Ao final, o projeto foi aprovado por maioria na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal na forma do regimento interno. No Senado Federal o projeto de lei tramitou sem demais controvérsias, passando pela Comissão de Relações Exteriores e pela Comissão de Constituição e Justiça, sendo finalmente sancionado em 05 de março de 1998.¹⁰¹

Porém, o governo brasileiro não mostrava qualquer empenho para pôr em prática a Lei do Abate e adiava indefinidamente a regulamentação da matéria. A época, enquanto exercia a função de Secretário Nacional Antidrogas, Walter Maierovitch reuniu-se com o então Presidente Fernando Henrique Cardoso e o

⁹⁸ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

⁹⁹ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

¹⁰⁰ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

¹⁰¹ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

alertou sobre a consequência prática da nova lei. Para o secretário, haveria a introdução da pena de morte no Brasil.¹⁰²

A hipótese da derrubada de uma aeronave implica sérias dificuldades para enquadrar a nova lei numa análise constitucional ou ainda no campo do direito internacional aplicável à aviação. Nas duas áreas, a discussão levaria quase inevitavelmente à rejeição da possibilidade do abate, especialmente por não se poder aplicar um modelo de guerra para o combate ao crime em tempos de paz.¹⁰³

Inobstante toda a controvérsia, em 2004 o então Presidente Lula regulamentou a Lei do Abate de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes em 16 de julho de 2004, ficando sua vigência postergada para 90 dias após a publicação do Decreto nº 5.144, o que se deu a partir do dia 17 de outubro de 2004.¹⁰⁴

3.2 A LEI DO ABATE E SUA REGULAMENTAÇÃO MEDIANTE O DECRETO 5.144 DE 16 DE JULHO DE 2004

Inicialmente, foi a Lei nº 9.614/98 que modificou o artigo 303 da Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), o qual trata das hipóteses de detenção, interdição e apreensão de aeronave por autoridade aeronáutica. A referida modificação consistiu na introdução do § 2º, na Lei nº 7.565/86, renumerando-se o atual §2º como §3º, assim, ficando o § 2º com a seguinte redação: ¹⁰⁵

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (Incluído pela Lei nº 9.614, de 1998) (Regulamento) ¹⁰⁶

¹⁰² FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

¹⁰³ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

¹⁰⁴ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

¹⁰⁵ FREITAS, R. d. *Ministério Público da União*, 2013. Disponível em:

<http://www.mpm.gov.br/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/revista-do-mpm/revista%2020.pdf>, acesso em 08 de maio de 2013, paginação indeterminada.

¹⁰⁶ BRASIL, Lei nº 9.614, de 05 de março de 1998. Brasília: 177º da Independência e 110º da República, Brasil, paginação indeterminada.

Então, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), mais precisamente, seu artigo 303 acima mencionado, foi modificado pela Lei nº 9.614/98 para autorizar a destruição de aeronave classificada como hostil ao território brasileiro, transcrito a seguir:¹⁰⁷

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

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

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

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

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

V - para averiguação de ilícito.

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

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (Incluído pela Lei nº 9.614, de 1998) (Regulamento)

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. (Renumerado do § 2º para § 3º com nova redação pela Lei nº 9.614, de 1998).¹⁰⁸

Percebe-se que o § 2º então inserido no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) é expresso ao autorizar a realização da medida de destruição de aeronaves classificadas como hostis.

Após essa inserção, sobreveio o Decreto nº 5.144 de 16 de julho de 2004 para regulamentar além do § 2º acima citado, também os §§ 1º e 3º do artigo 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86), ficando então regulamentada a medida do tiro de destruição em face de uma aeronave classificada como hostil ao território brasileiro.

¹⁰⁷ FREITAS, 2013, paginação indeterminada.

¹⁰⁸ BRASIL, Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Brasília, 165º da Independência e 98º da República, Brasil, paginação indeterminada.

