

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE

Diego Alceu Farinon

Presidente Prudente/SP

2012

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE

Diego Alceu Farinon

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Jefferson Fernandes Negri.

Presidente Prudente
2012

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO ABATE

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

Prof. Jefferson Fernandes Negri

Prof. Rodrigo Lemos Arteiro

Prof. Dr. José Roberto Fernandes Castilho

Presidente Prudente, 25 de maio de 2012

Toda a história do progresso humano foi uma série de transições através das quais costumes e instituições, umas após outras, foram deixando de ser consideradas necessárias à existência social e passaram para a categoria de

injustiças universamente
condenadas.

John Stuart Mill

**Dedico este trabalho aos meus pais e à minha
irmã, por quem tenho amor incondicional.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que me compartilharam o conhecimento e opinião para a elaboração deste trabalho. Em especial aos professores das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, ao professor Jefferson Fernandes Negri, meu orientador, bem como ao Doutor José Roberto Fernandes Castilho, ilustre professor de direito e procurador do Estado de São Paulo.

RESUMO

Este trabalho traçará uma noção da Teoria Geral do Estado e explicará, embora de forma concisa, como funciona a lei do abate, que se refere à destruição, devidamente autorizada, de aeronaves pelo governo, consideradas, por lei, hostis, quando adentrem no território nacional. A explicação será concisa, porque o funcionamento da lei do abate não constitui objeto principal do trabalho, mas sim a sua legitimidade perante o ordenamento jurídico brasileiro. A explicação do funcionamento da referida lei será feita para depois discuti-la nos seus aspectos polêmicos que basicamente se resume na constitucionalidade ou não da lei do abate em função do conflito de interesses que ocorre com a legalização da medida de destruição de uma aeronave pela Força Aérea Brasileira.

Palavras-chave: Destruição. Aeronave. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This paper will outline a concept of the General Theory of State and explain, though concisely, how the "Law of slaughter", which refers to the destruction, duly authorized by government aircraft, regarded by law, hostile, when step into on national territory. The explanation will be brief, because the functioning of the "Law of Slaughter" is not the main object of work, but its legitimacy in the Brazilian legal system. The explanation of the workings of that law is made and then discuss it in its controversial aspects which basically boils down to the constitutionality of the law to slaughter by the conflict of interest that occurs with the legalization of the extent of destruction of an aircraft by force Brazilian Air.

Keywords: Destruction. Aircraft. Unconstitutional.

Sumário

1 INTRODUÇÃO	05
2 O ESPAÇO AÉREO COMO TERRITÓRIO DO ESTADO	07
2.1 Aspectos Da Teoria Geral Do Estado	07
2.1.1 Povo	08
2.1.2 Soberania	09
2.1.3 Finalidade	11
2.1.4 Território	11
2.2 O Princípio Da Impenetrabilidade VS. Razoabilidade	17
3 O CODIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA E A LEI DO ABATE	23
3.1 Compreensão Da Lei Do Abate	24
3.2 Análise Do Conflito Normativo	27
4 A LEI DO ABATE E O DIREITO À VIDA	30
5.1 Da Inconstitucionalidade Material	32
5 CONCLUSÃO	37
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	39

Lista de Quadros e Figuras

Quadro nº 01 - Microssistema Normativo da “lei do abate de Aeronaves”	24
Quadro nº 02 - Procedimentos para Destruição da Aeronave Hostil.....	26
Figura nº 01 - Rota do vôo KAL007	35

1 INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho será a Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998, intitulada Lei do Tiro de Destruição. Esta lei realiza ligeiras alterações no Código Brasileiro de Aeronáutica. Porém, são alterações que ocasionam grande repercussão no ordenamento jurídico nacional.

Para se poder examinar a inserção da lei do abate perante o ordenamento jurídico brasileiro, torna-se importante investigar o conceito de território como elemento constitutivo do Estado, portanto, será necessária a apresentação de um estudo sobre a Teoria Geral do Estado. O estudo dos elementos do Estado será objeto de análise logo no princípio.

Em seguida o estudo será aprofundado, discorrendo a respeito do espaço aéreo como território do Estado fazendo uma análise histórica no tocante ao início da exploração dos ares e sua natural consequência como necessidade de regulamentação.

Depois de esclarecido o elemento território, será feita uma introdução aos princípios da razoabilidade e da impenetrabilidade, pois são os princípios que farão parte dos argumentos pretendidos por este trabalho.

Nossa tese fundamentalmente se baseia no cotejo do poder soberano Estatal face ao *direito à vida*. Para se poder resolver esta questão é de suma importância estudar os postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Por derradeiro, após compreender a lei do abate e sua inserção no Código Brasileiro de Aeronáutica, o estudo será concluído levantando a questão da legalidade da lei do abate frente ao ordenamento jurídico constitucional, visto sob a perspectiva dos direitos humanos.

Serão usados todos os meios argumentativos necessários para que o trabalho consiga transmitir com clareza a ideia pretendida, demonstrando o interesse categórico pela justiça.

A presente pesquisa partiu de um extenso levantamento bibliográfico, haja vista que o tema é transversal, englobando o direito

internacional, o direito constitucional, os direitos humanos e o direito aeronáutico. Foram também levantados alguns casos da jurisprudência internacional porque o abate de aviões estrangeiros não é algo incomum, como se poderá ver na pesquisa.

Utilizou-se, especialmente, da análise indutiva e dedutiva porque se procurou inserir uma lei ordinária no quadro geral da legislação positiva brasileira. Assim, houve necessidade de se trabalhar com conceitos categóricos, como por exemplo, o direito à vida, e conceitos tópicos, como o “tiro de destruição”.

Com efeito, não se pode entender o direito senão dentro de um quadro de valores que considere o ser humano como fonte dos valores sociais. O direito efetivamente não é meramente um sistema de normas que se organizam internamente, como pretende o positivismo, mas uma criação social destinada a resolver com justiça os conflitos intersubjetivos.

2 O ESPAÇO AÉREO COMO TERRITÓRIO DO ESTADO

A análise do tema exige que se investigue, previamente, a natureza do espaço aéreo perante o Direito. Nos tópicos seguintes irá se propor a configuração da entidade estatal que é uma criação abstrata como as famílias ou as sociedades.

A pessoa jurídica estatal é um ente complexo composto por diferentes elementos, dentre os quais se insere o domínio aéreo também chamado de espaço aéreo, que sobrejuz ao domínio terrestre e ao mar territorial.

Em seguida, após discorrer sobre cada elemento do Estado, será apresentado o conceito de território esclarecendo qual seu papel como elemento do Estado e sua natural importância para discussão do tema em debate.

O espaço aéreo é território do Estado e extensão de sua soberania. Portanto, é objeto importantíssimo para o estudo de nosso tema, como será visto.

2.1 Aspectos da Teoria Geral do Estado

O Estado é um ente soberano de vez que ostenta a concentração das atribuições do governo que as exerce sobre e para determinado povo que reside em certo território.

Em regra criado pela vontade democrática do povo e administrado por meio de seus representantes, o Estado tem como finalidade proporcionar as condições necessárias ao desenvolvimento da vida em coletividade. Segundo José Afonso da Silva (2000, p. 101), o *Estado*:

É, na justa definição de Balladore Pallieri, uma *ordenação* que tem por *fim* específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado *território*, na qual a palavra *ordenação* expressa ideia de poder soberano, institucionalizado. O *Estado*, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um *poder* soberano de um *povo* situado num *território* com certas *finalidades*. E a *constituição*, como dissemos antes, é o

conjunto de normas que organizam estes elementos constitutivos do Estado: *povo, território, poder e fins*.

Desta caracterização percebe-se que o Estado é composto por elementos, dentre os quais quatro se mostram imprescindíveis para sua completa constituição: povo, soberania, finalidade e território.

Para melhor compreensão do significado de Estado, como sociedade política, é importante ressaltar o significado de cada um destes elementos começando pela definição de povo. O elemento território será estudado por último, por razões metodológicas.

2.1.1 Povo

Povo é um conceito político que exprime o conjunto de nacionais de certo Estado. O vínculo da pessoa física com o Estado chama-se *nacionalidade* que pode ocorrer com base em diferentes critérios.

No Brasil, a teor do que dispõe o art. 12, I, “a” da Constituição Federal, o critério prevalente para constituição de nacionalidade é o critério do *jus soli*, porém, pela leitura do mesmo artigo, outros critérios se conjugam a ele.

É importante esclarecer que o conceito político de povo não se confunde com o conceito estatístico de população. População é o agrupamento de pessoas em determinado lugar.

