

ENSAIO SOBRE A LEI DO ABATE AÉREO

Mariana Rolemberg NOTÁRIO¹
Wilton Boigues Corbalan TEBAR²

RESUMO: O presente trabalho analisará a constitucionalidade da Lei 9.614/98, chamada de “Lei do Abate Aéreo” que trouxe modificações significativas ao artigo 303 da Lei nº 7.565/86. Referida Lei traz em seu bojo uma hipótese de pena de morte que, em tese, somente poderia ser autorizada pela Constituição Federal. Isso porque a Constituição Federal de 1988 proíbe a pena de morte no Brasil. Em que pese a proibição existente, o mesmo diploma normativo cria uma única exceção na qual permite a aplicação da pena de morte somente em caso de guerra declarada. Neste contexto, serão analisados os fundamentos de existência desta exceção constitucional e suas particularidades, com ênfase na regra de mitigação de direitos fundamentais, dado o fato de a vida ser um direito fundamental de todos os cidadãos. Após este primeiro momento, o trabalho analisará os fundamentos de existência da permissão veiculada na Lei Federal “do Abate Aéreo” e suas particularidades. No terceiro momento do trabalho, far-se-á o confronto entre as duas permissões existentes no Ordenamento Jurídico acerca da pena de morte, concluindo pela inconstitucionalidade, dada a regra de mitigação de direitos fundamentais e as diferenças insuperáveis entre a permissão federal e a constitucional.

Palavras-chave: Abate Aéreo. Pena de Morte. Constitucionalidade. Direitos Fundamentais.

INTRODUÇÃO

A análise da constitucionalidade da Lei 9.614/98 chamada de “Lei do Abate Aéreo” revela-se de grande importância no cenário constitucional, pois veicula

¹Discente do 4º termo do curso de graduação em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Estagiária Discente da mesma Instituição. Convidada à apresentação no Painel Especial de Direito Islâmico pela publicação do artigo “**CIRCUNCISÃO FEMININA ISLÂMICA: O DIREITO ISLÂMICO EM RELAÇÃO AO BRASILEIRO**”, no Encontro Toledo de Iniciação Científica de Presidente Prudente no ano de 2013.

² Advogado. Professor titular de Processo Civil do CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo mesmo Centro. Pós graduado em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-Uniderpe/MS. Graduado em Direito pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. Foi 1º (primeiro) colocado no concurso de estagiários da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional de Presidente Prudente no ano de 2009. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: “**Brasil e os Tratados Internacionais: Alusão às regras de Direito Internacional e de Direito Interno**” no Encontro Toledo de Iniciação Científica de Presidente Prudente no ano de 2011. Recebeu menção honrosa à publicação do artigo intitulado como: “**Análise Constitucional das Decisões Equivocada do Supremo Tribunal Federal acerca da Aplicação das Normas Introduzidas pelas Emendas Constitucionais 32/2001 e 42/2003**” no VIII Encontro de Iniciação Científica da Toledo de PP (2012).

em seu corpo normativo autorização expressa para a utilização da pena de morte, medida esta proibida expressamente pela Constituição Federal de 1988. Tendo em vista que a vida consiste em um direito fundamental previsto constitucionalmente, somente este diploma normativo poderia a excepcionar, dada a regra de mitigação de direitos fundamentais sedimentada na doutrina constitucional, tal qual ocorre com a expressa autorização para se aplicar a pena de morte em caso de guerra declarada. Ocorre que a Lei Federal nº Lei 9.614/98 chamada de “Lei do Abate Aéreo”, em seu segundo parágrafo do artigo 303, traz outra hipótese de pena de morte, diversa daquela prevista na Constituição Federal.

O núcleo do presente trabalho busca, portanto, analisar a constitucionalidade desta hipótese heterogênia conquanto ausente do texto constitucional. Neste contexto, no primeiro capítulo apresentamos algumas considerações sobre o direito à vida na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, inerente a todo cidadão brasileiro. Dada a peculiaridade deste direito, o mesmo diploma normativo proibiu a pena de morte no Brasil, apresentando, todavia, autorização expressa para tanto em caso de guerra declarada. Analisamos exaustivamente as peculiaridades desta pena de morte autorizada constitucionalmente para confrontá-las com aquela prevista na “Lei do Abate”.