O Decreto nº 5.144 de 16 de julho de 2004 supracitado estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, conforme mostra-se abaixo:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos §§ 1o, 2o e 3o do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, DECRETA:

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

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

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

II - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação, ou não cumprir determinações destes mesmos órgãos, se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.¹⁰⁹

Nota-se que o mero ingresso de uma aeronave no espaço aéreo brasileiro sem um plano de vôo aprovado ou simplesmente por ser oriunda de regiões reconhecidas como fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas, é considerada aeronave suspeita ficando sujeita a medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, quais sejam:

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

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

§ 2º As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique

¹⁰⁹ BRASIL, Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Brasília, 16 de julho de 2004; 183º da Independência e 116º da República, Brasil, paginação indeterminada.

sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§ 3º As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.¹¹⁰

Caso o piloto da aeronave suspeita não atenda os procedimentos coercitivos descritos acima, estará sujeito à medida de destruição, conforme o artigo 4º transcrito abaixo:

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição.¹¹¹

O artigo 5º a seguir, determina que a medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave interceptada:

Art. 5º A medida de destruição consiste no disparo de tiros, feitos pela aeronave de interceptação, com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.¹¹²

Porém, o disparo feito pela aeronave que tem o objetivo de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave suspeita e classificada como hostil, mesmo que com a idéia de impedir o prosseguimento do seu vôo, estará consequentemente matando as pessoas que estiverem em seu interior.¹¹³

Já o artigo 6º estipula as condições a serem obedecidas para a tomada da medida de destruição:

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

¹¹⁰ BRASIL, Decreto nº 5.144, 2004, paginação indeterminada.

¹¹¹ BRASIL, Decreto nº 5.144, 2004, paginação indeterminada.

¹¹² BRASIL, Decreto nº 5.144, 2004, paginação indeterminada.

¹¹³ FEITOSA & PINHEIRO, 2012, paginação indeterminada.

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

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

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

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

V - autorização do Presidente da República ou da autoridade por ele delegada.¹¹⁴

Ao seu final, o artigo 8º trata da responsabilidade da autoridade que agir com excesso ou abuso de poder:

Art. 8º As autoridades responsáveis pelos procedimentos relativos à execução da medida de destruição responderão, cada qual nos limites de suas atribuições, pelos seus atos, quando agirem com excesso ou abuso de poder.¹¹⁵

O Decreto nº 5.144/2004 supramencionado estabelece normas de defesa em face de aeronaves hostis ou consideradas suspeitas de tráfico de entorpecentes e tem como objetivo, a fiscalização do espaço aéreo brasileiro e a repressão de atos definidos como ilícitos.

De acordo com o artigo 2º do Decreto 5.144/2004 que regulamentou o tiro de destruição, para que uma aeronave seja considerada suspeita de tráfico de entorpecentes, basta introduzir-se no território nacional sem plano de vôo provado ou omitir aos órgãos de controle informações de identificação se estiver cumprindo rota presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas. Desta forma, para que a aeronave seja interceptada e até mesmo destruída em vôo, basta uma mera presunção de que esteja envolvida com a atividade do narcotráfico.¹¹⁶

De tal arte, ao se viabilizar disparos à aeronave “hostil” com o escopo de que se obste o prosseguimento de seu vôo, deveras plausível a assunção do risco de

¹¹⁴ BRASIL, Decreto nº 5.144, 2004, paginação indeterminada.

¹¹⁵ BRASIL, Decreto nº 5.144, 2004, paginação indeterminada.

¹¹⁶ PEDRO, F. A. A inconstitucionalidade da “lei do tiro de destruição,” 2013. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1781.htm>, acesso em 09 de maio de 2013, paginação indeterminada.

eventual morte do piloto, dos tripulantes que embarcaram a bordo daquele aeromotor e, quem sabe, das pessoas que estejam localizadas no perímetro em que a aeronave possa cair.¹¹⁷

Nota-se, daí, a existência, inconstitucional, de pena de morte, adversa daquela única hipótese prevista na Constituição Federal de 1988 e distinta dos moldes estabelecidos no Código Penal Militar.¹¹⁸

Conclui-se que, a permissão legal da derrubada de aviões suspeitos não deixa de ser uma autorização da pena de morte como sanção penal, contrariando visivelmente uma proibição constitucional.¹¹⁹

3.3 O ABATE DE AERONAVES E A VIOLAÇÃO AO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

Após a abordagem já construída referente à legislação do abate no ordenamento jurídico brasileiro e sua regulamentação mediante o Decreto 5.144/04, pretende-se agora, no presente tópico, expor de que forma a Lei do Abate viola o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos e, também, de que maneira ela fere frontalmente preceitos constitucionais.