Povo é o conjunto de nacionais que se vincula ao poder político de um respectivo Estado. Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (1988, p. 123) ensinam:

O povo é, portanto, o elemento humano do Estado. Coincide com o conjunto dos seus nacionais. Todos aqueles que são tidos como seus integrantes são reconhecidos como nacionais do Estado. Surge daí o fato de em um determinado território haver necessariamente duas categorias de pessoas do ângulo da filiação ao Estado; ou se trata daqueles que estão integrados na sociedade política, denominando-se nacionais, portanto de pessoas que pertencem a outro Estado, mas encontram-se circunstancialmente sob a força do ordenamento jurídico deste em que se situam e, nessas condições, submetem-se fundamentalmente às leis desse mesmo Estado. Desfrutam também das garantias fundamentais, mas sofrem restrições sobretudo ao exercício de cargos políticos, ao

cumprimento de funções estatais e até mesmo de certas atividades econômicas conforme seja o caráter mais xenófobo ou mais aberto à iniciativa alienígena na comunidade estatal tratada.

Há uma diferença técnica entre população e povo. A população designa um conjunto de pessoas que se estabelecem sobre determinada área. Não se trata propriamente de conceito jurídico, mas de conceito estatístico ou demográfico.

Povo tem significado mais estrito e por sua vez possui sentidos diferentes, pois pode, por exemplo, ser analisado sob o prisma político como também sob o prisma jurídico.

Juridicamente, conforme Marcus Cláudio Acquaviva (2000, p.33), povo “é o conjunto de indivíduos qualificados pela *nacionalidade*. Nele não se incluem, já se vê, estrangeiros e apátridas”.

No entanto, sob o âmbito político, povo é “tido como o conjunto dos *cidadãos* do Estado, vinculado a idéia de *cidadania*” (2000, p.34). Isto é, trata-se daqueles que tem capacidade para votar.

Em outras palavras, povo sob o aspecto político trata-se da capacidade de exercer a cidadania. São os maiores de dezesseis anos de idade, salvo os estrangeiros e os conscritos, durante o serviço militar obrigatório (CF, art. 14, §§1º, II, c e 2º).

2.1.2 Soberania

O poder do Estado apresenta duas características básicas: é soberano na ordem interna e independente na ordem internacional. Isso significa que o poder político impõe-se perante as outras formas de poder, tais como o poder econômico e o poder ideológico, no campo interno.

No campo internacional significa que o poder do Estado não está submetido a outro Estado. O Estado soberano é independente no que tange as suas relações externas, nada obstante os tratados internacionais aos quais adere voluntariamente.

Soberania é a qualidade do Estado de exercer seu poder “livremente” no âmbito interno, bem como no âmbito externo, respeitadas as limitações naturalmente impostas pela sociedade internacional.

A soberania nada mais é que uma característica do próprio poder como elemento de reconhecimento pela comunidade internacional do caráter autônomo e independente de cada Estado.

O poder traduz-se em diversas atividades, tais como a atividade política, a administrativa, a jurisdicional, etc. Poder segundo José Afonso da Silva (2000, p. 110), é:

O poder é um fenômeno sócio-cultural. Quer isso dizer que é fato da vida social. Pertencer a um grupo social é reconhecer que ele pode exigir certos atos, uma conduta conforme com os fins perseguidos; é admitir que pode nos impor certos esforços custosos, certos sacrifícios; que pode fixar, aos nossos desejos, certos limites e prescrever, às nossas atividades, certas formas. Tal é o poder inerente ao grupo, que se pode definir como uma energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins.

Não existe Estado sem poder soberano, salvo situações anômalas e transitórias de territórios dominados, porquanto aquele é elemento imprescindível para a constituição de qualquer ente que se denomine propriamente “Estado”, no sentido político do termo. Afirma Marcelo Caetano (1977, p.169):

A soberania (majestas, summum imperium) significa, portanto, um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos.

Por exemplo, a Constituição Brasileira de 1998 estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a soberania (art. 1º, I), além da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, portanto, que a soberania é um atributo do poder estatal que lhe permite tomar decisões que interfiram com a coletividade residente num certo território, podendo ainda fazer valer tais decisões

coercitivamente por meio das vias legais. Neste sentido, o poder de decisão do juiz constitui parcela do poder estatal.

2.1.3 Finalidade

O Estado soberano é legítimo quando ostenta uma finalidade comum consagrada pelo seu povo, que se traduz na busca do interesse público primário¹, também chamado de bem comum. Trata-se do bem geral da sociedade.

De acordo com Marcus Cláudio Acquaviva (2000, p. 04), quando conceitua o Estado como a sociedade civil politicamente soberana e internacionalmente reconhecida, tendo por objetivo o bem comum aos indivíduos e comunidades sob seu império.

No passado entendia-se que o Estado deveria restringir sua atuação para aspectos primários da vida coletiva como a propriedade, justiça e a segurança. Era o chamado Estado Liberal. Hoje vemos o estado como um grande prestador de serviços públicos que não se limita a disciplinar a atuação dos cidadãos, mas também prover serviços que garantam a dignidade humana. É o chamado Estado Social de Direito.

Como escreve José Afonso da Silva este conceito revela “um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana” (2000, p. 119).

Nestes termos encerra-se o estudo sobre os elementos povo, soberania e finalidade passando conforme a sequência ao tópico principal como parâmetro de desenvolvimento do tema: o estudo do espaço aéreo como território do Estado.

¹ Não se pode confundir interesse público primário com interesse público secundário. O interesse público primário diz respeito à toda coletividade, tal como a paz, a segurança, o bem-estar. Interesse público secundário é o interesse da administração pública, pessoa jurídica de direito público interno, materializado, por exemplo, na cobrança da dívida.

2.1.4 Território

Em princípio, importa ressaltar o que é o território, compreendido no seu sentido amplo, para depois restringir às suas espécies dentre as quais está o espaço aéreo.

O território é a extensão geográfica onde habita certa população e é requisito de existência para qualquer Estado, ou seja, não há Estado sem território (salvo hipóteses transitórias). É certo que poderá haver povos dominados por Estado estrangeiros. No entanto, o Direito Internacional sempre defendeu o poder de autodeterminação desses povos, como acontece com os palestinos, cujo território é disputado com Israel.

É por intermédio da base física que se delimita o alcance de atuação do poder soberano do Estado, que o exerce de modo incontestável.

O território corresponde à parte física de um Estado para que nele a população possa se estabelecer com a garantia da permanência do governo naquele determinado local. Este é a barreira a qual está limitada o poder o soberano.

A palavra território tem origem distante, como assevera Marcus Cláudio Acquaviva (2000, p. 41):

[...] apresenta uma etimologia à primeira vista estranha; não provém, conforme se poderia pensar, de nada ligado à *terra*, *espaço geográfico*, mas do verbo latino *terreo*, *territo*, isto é, *intimido*, *causo medo*, *receio*, mesmo porque o Estado exerce o seu poder antevendo a possibilidade de, a qualquer momento, utilizar a força (coerção) para ver suas determinações cumpridas pelos súditos. Diga-se o mesmo no âmbito externo, quando o Estado, para manter a soberania íntegra, procura na força das armas, impor respeito às demais sociedades políticas (2000, p.41).

O território é, leciona Marcelo Caetano (1977, p. 162), formado por um certo *solo*, com toda profundidade do respectivo *subsolo* e toda a altura do *espaço aéreo* que lhe corresponder.

Embora fora definido o que significa o elemento território ainda não se esgotou o estudo deste termo. O elemento território pode ser dividido em diversas espécies, como será visto.

Ainda, pode o território ser concebido como a base física do Estado ou pode ser considerado, em outros casos, como uma extensão territorial, por meio de ficção jurídica, assim como são as aeronaves e embarcações públicas brasileiras que estiverem em território estrangeiro.

São basicamente quatro espécies de território que podemos classificar. Estas espécies são: a terrestre, a marítima, por ficção jurídica, e por derradeira, a aérea. Vejamos do que se trata cada uma delas.

Por meio de simples dedução podemos dizer que a espécie terrestre de território compreende o solo e o subsolo até os limites das fronteiras entre os Estados e até os limites com o mar territorial.

A espécie marítima, de seu lado, compreende a porção de água situada entre a porção terrestre até doze milhas náuticas², mar adentro, conforme dispõe o art. 1º da Lei nº 8.617/93 que trata do mar territorial, da zona contígua, da zona econômica exclusiva e da plataforma continental brasileira, além de dar outras providências.

A enciclopédia virtual Wikipédia (2010, s.p) define:

Mar territorial é uma faixa de águas costeiras que alcança 12 milhas náuticas (22 quilômetros) a partir do litoral de um Estado que são consideradas parte do território soberano daquele Estado (excetuados os acordos com Estados vizinhos cujas costas distem menos de 24 milhas náuticas). A largura do mar territorial é contada a partir da linha de base, isto é, a linha de baixa-mar ao longo da costa, tal como indicada nas cartas marítimas de grande escala reconhecidas oficialmente pelo Estado costeiro.