No segundo capítulo discorreremos sobre a hipótese autorizadora da pena de morte contida na legislação federal e seus aspectos essenciais confrontando-os com os elementos obtidos no primeiro capítulo visando definir a identidade formal e material entre as duas hipóteses de aplicação da pena de morte existentes no ordenamento jurídico pátrio.

No terceiro capítulo apontamos as inconsistências científicas e inconstitucionalidades da hipótese autorizadora da pena de morte prevista na legislação federal com supedâneo na confrontação de elementos feita no segundo capítulo.

Foi utilizado, neste trabalho, o método dialético no sentido provocar, de maneira constante, a revisitação de conceitos atinentes ao Direito Constitucional e seu sub-tópico concernente aos direitos fundamentais e teoria geral da norma para legitimar a premissa tida como verdadeira de que a permissão constitucional autorizadora da pena de morte consiste no modelo paradigma de exceção ao direito fundamental à vida conquanto único diploma normativo apto a veicular tal hipótese.

Fixada esta premissa geral, obtida pelo método dialético, de que a permissão constitucional autorizadora da pena de morte consiste no modelo paradigma de exceção ao direito fundamental à vida conquanto único diploma normativo apto a veicular tal hipótese, foi utilizado o método dedutivo para concluir-se que toda e qualquer pena de morte veiculada em normas infraconstitucionais e divergentes quanto aos fundamentos daquela prevista na Constituição Federal são inconstitucionais.

1 O DIREITO A VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

É de suma importância, para a compreensão do debate aqui proposto, a análise inicial e sintetizada das fundamentais características da norma de maior valor jurídico presente no Ordenamento Nacional. Quer seja, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, aqui denominada Constituição Federal³. Note-se, portanto, que a Lei Fundante de 1988 tem, por obvia, a função de reger e estruturar o Estado, por intermédio da igual estruturação do próprio Ordenamento Jurídico. Assim, pacífico é o entendimento de que as limitações trazidas pelo Diploma Magno vigente devem ser veementemente respeitadas, até pela supremacia que ela tem e exerce. No entanto, relevante salientar o fato de a implementação de uma norma *topos*, tal qual a Constituição pátria, ter demandado esforço na conquista histórica e mundial pela positivação dos direitos dentre os mais fundamentais e inerentes aos cidadãos, exercidos, inclusive, em face do próprio Estado, por ela estruturado. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Scarlet, esclarece a importância e função desses direitos, denominados fundamentais:

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. (2012, p. 36)

³ Sobre a origem da palavra *constituição*, e sua conseqüente função: ACQUAVIVA. 2010, p. 75 e seguintes.

Nesse trilha, Marcelo Novelino (2013, p. 36) traz o entendimento de que, dada a importância do direito constitucional, ele sequer deveria ser considerado como um ramo, mas sim como um *tronco* do direito, do qual derivam os *demais ramos* da mesma ciência.

Observe-se, então, o entendimento e exercício da citada soberania (v. *retro*), nas palavras do atual Min. do Supremo Tribunal Federal – órgão máximo e protetor da Matéria Constitucional –, Luís Roberto Barroso:

*A supremacia da Constituição é o postulado sobre o qual se assenta o próprio direito constitucional contemporâneo, tendo sua origem na experiência americana. Decorre ela de fundamentos históricos, lógicos e dogmáticos, que se extraem de diversos elementos, dentre os quais a posição de preeminência do poder constituinte sobre o poder constituído, a rigidez constitucional, o conteúdo material das normas que contém e sua vocação de permanência, **nenhum ato jurídico pode substituir validamente se for com ela incompatível.** Grifou-se. (2010, p. 84)*

Na mesma toada, vislumbre-se que

*A superioridade das normas constitucionais também se expressa na imposição de que todos os atos do poder político estejam em conformidade com elas, de tal sorte que, **se uma lei ou outro ato do poder público contrariá-las, será inconstitucional (...).***

A superioridade das normas constitucionais, afinal, além de gerar a invalidade dos atos que a contrariam, também se expressa no feito de condicionar o conteúdo de normas inferiores. São, nesse sentido, normas de normas. Grifou-se. (MENDES; BRANCO. 2012, p. 100)