O artigo 27, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969, que trata da suspensão de garantias, não autoriza a suspensão do direito à vida, do direito à integridade pessoal e nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos em caso de perigo público.

Segundo Flávia Piovesan, a Carta da República brasileira foi moldada a partir de um documento normativo histórico *GrundGesetz* de 1949, no qual, segundo a

¹¹⁷ PEDROSO, F. G. 2009. A (In)Constitucionalidade do decreto que permite o abate de aeronaves. *Magister de Direito Penal e Processual Penal* Nº 32 , p. 85.

¹¹⁸ PEDROSO, 2009, p. 86.

¹¹⁹ SALDANHA, P. L. 2012. É inconstitucional a norma que permite o abate de aeronaves. Disponível em: http://www.pacificosaldanha.com.br/artigos/art_inconstitucional.pdf, acesso em 03 de set de 2012, paginação indeterminada.

quase totalidade da doutrina, deu-se a positivação do Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, como característica permanente ao ser humano e sua racionalidade.¹²⁰

Para ela, o artigo de entrada da Lei Fundamental normaliza o princípio superior, incondicional e, na maneira da sua realização, indisponível, dá ordem constitucional: a inviolabilidade da dignidade do homem e a obrigação de todo poder estatal, de respeitá-la e protegê-la.¹²¹

Também sobre o presente tema, o Ministro Celso de Mello na ADI 293 que tratava de reedição de medida provisória, afirma que todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica, dos Tribunais especialmente, porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste, enquanto for respeitada, constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos.¹²²

Na visão da já mencionada autora Flávia Piovesan, os tratados internacionais de direitos humanos têm como fonte um campo do Direito extremamente recente, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, que é o Direito pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos pelo nazismo.¹²³

Defende ainda que, tendo em vista o tormento da Segunda Guerra Mundial, despontou-se a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.¹²⁴

Assim, em 1948 foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração que consolidou a afirmação de uma ética universal, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados.¹²⁵

¹²⁰ PIOVESAN, 2003, p. 391.

¹²¹ PIOVESAN, 2003, p. 391.

¹²² BRASIL, *ADIn 293-7/600, RT 700:221 - Supremo Tribunal Federal*, 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916>, acesso em 12 jan de 2013, paginação indeterminada.

¹²³ PIOVESAN, 2003, p. 30.

¹²⁴ PIOVESAN, 2003, p. 30.

Em sua obra, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Fabio Konder Comparato, salienta também que após a Segunda Guerra Mundial, é que foi escrita a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecendo os valores humanos. Na qual, tal Declaração, representou a manifestação histórica de que se formara, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I.¹²⁶

Comenta ainda que, em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais de direitos humanos, que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de 1948: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.¹²⁷

Sobrevindo a estes, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1969, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica em 22 de novembro de 1969, reproduziu a maior parte das declarações de direitos constantes do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.¹²⁸

Anexo a Convenção, surgiu o Protocolo de 1990, que foi o acordo sobre a abolição da pena de morte, obtido na Conferência Interamericana de Assunção, com o advento do Protocolo de 1990, os Estados Americanos que o adotaram ficaram proibidos, em qualquer hipótese, de aplicar a pena capital.¹²⁹

Então, a partir da Constituição de 1988, é que foram ratificados pelo Brasil, dentre outros, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 1996, o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 2002.

Esses Tratados Internacionais que contemplam direitos e garantias fundamentais, aos quais o Brasil aderiu, estão sendo desrespeitados, podendo levar o país a responder perante Cortes Internacionais pela violação dos compromissos

¹²⁵ PIOVESAN, 2003, p. 32, 33.

¹²⁶ COMPARATO, 2010, p. 238.