Ainda, explorando as espécies de território, existe o território por equiparação. Trata-se da extensão territorial criada por ficção jurídica. Essas extensões são as embarcações e aeronaves brasileiras em determinadas situações como previsto no Código Penal:

Art. 5º.: [...]

§ 1º - Para os efeitos penais, consideram-se como extensão do território nacional as embarcações e aeronaves brasileiras, de

² Wikipédia. Milha Náutica, ou Milha Marítima, é uma unidade de medida de comprimento ou distância, equivalente a 1852 m, utilizada quase exclusivamente em navegação marítima e aérea e na medição de distâncias marítimas.

natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as aeronaves e as embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, no espaço aéreo correspondente ou em alto-mar.

Nas palavras de Marcus Cláudio Acquaviva (2000, p. 42), com efeito, o território tanto pode ser uma parcela do solo, na qual o Estado exerce o seu poder soberano, como uma ficção jurídica, isto é, um dado eminentemente abstrato, ideal.

Por determinação legal considera-se extensão territorial partes que não são propriamente o solo do Estado. Esse fenômeno ocorre também, *v.g.*, com as embaixadas brasileiras que, embora em território estrangeiro, são consideradas extensão territorial do Estado, sendo certo que atualmente a que se fazer uma distinção: para certos efeitos as embaixadas são consideradas território estrangeiro, como para o asilo político³; para outros efeitos porém, como as relações trabalhistas, aquele entendimento não prevalece.

Este tipo de extensão territorial tem sua validade prevista em tratados internacionais, realizados entre Estados.

Alceu José Cicco Filho em seu artigo Relevância da Imunidade Diplomática menciona que (s.d, s.p):

A Teoria da Extraterritorialidade data do século XVII e foi exposta por Hugo Grotius. Os seus defensores sustentam que por meio de uma ficção a embaixada faz parte do território do Estado de que ela é nacional. O lugar em que se situa uma embaixada ou órgão representativo do Estado estrangeiro é considerado território de seu país, em situação de absoluta não submissão à lei local.

Esgotada nossa análise das três primeiras espécies de território (terrestre, mar territorial e extensão territorial por ficção) passamos finalmente a discorrer sobre a última espécie de território, o objeto de estudo propriamente dito deste tópico: o espaço aéreo como território do Estado.

Esta espécie de território tem conteúdo mais amplo do que aparenta, tanto que lhe é dedicado um ramo do direito para o seu estudo

³ Conforme leciona José Afonso da Silva, “O *asilo político* consiste no recebimento de estrangeiros no território nacional, a seu pedido, sem os requisitos de ingresso, para evitar punição ou perseguição no seu país de origem por delito de natureza política ou ideológica” (2000, p. 343).

chamado de Direito Aéreo Internacional. A. Vereschaguin, citado por Paulo Borba Casella (2009, p. 495), define este ramo do direito:

O direito aéreo internacional (público) é uma parte do direito internacional que compreende as normas reguladoras das relações internacionais no que diz respeito à utilização do espaço aéreo, para fins de navegação aérea e de atividade comercial.

Através da leitura das disposições legais pertinentes à regulamentação do espaço aéreo percebemos que este compreende toda a dimensão a cima da terra, bem como aquela acima do mar territorial, até os limites da atmosfera. Acursio apud Paulo Borba Casella (2009, p.497) cita a máxima do latim *cujus est solum ejus est usque coelum; dominus soli est dominus coeli et inferorum*. Isto é, na tradução de suas palavras, a quem pertence o solo a este cabe até o céu; O senhor do solo é também senhor do céu e do subsolo (2009, p.497).

A regulamentação mais pertinente do assunto, embora haja outros dispositivos normativos a respeito, encontra-se na Lei nº 7.565/86 que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Prescreve o seu art. 11: “O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial”.

O estudo sobre o elemento soberania mostra-se agora de extrema importância em face da correlação que existe entre território e poder soberano. Como todo Estado tem poder soberano e ilimitado dentro de seu território torna-se necessária a edição de leis regulamentadoras que atendam as necessidades e as conveniências do povo.

Dentro de seu território o Estado é completamente livre para governar, porque, como fora anteriormente mencionado, o seu poder é soberano e incontestável frente à comunidade internacional e de forma absoluta quanto ao plano interno.

Os ares por muito tempo foi território livre e sem regulamentação haja vista que a exploração do espaço aéreo, embora há muito o homem especule sobre as possibilidades de voar, na longa história do direito, que se inicia em Roma, verifica-se que há cerca de um século é que começaram a

surgir as normas jurídicas disciplinadoras da utilização do espaço aéreo com a invenção aviões. Afirma Paulo Borba Casella (2009, p. 500):

Almejar navegar pelo ar era o anseio de muitos homens. Esse foi sonho, durante séculos, até que começa a se tornar realidade, primeiro com balões, depois com planadores, e finalmente com aviões, com autopropulsão.

O nosso ordenamento jurídico, que trouxe a regulamentação vigente sobre o espaço aéreo, estabelece na Constituição Federal de 1988 a atribuição privativa da União para legislar sobre direito referente à aeronáutica.

O preceito constitucional do art. 21 diz: "Compete privativamente a União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, *aeronáutico*, espacial e do trabalho" (grifo meu). Ademais, constitui competência material da União explorar a navegação aérea e a aeroespacial (art. 21, XII, "c" da CF).

Portanto, a competência federal para ordenar a utilização econômica ou militar do espaço aéreo é inquestionável.

Fazendo uso desta competência e atendendo ao interesse público na proteção do território, particularmente no que se refere ao espaço aéreo, o Estado, por meio do processo legislativo ordinário, criou a Lei nº 9.614/98, conhecida popularmente como a lei do abate, alterando a Lei nº 7.565/86, para incluir hipótese de destruição de aeronave. Diz o corpo da lei do abate:

Art. 1º O art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como § 2º, renumerando-se o atual § 2º como § 3º, na forma seguinte:

"Art. 303.
.....

..

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório."

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Portanto, podemos afirmar que o espaço aéreo brasileiro é território exclusivo do Estado e de caráter impenetrável ficando a sua violação sujeita às medidas de proteção adotadas pelo seu governo.

A título de curiosidade, importa mencionar que quando se trata de território aéreo ou terrestre não é reconhecido o direito de passagem inocente como o é para o território marítimo. Neste é permitido o trânsito de embarcações estrangeiras de qualquer nacionalidade sem que lhes seja aplicada medidas de coerção na medida em que a passagem seja necessariamente qualificada como inocente.

Diz o art. 3º e §§ 1º e 2º da Lei nº 8.617/93:

Art. 3º É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro.

§ 1º A passagem será considerada inocente desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida.

§ 2º A passagem inocente poderá compreender o parar e o fundear, mas apenas na medida em que tais procedimentos constituam incidentes comuns de navegação ou sejam impostos por motivos de força ou por dificuldade grave, ou tenham por fim prestar auxílio a pessoas a navios ou aeronaves em perigo ou em dificuldade grave.

Concluimos que, quando o assunto se trata de proteção do espaço aéreo o rigor normativo é maior, porquanto não se permite adentrar no território do Estado brasileiro, especialmente via aérea, sem que se submeta à devida autorização ou às medidas de coerção estabelecidas para a proteção do Estado.

Em seguida se verá o estudo do caráter impenetrável do espaço aéreo brasileiro fazendo o cotejo com o princípio da razoabilidade, haja vista que se deve considerar as situações adversas que requerem medidas apropriadas em razão da excepcionalidade que ostentam.

2.2 O Princípio da Impenetrabilidade vs. Razoabilidade

Após o estudo do espaço aéreo, como território do Estado, pode-se perceber nitidamente o seu caráter impenetrável. Esta impenetrabilidade é um princípio decorrente da soberania exercida pelo Estado.