¹²⁷ COMPARATO, 2010, p. 291.

¹²⁸ COMPARATO, 2010, p. 379.

¹²⁹ COMPARATO, 2010, p. 380.

internacionais assumidos, caso venha a abater uma aeronave considerada suspeita, ocasionando a morte de seus tripulantes.¹³⁰

Um Estado quando ratifica uma convenção internacional de direitos humanos, adquire responsabilidades e obrigações em decorrência desse acordo, como por exemplo, ter que promover e proteger os direitos humanos previstos na convenção, adaptar e ou alterar sua legislação interna para implementar esses direitos e apresentar relatórios periódicos sobre o progresso dessas implementações.¹³¹

Percebe-se que a manutenção no ordenamento jurídico brasileiro do Decreto nº 5.144/04, isoladamente ou em conjunto com o ato efetivo da execução da medida de destruição de uma aeronave, fere a convenção de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil, podendo o país responder internacionalmente por tais infrações praticadas e, por consequência, sofrer sanções e ser obrigado a reparar o ilícito cometido, devido ao compromisso assumido através da ratificação de acordos e pactos internacionais de Direitos Humanos.¹³²

Como forma de solução para este problema, existe a possibilidade de serem feitas denúncias entre Estados ou comunicações individuais dirigidas ao Comitê de Direitos Humanos, informando a violação praticada pelo Estado ou sofrida pelo indivíduo. No caso do Brasil, por ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, poderá, se esgotados os recursos internos e cumpridos todos os requisitos, o caso chegar a Corte Interamericana de Direitos Humanos para ser resolvido.¹³³

Outra forma de solução, esta, porém preventiva, seria se o Brasil aprimorasse as relações diplomáticas com os países vizinhos visando à assinatura de Tratados de cooperação para interceptação de aeronaves suspeitas, possibilitando assim, sua

¹³⁰ GONÇALVES, M. D. *A Lei nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado*, 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373, acesso em 19 de maio de 2013, paginação indeterminada.

¹³¹ BRASIL, DIREITOS HUMANOS *na internet*, 2013. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c16.htm>, acesso em 19 de maio de 2013, paginação indeterminada.

¹³² BRASIL, DIREITOS HUMANOS, 2013, paginação indeterminada.

¹³³ BRASIL, DIREITOS HUMANOS, 2013, paginação indeterminada.

perseguição até mesmo quando cruzassem a fronteira. Dessa forma a captura de seus tripulantes seria possível quando a aeronave aterrissasse.¹³⁴

Deter os tripulantes de uma aeronave suspeita sem derrubá-la é a forma mais humana e inteligente de agir, pois, além de poupar vidas, torna-se possível a utilização dos meios legais previstos para o julgamento destes indivíduos.¹³⁵

Já no plano jurídico interno, a Constituição de 1988, em seu artigo 84, inciso VIII, determina que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Por sua vez, o artigo 49, inciso I da mesma Carta, prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. Consagra-se, assim, a colaboração entre Executivo e Legislativo na conclusão de tratados internacionais. Logo, os tratados internacionais demandam, para seu aperfeiçoamento, um ato complexo onde se integram a vontade do Presidente da República, que os celebra, e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo.¹³⁶

De todo modo, considerando o processo de formação dos tratados e reiterando a concepção de que apresentam força jurídica obrigatória e vinculante, resta frisar que a violação de um tratado implica em violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento de tais deveres implica, portanto, em responsabilização internacional do Estado violador.¹³⁷

A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na 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” (art. 5º, §2º).¹³⁸

A Constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e

¹³⁴ GONÇALVES, 2013, paginação indeterminada.

¹³⁵ GONÇALVES, 2013, paginação indeterminada.

¹³⁶ PIOVESAN, 2002, p. 72.

¹³⁷ PIOVESAN, 2002, p. 74.

¹³⁸ PIOVESAN, 2002, p. 75.

completam o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender que a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.¹³⁹

Como ressalta Flávia Piovesan, o valor da dignidade humana, elevado a princípio fundamental da Carta Maior, nos termos do art. 1º, III, impõem-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988.¹⁴⁰

Ademais, sobre a abrangência dos direitos e garantias fundamentais, conforme leciona Pedro Lenza, referindo que o artigo 5º, *caput*, da CF/88 estabelece que 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 a propriedade, nos termos dos seus 78 incisos e parágrafos. Trata-se de um rol meramente exemplificativo, na medida em que os direitos e garantias expressos na 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 (§2º).¹⁴¹

Porém, o *caput* do artigo 5º faz referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados) e estrangeiros residentes no País. Contudo, a estes destinatários expressos, a doutrina e o STF vêm acrescentando, mediante interpretação sistemática, os estrangeiros não residentes, os apátridas e as pessoas jurídicas.¹⁴²

Conforme Gilmar Mendes, o *caput* do artigo 5º reconhece os direitos fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. A norma suscita a questão de saber se os estrangeiros não residentes teriam a titularidade de todos os direitos fundamentais.¹⁴³

Para ele, a declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem –

¹³⁹ PIOVESAN, 2002, p. 81.

¹⁴⁰ PIOVESAN, 2003, p. 44.

¹⁴¹ LENZA, 2012, p. 963.

¹⁴² LENZA, 2012, p. 963.

¹⁴³ MENDES, 2011, p. 196.

princípio que o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade.¹⁴⁴

Inobstante isso, em relação à Supremacia da Constituição Federal, Gilmar Mendes afirma que o conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se a condição de obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.¹⁴⁵

Nota-se, portanto, que o sistema jurídico brasileiro atribui aos princípios constitucionais uma maior importância na interpretação de direitos, com reconhecimento de sua força normativa. Eles estão deixando de ser uma fonte subsidiária para transformar-se em ponto gerador de todas as normas; ou seja, todas as normas devem possuir uma identificação com os princípios constitucionais, só adquirindo validade se não forem contrária aos mesmos.¹⁴⁶

Como a jurisdição implica na exegese constitucional da lei, o julgador deverá submeter à lei à Carta Política e colocar em posição de efetiva superioridade os princípios fundamentais legitimadores de sua aplicação no caso concreto.¹⁴⁷

Ainda, faz-se necessário a compreensão da lei à luz dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. A interpretação da lei deve ser calcada na Constituição Federal.¹⁴⁸

Para atingir o grau de excelência, o Estado passa, não só pelo reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, mas também pela aplicação e vivificação desses direitos.¹⁴⁹

¹⁴⁴ MENDES, 2011, p. 196.

¹⁴⁵ MENDES, 2011, p. 123.

¹⁴⁶ ANDRADE, T. d. O papel do judiciário na aplicação dos princípios constitucionais, 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7964, acesso em 13 de maio de 2013, paginação indeterminada.

¹⁴⁷ ANDRADE, 2013, paginação indeterminada.

¹⁴⁸ ANDRADE, 2013, paginação indeterminada.

¹⁴⁹ ANDRADE, 2013, paginação indeterminada.

Caso não haja efetividade, os direitos fundamentais são reduzidos a meras explicitações políticas e morais, esvaziados de qualquer utilidade, sendo a Constituição que os resguarda tornada letra morta, inserindo-se num plano irreal e utópico.¹⁵⁰

Diante dessa perspectiva, o Judiciário, ao desempenhar sua função de intérprete e criador de normas no caso concreto, deve ter atuação combativa na guarda dos princípios constitucionais, sobretudo quando verificar inércia ou atuação do Legislativo, Executivo ou mesmo de um particular capaz de inviabilizar o exercício de um direito fundamental.¹⁵¹

Na estrutura jurídica brasileira, não há norma jurídica que tenha primazia sobre a Constituição Federal. E neste contexto, todas as normas que não atendam aos princípios e determinações que emanam da Constituição Federal, devem ser consideradas inconstitucionais e inaplicáveis.¹⁵²

O Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, que autorizou que a Força Aérea Brasileira tenha autorização para abater aeronaves consideradas suspeitas e hostis fere e viola frontalmente os preceitos constitucionais previstos no artigo 5º, da Constituição Federal, bem como também todas as Convenções e Tratados de direitos humanos em que o Brasil é signatário.¹⁵³