Para que se possa melhor compreender o princípio da impenetrabilidade, importante é primeiramente compreender o que é um princípio. O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa apresenta os seguintes significados do vocábulo *princípio*:

Princípio s.m. 1. O primeiro momento da existência (de algo), ou de um processo; começo, início <p. *Da vida na Terra*> <no p. *do casamento*.> <p. *da exploração do petróleo nesse país*> 2. O que serve de base a alguma coisa; causa primeira, raiz, razão 3. Ditame moral; regra, lei, preceito <foi educado sob p. *rígidos*> <não cede por uma questão de p.><é um homem sem p.> 4. Dito ou provérbio que estabelece norma ou regra <faça o bem sem olhar a quem é um bom p.> 5. Proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos <princípios da Física, da Matemática> 5.1. FÍS. Lei de caráter geral com papel fundamental no desenvolvimento de uma teoria e da qual outras leis podem ser derivadas. 6. Proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia o raciocínio <partir de um p. falso> 7. FIL. Fonte ou causa de uma ação 8. FIL. Proposição filosófica que serve de fundamento a uma dedução. Princípios s.m.pl. 9. Livro que contém noções básicas e elementares de alguma matéria, ciência, etc.; elementos <p. *de Estatísticas*> <p. *de Lingüística geral*> 10. Instrução, educação; opiniões, convicções. Princípios da contradição: princípio ontológico segundo o qual nada pode ser, ao mesmo tempo, aquilo que é e o que não é, o que corresponde à idéia lógica de que, em uma mesma proposição, é impossível que um atributo qualifique e não qualifique um sujeito [Princípio lógico e ontológico do aristotelismo, tal concepção somente se consagrou exclusivamente como lei *fundamental do pensamento* na Idade Moderna]. Princípio da identidade: lei fundamental do pensamento lógico que afirma que qualquer termo é identicamente a si mesmo, ou, algebricamente, $A=A$. [Concebido na filosofia medieval com o objetivo de simplificar o aristotélico *princípio da contradição* foi, na Idade Moderna, erigido à posição de um dos princípios lógicos elementares do pensamento]. Princípio do terceiro excluído: princípio que postula a inexistência de qualquer meio-termo entre enunciados contraditórios, de tal forma que, necessariamente, uma proposição seja verdadeira e a outra falsa [formulado por Aristóteles como um corolário do *princípio da contradição*, somente na Idade Moderna foi considerado como uma lei autônoma e fundamental do pensamento lógico].

No entanto, esta conceituação de princípio não é suficiente para efeitos jurídicos.

Sob a ótica jurídica, os princípios se concebem como espécie de norma. Norma é uma classificação genérica da qual decorrem três espécies

que nos interessam. A saber: princípios, regras e postulados normativos. Conforme menciona Christian de Sá (2003, p.01):

As normas jurídicas constitucionais, tradicionalmente, são divididas em princípios e regras. Entretanto, recentemente, o prof. Humberto Ávila incluiu uma terceira espécie normativa nesta classificação: os postulados normativos aplicativos.

A norma princípio, no mundo jurídico, se trata de uma proposição que pretende ser alcançada. É o princípio a idealização de um estado a ser perseguido. O princípio não estabelece os meios, porém os fins.

Os meios para se alcançar aquele estado ideal preconizado por um princípio é exatamente o papel atribuído às regras. Regras, como já fora dito, é espécie de norma, e que, descreve um comportamento com a finalidade de construir um caminho que leve até aquele estado idealizado por um princípio. Nas precisas palavras de Luiz Flávio Gomes (2005, p.01):

As *regras* disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em "conflito"; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc.. *Princípios* são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver "colisão", não conflito. Quando colidem, não se excluem. Como "mandados de otimização" que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).

Como acima explicado por Luiz Flávio Gomes, os princípios não se conflitam. Princípios colidem. Quando isto acontecer é através do método da ponderação de valores que se irá solucionar a melhor aplicação dos princípios. Porquanto, todo princípio tem um valor e, por sua vez, a ponderação é o *sopesamento* dos valores inerentes a cada princípio.

É neste contexto que se insere a função dos postulados normativos, pois, são eles mecanismos de interpretação e adequação quando da aplicação das normas. Diz Inocêncio Mártires Coelho (2001, s.p.):

[...] os postulados normativos aplicativos são normas voltadas para a forma de aplicação das outras normas jurídicas, isto é, não existem por si, mas como instrumentos de aplicação dos outros dois tipos de normas: as regras e os princípios.

Após analisar, embora que genericamente, norma e suas espécies, deve ser feito o estudo dos dois princípios objeto de análise deste tópico: impenetrabilidade e razoabilidade.

O princípio da impenetrabilidade, no nosso ordenamento jurídico vigente, é absolutamente presente no campo da regulamentação do espaço aéreo. Pois, como adrede mencionado, não há sequer o direito de passagem inocente pelo território aéreo do Estado brasileiro. Este rigorismo é legitimado pelo poder soberano estatal.

Uma vez que o território está sob a soberania estatal, ninguém pode nele penetrar sem autorização dos agentes estatais. Ingressar no território sem a autorização devida significa uma lesão à soberania do Estado. Paulo Borba Casella (2009, p.509) menciona que:

A Corte Internacional de Justiça afirmou, no julgamento do caso *das atividades militares e paramilitares na Nicarágua e contra esta* (1986), que o sobrevoo não autorizado constitui ofensa ao princípio da soberania territorial dos estados. Tais operações são de responsabilidade do estado, titular da propriedade ou detentor de controle da aeronave.

Isto implica dizer que, quando as fronteiras, que delimitam a esfera de alcance do poder soberano, são violadas ocorre um desrespeito ao princípio da impenetrabilidade territorial autorizando a adoção das medidas coercitivas, previstas no ordenamento jurídico interno do Estado invadido, contra a aeronave invasora.

Quanto ao Estado brasileiro, pode-se dizer que as medidas coercitivas são basicamente quatro, a saber: medida de averiguação, medida de intervenção, medida de persuasão e medida de destruição da aeronave. Se efetivando a última medida apenas em caso de insucesso das medidas anteriores, conforme prescreve os artigos 3º, §§ 1º, 2º e 3º, e 4º do Decreto nº 5.144/04.

Estas medidas serão oportunamente estudadas mais adiante. Porém, é bom mencioná-las agora para introduzirmos o cotejo do princípio da impenetrabilidade com o princípio da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade, por vezes chamado de princípio da proporcionalidade, na verdade é uma espécie de postulado normativo aplicativo, porquanto não estabelece um estado ideal a ser perseguido senão viabiliza a ponderação de valores em colisão ou em conflito.

Embora tenha sido visto que o Estado é soberano e dentro de seu território ele exerce seu poder de maneira incontrastável, a soberania não pode ser justificativa para a implantação da tirania e supressão dos direitos humanos.

É neste contexto que vem a limitação aos direitos e princípios decorrentes do caráter soberano do Estado. Conforme a lição de Flávio Roberto do Santos (s.d, p.04):

É necessário que haja limitação ao poder soberano, pois devendo ele realizar o bem comum, só poderá fazê-lo respeitando os *princípios permanentes e naturais do Direito e da Moral*. Desde que o estado infringisse o Direito e a Moral, não poderia mais realizar o bem à sociedade, negar-se-ia a si mesmo, não seria mais uma força legítima, não poderia mais ser reconhecido nem obedecido.

O Estado é soberano, no entanto, a sua soberania está limitada ao bem comum concebido como a finalidade-condição para legitimação da sua existência e da sua atuação no plano político nacional e internacional.

A razoabilidade deve estar presente no momento de criação das leis, sob pena de se por em risco os direitos fundamentais⁴. A impenetrabilidade deve ser um princípio atuante, todavia, jamais, deve autorizar a elaboração de normas que ofendam aos direitos humanos.

Quando o princípio da impenetrabilidade confrontar com algum tipo de direito fundamental entrará em cena o princípio, leia-se postulado normativo, da razoabilidade para que se possa estabelecer a convivência harmônica dos

⁴ Tradicionalmente, o princípio da igualdade é entendido como igualdade perante a lei no sentido de que a lei deve tratar a todos igualmente. No entanto, a doutrina passou a consagrar o princípio da igualdade na lei que, segundo José Afonso da Silva (2000, p. 218), exige que “nas normas jurídicas não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria constituição”.

princípios e manutenção da legitimidade do Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p.99) diz:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada.

O cotejo dos princípios da impetrabilidade e da razoabilidade é de suma importância para se analisar a lei do abate frente o direito à vida. Confronto que será objeto de estudo mais adiante. Será examinado que a impenetrabilidade deve, em certos casos, ser flexibilizada para preservação de bens maiores.

É exatamente o princípio da razoabilidade que possibilita tal flexibilização, com o fim de preservar valores maiores em razão da máxima *summum jus summa injuria*⁵ conforme cita Cândido Rangel Dinamarco (2009, p.410):

[...] Essa máxima constitui repúdio à rigidez na interpretação das leis (*dura lex sed lex*), ou à imposição destas em todos os casos previstos, sem qualquer desconto decorrente da valoração ética, moral, política ou econômica dos casos em exame.

Diante desta noção dos princípios da impenetrabilidade e da razoabilidade, se prosseguirá às indagações referentes à legalidade, ou falta dela, na lei do abate. Antes, porém, será abordada sua incorporação ao Código Brasileiro de Aeronáutica.

⁵ O maior direito é a maior injustiça. Esta antiga máxima também conhecida como *dura lex sed lex*, ou seja, “a lei é dura, mas é a lei”. Ambas as parênticas indicam que o legalismo pode conduzir à insuportáveis injustiças.

3 O CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA E A LEI DO ABATE

O homem desde há muito tempo desejava explorar o espaço aéreo, porém, as limitações de ordem físicas, inerentes à natureza humana, não permitiam que esse feito fosse realizado.

Apenas recentemente (considerando a remota origem do Direito), em torno de dois séculos atrás, é que se originaram as possibilidades de navegação aérea com as invenções de transportes aéreos.

Primeiramente, apareceram os balões, depois os planadores até chegar aos aviões com autopropulsão. Para termos uma idéia da evolução histórica deste assunto pertinente é a lição de Paulo Borba Casella (2009, p.500):

A navegação aérea, antigo sonho do homem, somente se torna realidade há pouco mais de um século. Entre o final do século XV e início do XVI, quantos dos magistrais desenhos e das anotações dos Cadernos de Leonardo da Vinci (1452-1519) expressam essa inquietação, não somente deste gênio universal da Renascença, mas exprimem o anseio de gerações e gerações, que viam os usos possíveis, tanto militares e estratégicos, como também a condição de evasão e, depois, de alternativa de transporte.

Por dedução lógica, pode-se dizer que em relação ao espaço aéreo, antes de ser objeto de interesse humano, não havia lei que regulamentasse o seu uso, exatamente porque não se fazia uso daquele espaço.

Portanto, não se vislumbrava a necessidade de criar regras para a exploração do espaço aéreo. Também porque, se entendia que o ar é livre, conforme menciona Paul Fauchille apud Paulo Borba Casella (2009, p.499).

Todavia, esta situação não perduraria para sempre. Até que a exploração do espaço aéreo passou a ser realidade e com ela vieram as discussões sobre a propriedade deste espaço. Tornou-se, então, importante saber a quem pertence o território aéreo.

O espaço aéreo é hoje objeto de intensa regulamentação, seja nacional seja internacional⁶, porquanto as atividades nele desenvolvidas (serviços aéreos) intensificam-se no mundo globalizado, no qual as relações internacionais tornam-se frequentes.

O Código Brasileiro de Aeronáutica é a legislação brasileira mais importante que regulamenta a utilização do território aéreo. A lei do abate, recentemente introduzida ao nosso ordenamento jurídico, mais precisamente em 1998, veio regulamentar o referido Código especialmente no que tange as medidas de proteção aérea ao território nacional.

A lei do abate é uma lei de ocasião, porque surgiu em decorrência das atividades ilícitas ocorridas na região dos países fronteiriços com a Amazônia.

Nessa região onde as atividades ilícitas (em especial o tráfico de drogas) são facilitadas pela existência de grandes florestas, houve uma grande intensificação da exploração destes recursos ilícitos pelos criminosos.

3.1 Compreensão Da Lei Do Abate

A Lei do Tiro de Destruição, popularmente conhecida como a lei do abate, é uma inovação, trazida pela Lei nº 9.614/98, ao Código Brasileiro de Aeronáutica, instituído pela Lei nº 7.565/86.

Na verdade, deve-se verificar que a chamada lei do abate integra um sistema normativo que, como veremos adiante, mostra-se desarmônico. O microssistema normativo dela é o que se vê no quadro abaixo:

Quadro nº 01 – Microssistema Normativo da “lei do abate de Aeronaves”

1. Declaração Universal dos Direitos Humanos	ONU, 1948
2. Constituição Federal Brasileira	1988
3. Código Brasileiro da Aeronáutica	1986
4. Lei do Abate	1998
5. Decreto Regulamentador	2004

⁶ No plano internacional há diversas convenções que disciplinam a utilização do espaço aéreo, notadamente a convenção de Chicago, de 1944, que estabelece as cinco “liberdades do ar”.

De fato, essa inovação era inconsistente e eventualmente desrespeitada por alguns pilotos justamente por falta de regulamentação para sua aplicação, conforme se pode perceber da leitura do dispositivo *in verbis*:

Art. 1º O art. 303 da lei nº 7565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar acrescido de um parágrafo, numerado como §2º, renumerando-se o atual §2º como §3º, na forma seguinte:
 “art.303.....

§2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeito à medida de destruição, nos casos, dos incisos do caput deste artigo e após a autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

§3º A autoridade mencionada no §1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório”.

Com o advento desta lei, tornou-se necessária uma regulamentação para esclarecer as lacunas, trazidas pela própria lei, delimitando a abrangência dos termos por ela adotados.

A regulamentação foi feita por meio do decreto nº 5.144/04 (como ilustrado no quadro 1), que trouxe uma melhor definição para os termos que recaíam mais dúvidas como: aeronave hostil, meios coercitivos e medida de destruição.

O procedimento se divide basicamente em quatro etapas: medidas de averiguação, de intervenção, de persuasão e de destruição da aeronave. As medidas serão feitas em seqüência de forma progressiva passando-se para a próxima medida quando a anterior não obtiver sucesso.

As medidas de averiguação consistem em identificação geral da aeronave bem como dos tripulantes. As medidas de intervenção consistem em mudança de rota e pouso obrigatório. A medida de persuasão trata-se de tiros de advertência para tentar dissuadir o piloto a seguir vôo.

Por derradeiro, a medida de destruição da aeronave é efetuada pelo piloto da FAB (Força Aérea Brasileira), devidamente autorizado pela autoridade competente, conforme prescreve o decreto nº 5.144/04.

No total são oito procedimentos a serem desrespeitados para que então seja executada a medida de destruição da aeronave, como ilustra o quadro abaixo do Centro de Comunicação Social da Aeronáutica (s.d, s.p).

Verifica-se de modo claro que a medida de destruição da aeronave não pode ser tomada de inopino, mas deve ser cercada de cuidados, considerando a gravidade das conseqüências jurídicas.

O quadro a abaixo demonstra bem que há um procedimento complexo a ser percorrido antes que o tiro de destruição seja efetivamente disparado:

Quadro nº 02 – Procedimentos para Destruição da Aeronave Hostil

Situação da aeronave	Nível de medida	Procedimentos
Normal	- Situação de Normalidade	- Verificação das condições de vôo da aeronave.
Suspeita	- Medidas de Averiguação	1) Reconhecimento à Distância; 2) Confirmação de Matrícula; 3) Contato Rádio Freq. Área; 4) Contato Rádio Freq. Emerg.;
	- Medidas de Intervenção	5) Sinais Visuais. 6) Mudança de rota;
	- Medidas de Persuasão	7) Pouso Obrigatório. 8) Tiros de Advertência.
Hostil	- Medidas de Destruição	9) Tiro de Destruição

Portanto, fica claro que o abate é a última *ratio*. Devem ser tomadas obrigatoriamente medidas anteriores para evitar-se o abate da aeronave que penetra o espaço aéreo brasileiro. Somente no caso dessas medidas não terem efeito, é que a lei autoriza a derrubada do avião. Ocorre que, mesmo sendo algo extraordinário, a derrubada não pode ocorrer, porque atenta contra os princípios e os valores fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro, tal como se mostrará adiante.

3.2 Análise Do Conflito Normativo

A questão posta em debate neste trabalho, de um modo geral, é reconhecimento ou não da constitucionalidade da lei do abate, que foi introduzida no art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica pela Lei nº 9.614/98. Este certame trata-se de um conflito de direitos fundamentais. A Constituição Federal traz a proclamação, em seu art. 5º, de diversos direitos e garantias fundamentais os quais, não raramente, entram em conflito.

No que tange a esta discussão, é importante invocar, necessariamente, determinados direitos, como por exemplo: o direito à vida, ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla-defesa. O Estado não pode arriscar-se em cometer qualquer afronta contra tais direitos e, na dúvida, deve-se garantir seu exercício, salvo em situações excepcionais como no caso de guerra externa quando as liberdades constitucionais ficam suspensas.

Faz-se pertinente também o auxílio de alguns postulados normativos, como o da proporcionalidade ou razoabilidade, no momento de se confrontar os direitos fundamentais, antes elencados, face ao princípio da segurança nacional⁷.

Estas normas supramencionadas são o que conferem equidade ao ordenamento jurídico e que devem ser observadas conjuntamente de forma harmônica. Porém, esta harmonia às vezes requer o sacrifício de uma norma em favor de outra, o que significa que as normas não são absolutas.