Em verdade, este Decreto nº 5.144/04 que autoriza o tiro de destruição, não está em consonância com a Lei Maior, pois não possibilita aos tripulantes da aeronave o exercício de qualquer direito. A aeronave pode ser danificada ou destruída e ceifadas todas as vidas a bordo, porque ao se abater esta aeronave, a probabilidade de sobreviventes é remota, portanto a execução do tiro de destruição não deixa de ser uma sentença de morte.¹⁵⁴

A importância da vida humana é amplamente reconhecida seja pelas manifestações sociais, seja pela proteção que recebe no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Penal Brasileiro reserva a punição mais severa para quem atentar contra a vida de outrem. A Constituição Federal Brasileira fez inserir

¹⁵⁰ ANDRADE, 2013, paginação indeterminada.

¹⁵¹ ANDRADE, 2013, paginação indeterminada.

¹⁵² PEDRO, 2013, paginação indeterminada.

¹⁵³ PEDRO, 2013, paginação indeterminada.

¹⁵⁴ PEDRO, 2013, paginação indeterminada.

comando dentro das chamadas normas pétreas, proibindo a aplicação da pena de morte no Brasil em tempos de paz.¹⁵⁵

Desta forma, partindo-se da premissa que o país encontra-se em tempos de paz, a pena capital não pode ser utilizada. Nenhuma norma infraconstitucional tem o poder de tornar válido tal ato, sequer uma emenda constitucional pode dar validade ao instituto, isto porque a proibição da pena de morte é uma cláusula pétreia, conforme o artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal.¹⁵⁶

Art. 60 § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...] IV - os direitos e garantias individuais.¹⁵⁷

Por fim, como meio de solução para o problema apresentado nesta pesquisa, mostra-se possível o ajuizamento de ação denominada Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), regulamentada pela Lei 9.868/99.¹⁵⁸

Este instrumento utilizado no controle direto de constitucionalidade tem fundamento na alínea “a”, inciso I, do artigo 102 da Constituição Federal, o qual determina que podem ser impugnados por meio de ação direta de inconstitucionalidade, leis ou atos normativos federais ou estaduais. Ainda, o mesmo artigo 102, da Lei Magna, prevê a competência do Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade.¹⁵⁹

Já o artigo 103, da Constituição Federal, estabelece os legitimados para a propositura desta ação, quais sejam: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou o Governador do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no

¹⁵⁵ PEDRO, 2013, paginação indeterminada.

¹⁵⁶ PEDRO, 2013, paginação indeterminada.

¹⁵⁷ BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, paginação indeterminada.

¹⁵⁸ BRASIL., Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.* Brasília, Distrito Federal, Brasil, paginação indeterminada.

¹⁵⁹ BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, paginação indeterminada.

Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme previsto no artigo 103, da Constituição Federal.¹⁶⁰

Ainda, cumpre dizer que, um dos possíveis resultados da Ação Direta de Inconstitucionalidade, é a declaração de que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contrária a Constituição Federal, possuindo esta decisão, eficácia genérica, válida contra todos, obrigatória e com efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.¹⁶¹

Esta decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal passa a surtir efeitos imediatamente, salvo disposição em contrário do próprio tribunal. Quando a segurança jurídica ou excepcional interesse social estiverem em jogo, o STF poderá restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou em outro momento fixado.¹⁶²

Diante do exposto, tendo em vista o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de leis ou atos normativos federais ou estaduais que não se encontram em consonância com a Constituição Federal, entende-se, então, que o § 2º, da Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98), que autoriza a tomada da medida do tiro de destruição contra aeronave considerada hostil, pode ser objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Na qual o STF poderá declarar a existência de inconstitucionalidade no dispositivo em questão, retirando a validade da norma e oficiando ao Congresso Nacional para que, mediante resolução, retire a norma do ordenamento jurídico, abrindo-se caminho para que o legislador discuta outra alternativa de regulamentação em conformidade com os princípios constitucionais e com as garantias aos direitos humanos trazidas pelos tratados internacionais que o Brasil é signatário.

¹⁶⁰ BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, paginação indeterminada.

¹⁶¹ BRASIL, Glossário Jurídico - Ação Direta de Inconstitucionalidade, *Supremo Tribunal Federal*, 2013.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>, acesso em 21 de maio de 2013, paginação indeterminada.

¹⁶² BRASIL, Glossário Jurídico - Ação Direta de Inconstitucionalidade, paginação indeterminada.

4 CONCLUSÃO

O tema principal deste trabalho acadêmico foi a inconstitucionalidade da Lei do Abate de Aeronaves regulamentada pelo Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004 e a ofensa ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Como visto na presente pesquisa, foi feito uma análise acerca da possível inconstitucionalidade da Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98), regulamentada pelo Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Na qual, analisou-se, mais especificamente, o §2º artigo 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86).

O estudo também fez uma análise dos tratados e convenções internacionais que dão sustentação ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, no qual foi observado o reconhecimento do direito à vida como uma garantia constitucional que impede a pena de morte no Brasil, examinou-se ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana como um preceito fundamental relacionado ao valor moral e espiritual inerente ao ser humano.

Apresentou-se no trabalho em tela, um estudo sobre o caso de violação do direito a vida, no qual foi visto o devido processo legal em âmbito material, como meio de proteção ao direito de liberdade do indivíduo. Ainda, outro ponto estudado foi o princípio da presunção de inocência, como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, como garantia processual penal.

Foi feito um exame a fim de verificar se o § 2º do artigo 303, da Lei do Abate de Aeronaves seria inconstitucional, sobretudo observando se a medida de destruição de uma aeronave, ao ser aplicada, violaria o sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Discorreu-se, também, sobre a hipótese de pena de morte imposta aos tripulantes de uma aeronave abatida e, se esta espécie de pena, violaria também preceitos constitucionais.

Após, a pesquisa adentrou-se no assunto referente à proteção da vida e as restrições à pena de morte, cuidando, tanto em âmbito nacional como internacional, dos princípios e garantias constitucionais que buscam proteger os direitos fundamentais do ser humano, examinou em especial o sistema internacional de

proteção aos direitos humanos, as garantias constitucionais da vedação à pena da morte, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, o devido processo legal e a presunção de inocência.

No tocante ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos, apontou-se a evolução histórica, em âmbito nacional e internacional desse sistema, bem como a implementação do Direito Internacional de Proteção dos Direitos Humanos pelo direito brasileiro. Ainda, observado foi, a responsabilidade do Estado Parte no cumprimento das obrigações pactuadas pelos tratados ratificados e as devidas sanções em caso de descumprimento.

Afirmou-se que as garantias constitucionais explícitas que asseguram e prevêm a vedação à pena de morte decorrem da concretização dos princípios mais importantes da ordem jurídica constitucional, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o princípio do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência. Observou-se que a incidência destes princípios pela Lei do Abate de Aeronaves, na forma de sua regulamentação atual, fere a ordem jurídica constitucional brasileira e todos estes princípios acima citados.

Por conseguinte, tratou-se da inconstitucionalidade da Lei do Abate de Aeronaves, revelando que a Lei nº 9.614/98 (Lei do Abate) desrespeita o sistema internacional de proteção aos direitos humanos, bem como também, institui espécie de pena de morte através da conduta de quem abate uma aeronave e viola preceitos constitucionais.

Mostrou-se também, de que forma a Lei do Abate de Aeronaves viola o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos e, de que maneira ela fere frontalmente preceitos constitucionais.

Por fim, como possível forma de solucionar o problema colocado, salientou-se o cabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do § 2º, da Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98).

Diante do exposto, constatou-se que o § 2º inserido no artigo 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) através da Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98), viola preceitos constitucionais, desrespeita o sistema internacional

de proteção aos direitos humanos e institui espécie de pena de morte - não prevista no ordenamento jurídico brasileiro - aos tripulantes da aeronave abatida.