Então, consoante o caso concreto, a de se aplicar o mecanismo da ponderação de normas com fim de se descobrir qual norma se sobrepõe, na ocasião de conflito, sobre a outra. Conforme Thiago Bottino do Amaral (2005, s.p):

O conceito de ponderação foi desenvolvido a partir da diferença qualitativa entre normas e princípios, destacando-se a contribuição de Robert Alexy na afirmativa de que a ponderação resulta do reconhecimento necessário da proporcionalidade. Segundo Alexy, aceitar a proporcionalidade é aceitar que princípios são mandatos de otimização, ou seja,

⁷ A lei do abate protege a segurança nacional. Tanto isso é verdade que, no decreto regulamentador, a medida de destruição deve ser operacionalizada pelo Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDABRA, que pertence a Força Aérea Brasileira - FAB, depois de autorizada pelo Comandante da Aeronáutica (v. art. 10 do dec. Nº 5.144/04).

que determinadas normas poderão ser cumpridas em maior ou menor grau dependendo das possibilidades jurídicas e das possibilidades fáticas, devendo ser objeto de uma ponderação quando colidirem com outros princípios. O conceito de princípio, portanto, não decorre da abstração, generalidade ou mesmo da fundamentalidade da norma, mas da sua forma de aplicação, que é oposta àquela das regras.

As colisões entre princípios são superadas mediante a restrição parcial de um ou de ambos os princípios envolvidos, servindo a ponderação como um procedimento racional para resolver a colisão, fixando critérios para estabelecer a prevalência de um princípio em detrimento de outro naquelas determinadas circunstâncias verificadas no caso concreto. A preocupação é preservar a segurança jurídica a partir do estabelecimento de um procedimento para a realização da ponderação.

A lei do abate contempla medidas, como foi visto no item anterior, que comprometem direitos fundamentais, bem como a ordem jurídica, pois, afinal permite a destruição de uma aeronave, que certamente pode gerar a morte de pessoas, até mesmo de inocentes, sem o devido respeito a uma série de direitos humanos, processuais, etc. em defesa da segurança nacional.

Na verdade, verifica-se no quadro nº 01, supra, que tal lei coloca-se em desarmonia no sistema normativo. Com efeito, a lei do abate não é compatível com as normas que lhe são superiores, sabendo-se que o princípio estrutural do sistema jurídico é o princípio da compatibilidade vertical das normas: as normas de grau inferior devem estar de acordo com as normas de grau superior, sob pena de serem inválidas.

Ora, a lei do abate afronta claramente o *direito à vida* estabelecido tanto na Declaração Universal de Direitos Humanos quanto na Constituição Federal Brasileira. De outra parte, entre a segurança e a vida, como valor fundante, esta se coloca em grau superior àquela, do ponto de vista ético, haja vista que a vida humana é fonte de todos os valores sociais⁸

Considerando esta situação, temos que fazer um juízo de valor, com a delicadeza que requer o tema, para nos averiguar se a proporcionalidade está sendo respeitada segundo os ditames da lei e inclusive da moral. Proporcionalidade significa dizer: restrição mínima possível do

⁸ Miguel Reale apud José Roberto Fernandes Castilho, “Cidadania: esboço de evolução e sentido da expressão”.

alcance de uma norma em favor de outra para a manutenção do equilíbrio *axio-normativo* do ordenamento jurídico.

Por mais exato que pareça o peso dos valores postos sobre uma balança, esta pode estar propensa ao subjetivismo. Portanto, será feito um cotejo de valores sob o crivo de um juízo o mais objetivo possível para aproximá-los de seu peso real.

4 A LEI DO ABATE E O DIREITO À VIDA

A lei do abate pode ser analisada sob o ponto de vista formal e material. Alguns autores a defendem alegando sua constitucionalidade formal e, do ponto de vista material, o fato de que seria uma consagração de uma excludente de ilicitude semelhante ao exercício regular do direito.

De fato, a lei do abate foi aprovada mediante o procedimento legislativo ordinário, o que lhe confere, sob o *aspecto formal* o manto da constitucionalidade. Portanto, até que contra esta lei pese uma declaração de inconstitucionalidade, ela será, ao menos *formalmente*, constitucional.

Existiriam outros argumentos, embora inconsistentes, que legitimariam a lei do abate, como a defesa da fronteiras terrestres. A alegação da configuração de uma causa de exclusão da antijuricidade também seria um deles.

Tratar-se-ia do exercício regular de um direito (destruição da aeronave) para proteger a segurança nacional e a soberania do Estado de uma atividade ilícita, em especial o tráfico de entorpecentes, que em tese constituiria uma ameaça à incolumidade nacional.

José Moaceny Felix Rodrigues Filho Luiz (2004, s.p) defende:

[...] ser constitucional o abate de aeronaves ante a existência de causa de exclusão da antijuricidade (exercício regular do direito): “a conduta Estatal, [...], que venha a culminar na destruição da aeronave classificada como hostil, amolda-se, [...], no exercício regular do direito de preservação do bem jurídico constitucionalmente tutelado que é a segurança pública.

Os que defendem esta tese se baseiam na relatividade dos direitos e garantias fundamentais invocando como paradigma o artigo 5º, XLVII, “a” da Constituição Federal, que excepciona a proibição de pena de morte no caso de guerra declarada. Baseiam-se também na possibilidade, prevista no artigo 27º do Pacto de San José da Costa Rica, de suspensão de garantias em situações excepcionais.

Assim é o entendimento de Milene Rocha Ferreira (2007, p.01):

Como cediço, os direitos fundamentais ou qualquer outro não possui um caráter de absoluta proteção estatal a ponto de, em

momento ou circunstância alguma, poder sofrer mitigação em sua incidência e aplicação num caso concreto.

Por ser assim, verifica-se que são aparentes os conflitos de normas, pois tais conteúdos normativos se compatibilizam numa coexistência harmônica no ordenamento jurídico, não havendo, portanto, uma supressão dos direitos fundamentais, apenas, uma orientação baseada na razoabilidade, uma precedente hermenêutica de um sobre o outro, excepcionando, e assim dando coerência ao sistema de normas e princípios.

Aquele que desrespeitar as medidas exigidas pela autoridade competente quando da aplicação das leis de aeronáutica, no que concerne a lei do abate, estará sujeito à sanção de destruição da aeronave mesmo que isso possa implicar na imputação da pena máxima, morte.

Conforme a perspectiva legalista, é da forma dita no parágrafo anterior que os interesses do Estado e do sujeito, presumidamente hostil, se resolvem para existir harmonia normativa meramente formal.

No entanto, quando ação é pautada por princípios morais, que primam pelo bom senso e pela razoabilidade, se vê que não é certo subjugar o direito à vida, garantido a todos sem distinção, conforme reza nossa Constituição Federal no *caput* do seu art. 5º. Pertinente a citação de Norberto Bobbio (1992, p.176):

O Estado não pode colocar-se no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria. O Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional. Também ele tem o dever de se defender. Mas é muito mais forte do que o indivíduo singular e, por isso, não tem necessidade de tirar da vida desse indivíduo para se defender. O Estado tem o privilégio e o benefício do monopólio da força. Deve sentir toda a responsabilidade desse privilégio e desse benefício. Compreendo muito bem que é um raciocínio difícil, abstrato, que pode ser tachado de moralismo ingênuo, de pregação inútil. Mas busquemos dar uma razão para nossa repugnância frente à pena de morte. A razão é uma só: o mandamento de não matar.

O que o referido jurista ensina é que pelo fato de o Estado deter o monopólio da força organizada, isto não significa passar-lhe um “cheque em branco”. O Estado só pode utilizar-se da violência em casos de extrema necessidade, casos estes em que a vida ou a integridade física das pessoas esteja em perigo.

Bobbio ensina que o Estado legal, por definição, é um Estado ético e, num Estado ético, o Estado não mata e nem autoriza matar, salvo casos excepcionais, porquanto o direito à vida está na própria estrutura dos direitos fundamentais.

4.1 Da Inconstitucionalidade Material

É cediço que a pena de morte é permitida em alguns países⁹. Trata-se de uma barbárie que, embora permitida, deve-se obedecer a previsão legal e aplicada por meio de um devido processo legal. É importante salientar que esta pena tem aplicação fundamentada numa decisão judicial, ao menos onde existe democracia.

Apesar de ser um paradoxo combater condutas reprováveis com condutas reprováveis isto sempre foi parte de nossa história e ainda é. A lei de talião remonta a isso, embora tenha perdido sua aplicabilidade ainda existem vestígios de sua justiça na nossa. A ideia de retribuição do mal com o mal pode-se ser extraída das sanções penais. Pois, de um modo geral, existe naturalmente um pouco desse espírito dentro todos, isto é, o desejo de reagir à injustiça com a mesma força com que ela age contra nós.