Percebeu-se ainda, que devido ao disposto na Lei do Abate de Aeronaves, o Brasil pode ser responsabilizado internacionalmente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por não estar cumprindo pacto internacional ratificado, bem como até, estar sujeito a sanções por este descumprimento. Entendeu-se também, que o § 2º, da Lei do Abate de Aeronaves (Lei nº 9.614/98), que autoriza a tomada da medida do tiro de destruição contra aeronave considerada hostil, por não estar em consonância com a Constituição Federal pode ser objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Já sob o aspecto das dificuldades enfrentadas na construção da presente pesquisa, como ela tratou de um tema novo e atual, não se encontrou muito material acerca do assunto, bem como também, ainda não existem jurisprudências do caso.

Nesta pesquisa, não se teve a intenção de exaurir todo o assunto pesquisado, necessitando ainda mais estudos e pesquisas referentes à matéria, que poderão ser desenvolvidas na sequência dos estudos em sede de uma eventual pós-graduação.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, T. d. *Site da Âmbito Jurídico*. Acesso em 13 de maio de 2013, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7964.

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

BARROSO, L. R. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, L. R. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BERTELLI, L. G. *Direito à vida: fundamental dos direitos humanos*. *Revista do Instituto dos advogados de São Paulo*, 2010.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *ADIn 293-7/600, RT 700:221 - Supremo Tribunal Federal*, 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=916>, acesso em 12 de janeiro de 2013.

BRASIL. *Câmara dos Deputados*. Disponível em Site da Câmara dos Deputados: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=189346>, acesso em 18 de maio de 2013.

BRASIL. Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Brasília, 183º da Independência e 116º da República, 2004.

BRASIL. Lei nº 7.565 de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm, acesso em 06 de novembro de 2012

BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Brasília, Distrito Federal, Brasil, 1999.

BRASIL. Lei nº 9.614, de 05 de março de 1998, Brasília, 177º da Independência e 110º da República, 1998.

BRASIL. Glossário Jurídico - Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=124>, acesso em 21 de maio de 2013.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, *Portal do Planalto*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 13 de maio de 2013.

TRINDADE, A. A. C. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica / Brasília: MARS Editores S.A, 1996.

CASTILHO, R. *Direitos Humanos: processo histórico - evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, DIREITOS HUMANOS na Internet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c16.htm>, acesso em 19 de maio de 2013.

FEITOSA, G. R., & PINHEIRO, J. A. 2012. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. *Scielo - Scientific Eletronic Library Online*. Disponível em Scielo: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73292012000100005&script=sci_arttext, acesso em 09 de maio de 2013.

FREITAS, R. d. *Ministério Público da União*. Disponível em Ministério Público Militar: <http://www.mpm.gov.br/mpm/servicos/assessoria-de-comunicacao/revista-do-mpm/revista%2020.pdf>, acesso em 08 de maio de 2013.

GOMES, L. F. *Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes*, 2009. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20091026164357526&mode=print, acesso em 27 de agosto de 2012.

GONÇALVES, M. D. *A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373, acesso em 19 de maio de 2013.

LEITE, A. S. *Impossibilidade constitucional de implantação da pena de morte no Brasil para os crimes comuns*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12002, acesso em 11 de janeiro de 2013.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado 16.^a edição*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, F. L. *O devido processo legal (due process of law). Aspectos relevantes*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8634, acesso em 18 de abril de 2013.

MARQUES, J. B. *Reflexões sobre a pena de morte*. São Paulo: Cortez, 1993.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, G. F. *Curso de Direito Constitucional, 6^o edição*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, A. d. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, A. d. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. _____. *Direito Constitucional, 27^a edição*. São Paulo: Atlas S/A, 2011.

PEDRO, F. A. *Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial*. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1781.htm>, acesso em 13 de maio de 2013.

PEDROSO, F. G. A (In)Constitucionalidade do decreto que permite o abate de aeronaves. *Magister de Direito Penal e Processual Penal Nº 32*, 2009.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, F. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SALDANHA, P. L. *É inconstitucional a norma que permite o abate de aeronaves*. Disponível em: http://www.pacificosaldanha.com.br/artigos/art_inconstitucional.pdf, acesso em 03 set de 2012.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.