A previsão legal de determinada pena não a torna mais justa, muito menos a sua aplicação generalizada em situações pouco peculiares. Talvez para determinado crime, ou determinada circunstância, seja compensatória a aplicação da pior pena que exista, porém, mesmo que possa existir tal situação seria necessária a criação de uma lei para aquele caso concreto ou pelo menos um justo processo capaz de adequar a aplicação da lei já existente.

Esta lei é um erro evidente, que fere frontalmente a Constituição, especificamente no que se refere ao direito de um devido processo legal e ao direito à vida. Embora sejam direitos relativos, tal relatividade prevista na inovação do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei do Tiro de Destruição, não se coaduna aos preceitos constitucionais, especialmente aos do art. 5 da Lei Maior.

⁹ O exemplo maior ocorre na federação americana onde a maioria dos estados adota a pena de morte, sendo por injeção letal ou por cadeira elétrica.

A lei do abate é um retrocesso na história, é o que se pode extrair da enciclopédia virtual Wikipedia (s.d, s.p):

A pena de morte para crimes civis foi aplicada pela última vez no Brasil em 1876 e não é utilizada oficialmente desde a Proclamação da República em 1889. Historicamente, o Brasil é o segundo país das Américas a abolir a pena de morte como forma de punição para crimes comuns, precedido pela Costa Rica, que aboliu a prática em 1859.

Após a abolição da pena de morte no século XIX¹⁰ da nossa República, que se intitula democrática, institui-se uma mesma pena, um século depois, só que desta vez sem a aplicação de nenhuma garantia em fase processual, ou sequer inquisitiva, e sem que se assegure um mínimo de democracia, baseada simplesmente na suposta hostilidade de uma aeronave indefesa. É evidente que algo está errado.

A medida de destruição não é adotada de imediato que uma aeronave adentre território nacional, mas embora tenha alguns procedimentos anteriores (medidas de averiguação, intervenção, etc.), estes não justificam a última, a medida de destruição. Ensina Fernando Lima (2004, p.01) numa breve comparação:

Os argumentos seriam ridículos, se não tratasse de um assunto tão sério, porque seria o mesmo que afirmar que um automóvel cheio de passageiros deveria ser metralhado pelos policiais rodoviários, se o seu motorista não obedecesse à ordem de parar, para o competente exame da documentação, ou até mesmo do porta-malas, em busca de drogas. No entanto, se o motorista tentasse fugir, nem por isso poderia ser morto – o que às vezes acontece, embora não exista, ainda, uma lei autorizando – porque fuga, exceto mediante violência contra a pessoa (art. 352 do Código Penal), nem ao menos constitui crime. Aliás, mesmo que a fuga fosse tipificada como crime, não seria, certamente punida com a pena de morte, proibida pela Constituição e considerada cláusula pétrea, que não pode ser alterada nem mesmo através de emenda constitucional. O Estado tem a obrigação de prender os suspeitos, não podendo matá-los [...]

¹⁰ A pena de morte foi abolida na maioria dos países, porque em muitos casos houve erro judiciário que conduziram a injustiças irreparáveis. É o caso de Mota Coqueiro, rico fazendeiro carioca, que foi enforcado sob a acusação de ter mandado matar uma família inteira descobrindo-se após o verdadeiro autor do delito. Este foi o último caso de pena de morte no Brasil, ocorrido em 1855.

A lei do abate veio tentar coibir o tráfico de entorpecentes e drogas afim, aumentando assim a rigorosidade na fiscalização aérea para garantir a segurança nacional. Esta é um direito de todos e, portanto, é certo que seja garantido, assim como devem ser mantidos todos os outros direitos fundamentais. Porém, não é declarando guerra que se porá fim ao crime.

Estamos em tempo de paz. Se bandidos quiserem traficar eles nada os impedirá. O que a lei traz são apenas riscos, mais riscos. Pois inúmeras hipóteses podem ocorrer e pessoas morrerem pela instituição da barbárie, como já aconteceu em outros países.

O caso de Verônica Bowers, por exemplo, que morreu devido a um erro viabilizado por uma lei semelhante a lei do abate. Pertinente a menção feita por Montenegro (2009, p.01):

[...] No citado caso, uma família de missionários americanos que viajava no espaço aéreo do Peru foi alvejada por tiros de um avião (caça) peruano a mando da força especial antidrogas conjunta formada entre Peru e Estados Unidos. O resultado: Verônica Bowers e sua filha Charity, apenas sete meses, morreram. Em relatório, várias falhas foram apontadas na operação: a barreira da linguagem (os pilotos do caça peruano não conseguiam se comunicar, decentemente, com a aeronave americana, por óbvios problemas de expressão e compreensão em outro idioma); a pobreza do sistema de comunicação entre as aeronaves, e, por fim (mas não menos importante), a não observância (ou encurtamento) dos procedimentos previstos.

De tudo que há errado nesta lei o mais preocupante são as vítimas inocentes das circunstâncias que a própria lei propicia conforme o caso supramencionado. Se não houvesse margem de erros, talvez alguns pudessem aceitar a aplicação da lei do abate por já serem a favor da pena de morte mesmo, embora inconstitucional. Mas pelo contrário, a lei confere esta margem de risco e ela é grande.

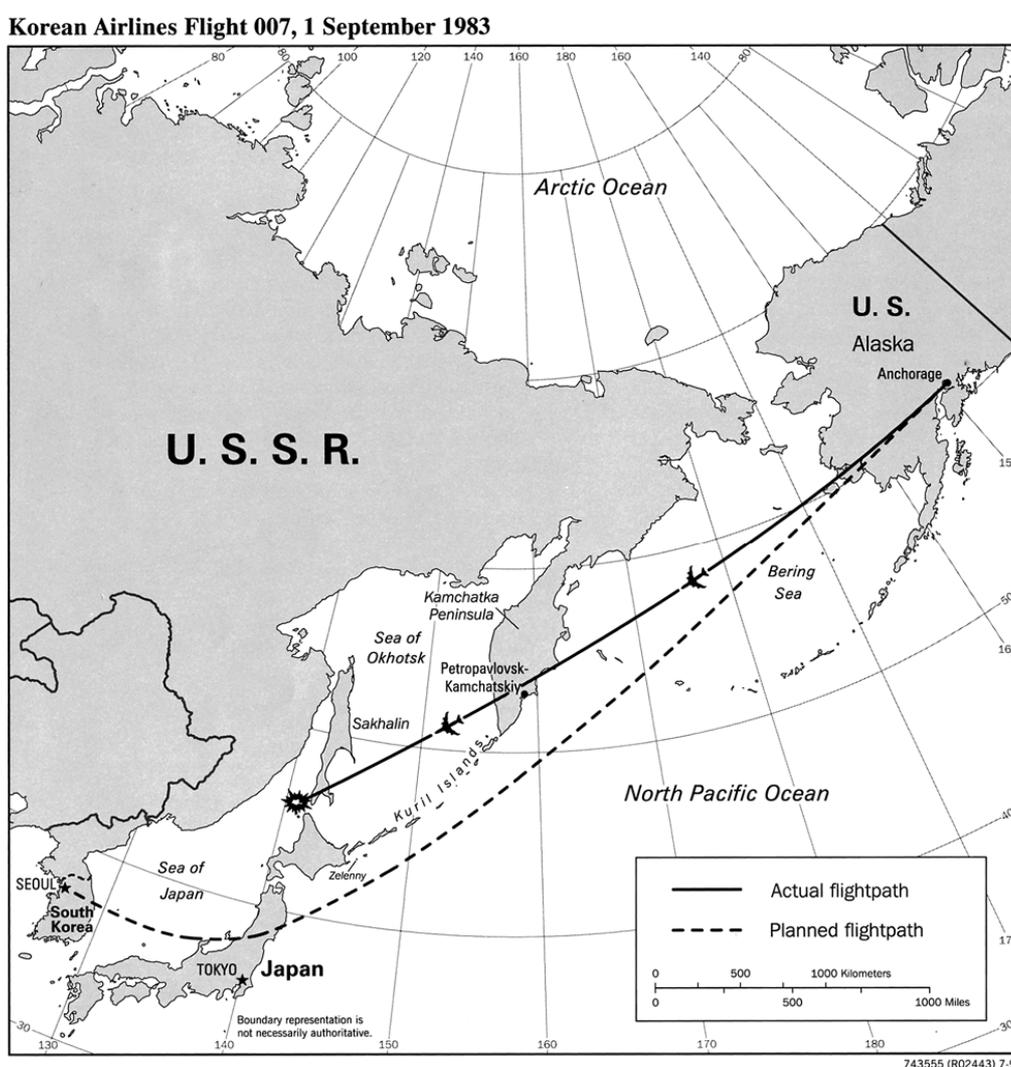
Outro caso relevante na jurisprudência internacional ocorreu em 1983. Um avião civil coreano que voava de Nova Iorque com destino a Seul foi abatido por interceptadores soviéticos¹¹ e todos os duzentos e sessenta e nove passageiros e tripulantes morreram. Trata-se do vôo KAL007 (v. a rota planejada e a verdadeiramente executada pelo piloto do avião abatido na figura

¹¹ Extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

01). Este caso se insere numa política de proteção do espaço aéreo soviético, tendo havido o precedente de 1978 quando um avião de combate soviético alvejou um avião civil coreano matando dois passageiros e forçando a aterrissagem num lago congelado.

A representação cartográfica que é reproduzida no quadro abaixo demonstra com clareza as duas rotas do piloto: aquela constante do seu plano de vôo, que não adentrava no espaço aéreo soviético e a rota efetivamente percorrida por ele, que tangenciou o espaço aéreo soviético a partir de uma ilha situada no mar do Japão próximo da ilha de Sacalina.

Figura nº 01 – Rota do vôo KAL007.



Fonte: http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/8/86/KA_Flight_007.gif.

Acesso em 11/04/2012.

Bem destaca Fernando Lima os riscos que ocorrem na Amazônia (2004, s.p):

A lei do abate, além de ser inconstitucional, coloca em perigo a vida de inocentes, porque inúmeras aeronaves, sobretudo na Amazônia, embora não estejam transportando drogas, poderão deixar de se identificar para os pilotos da FAB, e de obedecer à ordem de pouso, por diversas razões, como, por exemplo, a falta de equipamentos adequados. Mesmo assim, os pilotos e passageiros não poderiam ser condenados à morte, e muito menos por uma simples suspeita, sem direito a defesa e sem julgamento.

Apenas criticar não ajuda em muito, mas sem dúvida há muitas opções viáveis e menos radicais que a lei do abate para chegar-se ao mesmo objetivo: proteger a segurança nacional evitando que se efetue o tráfico de drogas.

Em algum momento, a aeronave que adentrar no território nacional terá que pousar. É possível monitorá-la até o momento que o fizer. Quando o fizer, será este o momento que o governo deverá intervir sem ter que destruir coisa alguma. Caso a aeronave não pouse, a outra opção é o exercício da diplomacia. Afinal, o combustível acaba e, independentemente de onde ou quando isso acontecer, o contato internacional fará com que o sujeito seja pego onde quer que esteja.

5 CONCLUSÃO

O problema jurídico explorado na presente pesquisa é da mais alta relevância. Com efeito, não se está tratando de questões relativas ao patrimônio ou a bens materiais, mas ao mais fulcral dos direitos humanos que é o direito à vida.

A segurança nacional não é argumento suficiente para a legitimação da lei do abate. Tampouco o tráfico internacional de drogas justifica a derrubada de aviões. Uma vez que a lei do abate tutela bens jurídicos de *valor inferior ao bem jurídico vida*, não é razoável que se permita o sacrifício de bem mais valioso em favor de bem menos valioso. Haveria, aqui, um desequilíbrio entre os valores.

A vida deve ser objeto de proteção, preservação e promoção. O Estado deve, por mandamento constitucional, promover e respeitar a dignidade da pessoa humana, tal como consta no art. 1º, III da Constituição Federal.

A segurança nacional, bem como a saúde pública, são bens jurídicos muito importantes, dignos da maior atenção. No entanto, no Estado democrático de direito, não se admite o princípio maquiavélico segundo o qual os fins justificam os meios. Os fins e os meios da atividade estatal precisam ser razoáveis, legítimos e democraticamente fixados.

Em outras palavras, aqueles bens devem sim ser promovidos e protegidos, mas através de meios juridicamente adequados, o que não inclui a agressão desproporcional à vida. A invocação genérica do *bem jurídico segurança nacional* não tem proporção com o sacrifício do *bem jurídico vida*.

Suponha-se serem corretos os preceitos que permitem o abate da aeronave meramente suspeita de cometer o crime de tráfico. Neste caso, numa comparação grosseira, seria admissível que a polícia abrisse fogo contra aqueles pontos onde sabidamente se vende drogas, ou então, poderia a polícia abrir fogo contra suspeitos da prática de crime que batem em retirada?

É evidente que a resposta para tais questões é negativa. Apesar das condutas acima referidas afrontarem a segurança, a violência contra a vida se mostra excessivamente desproporcional ao agravo. Portanto, é inaceitável, do mesmo modo que seria o tiro de destruição contra aeronave *suspeita*, em

face da qual não há segurança sequer da prática de ato ilícito (v. o caso do avião coreano).

O Estado deve reagir diante dos crimes em flagrante¹² ou na sua evidência, porém, não em casos de mera *suspeição*. A aeronave que atravessa de modo clandestino o espaço aéreo nacional não estará necessariamente em situação de ilicitude, porquanto podem ocorrer fortes razões para que isso dê: por exemplo, num vôo internacional há uma pane e o comandante da aeronave, sem ter acesso à radiocomunicação, toma a decisão de efetuar um pouso forçado num aeroporto brasileiro, sem a autorização prévia da autoridade brasileira.

Como foi visto no transcorrer do texto, o Estado deve ser racional e ético, tal como destacou Norberto Bobbio, caso contrário estaríamos consagrando o direito de o Estado matar. Ora, conforme nosso texto constitucional, o direito de matar está peremptoriamente proibido em nome do direito básico, fundamental e natural à vida¹³.

O direito à vida é, ao final das contas, condição essencial para que o homem desfrute daquele outro direito básico instituído em 1776 pela Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia: “o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”¹⁴. É o direito à felicidade (*“right to happiness”*).

¹² A palavra “flagrante” significa no latim *flagrare* (queimar) e *flagrans* (ardente, abrasador, que queima).

¹³ Ressalvadas as especialíssimas hipóteses em que a vida de uma pessoa pode implicar a morte da outra: é o caso típico da interrupção da gravidez derivada da necessidade de se garantir a vida da mãe (aborto terapêutico). Tais casos tanto são especiais que geram enormes discussões do ponto de vista ético e religioso.

¹⁴ No texto original diz assim: “*Section 1. That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety*”.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV. A ENCICLOPÉDIA LIVRE - **Wikipédia. Pena de morte no Brasil.** Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pena_de_morte_no_Brasil>. Acesso em: 08/03/2012.

AMARAL, Thiago Bottino do. **A segurança por meio da estruturação da ponderação.** Elaborado em agosto de 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7274&p=1>. Acesso em: 08/03/2012.

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

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil.** 1º v. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos.** 4ª Reimpressão, Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 5.144, 16 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm> Acesso em: 08/03/2012.

BRASIL. Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998. Lei do tiro de destruição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm> Acesso em: 08/03/2012.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional** (2 vols.). Rio: Forense, 1977/1978.

CICCO FILHO, Alceu José. **Relevância da Imunidade Diplomática.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_79/artigos/Alceu_rev79.htm >. Acesso em: 25/02/2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Repensando a Interpretação Constitucional.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n.º 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25/03/2012

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil.** São Paulo: Malheiros, 2009.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso. 2009 – Presidente Prudente, 2009.

FERREIRA, Milene Rocha. **A Constitucionalidade da Lei 9.614 (lei do abate)**. Elaborado em 10 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1046>>. Acesso em: 02/01/2012.

FORÇA AÉREA BRASILEIRA. **Entenda a lei do tiro de destruição**. Centro de Comunicação Social da Aeronáutica. Disponível em: <<http://www.reservaer.com.br/legislacao/leidoabate/entenda-leidoabate.htm>> Acesso em: 25/02/2012.

GOMES, Luiz Flávio. **lei do abate: inconstitucionalidade**. Elaborado em 29 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009102616435752> Acesso em: 25/02/2012.

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

LIMA, Fernando. **Inconstitucionalidade da lei do abate**. Elaborado em 05 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.profpito.com/inabat.html>> Acesso em: 25/02/2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

MONTENEGRO. **lei do abate de aviões: bem jurídico protegido**. Elaborado em 18 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://pinxit.wordpress.com/2009/09/18/lei-de-abate-de-avioes-bem-juridico-protetido/#comments>> Acesso em: 25/02/2012.

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

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

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

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

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

RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. **A legislação do abate de aeronaves**. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 444, 24 set. 2004. Disponível em: Acesso em: 02/01/2012.

SÁ, Christian de. **Limitando o Limite**. Elaborado em abril de 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5627/limitando-o-limite>> Acesso em: 08/03/2012.

SILVA, Cleber Demetrio Oliveira da. **O Princípio da Solidariedade**. Elaborado em outubro de 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9315/o-principio-da-solidariedade/2>> Acesso em: 25/03/2012.