Conforme examinado, os conteúdos abrangidos pela Constituição deverão ser respeitados, tal qual uma premissa condicionante à elaboração legislativa infraconstitucional. A fim de garantir tal plenitude da eficácia constitucional, e tendo lastro nas mais diversas normas previstas na ordem jurídica, a norma que fira os preceitos abrangidos pela Constituição poderá ser, inclusive, objeto de diversas ações que venham assegurar a supremacia relatada. Dentre elas, o próprio controle de constitucionalidade. A supremacia, portanto, é exercida pela Constituição do Estado de Direito, podendo, contudo, ser exercida em face deste mesmo Estado, na medida em que sua própria regência o limita procedimental e substancialmente através de determinadas previsões legal-constitucionais. Frise-se ainda que as limitações impostas pela Constituição Federal, até pelo fato de ela ser rígida e programática, abrangem, principalmente, conteúdos de caráter dogmático.

O dogmatismo, nesse aspecto, deve-se à imposição de cláusulas que, apesar de hierarquicamente idênticas às orgânicas, demandam maior amparo por

instituírem normas de tamanha relevância e importância, a ponto de torná-las uma *máxima* jurídica, v.g., direitos fundamentais. Revele-se, por fim, acerca das primícias relatadas pela análise da eficácia, aplicabilidade e controle da Constituição Federal de 1988, que a supremacia constitucional insistentemente abordada se deve, *a priori* e fundamentalmente, ao exercício de um Poder Constituinte Originário, que, revestido das suas características gerais (inicial, incondicionado, ilimitado), edita, regulamenta e estrutura um ordenamento jurídico, de tal modo a elaborar e excepcionar regras (MENDES; BRANCO. 2012, p. 95 – 181).

Por conseguinte, apenas este Poder Sumo – *incondicionado e ilimitado* – poderá modificar cláusulas dogmático-normativas materiais⁴, por ele consideradas e previamente identificadas *cláusulas pétreas*. Não obstante, tal poderio é afastado do próprio Poder Constituinte quando na modalidade *de reforma*, conforme compreendido por Paulo Bonavides (2012, p. 198). Isto fixado, observe-se que

Ser a conduta de um indivíduo prescrita por uma norma objetivamente válida é equivalente a ser esse indivíduo obrigado a essa conduta. Se o indivíduo se conduz tal como a norma prescreve, cumpre a sua obrigação, observa a norma; com a conduta oposta, “viola” a norma, ou, o que vale o mesmo, a sua obrigação. (...) A mesma hipótese de regulamentação positiva se verifica também quando uma determinada conduta, que é em geral proibida, é permitida a um indivíduo por uma norma que limita o domínio de validade da outra norma que proíbe essa conduta. Tal sucede, por exemplo, quando uma norma proíbe, de forma absolutamente genérica, o emprego da força por um indivíduo contra outro, e uma norma particular o permite em caso de legítima defesa. (KELSEN. 1998, p.22)

Desta forma, saliente-se que as normas petrificadas pelo Constituinte Originário tornam-se mais que uma limitação procedimental aos demais âmbitos do Poder Legislativo. Essa disposição normativa torna o conteúdo por ela elencado imodificável, escusadas quaisquer (meras) *deliberações* sobre o assunto, salvo nos casos em que busque ampliar o que abrange o teor da norma dogmática fundamental (MENDES; BRANCO. 2012, p. 190).

Verifique-se que o Legislador Constituinte, ao abordar direitos considerados fundamentais, elabora um Título exclusivo à matéria, trazendo já no artigo vestibular a ele o Direito à Vida. Anterior ao este Título (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), apenas o Título I, tratando dos “Princípios Fundamentais” da República Federativa do Brasil. Insofismável, contudo, a aplicação de tais princípios para garantir a correta exegese do textuário constitucional.

⁴ À propósito, verifique-se: BONAVIDES. 2012, p. 200.

Portanto, evidente a relevância do título garantidor dos direitos inerentes ao cidadão brasileiro, e não só ele, como também aos estrangeiros que residem em território nacional. Tome-se por nota, no entanto, que apesar de a Constituição expressamente tratar apenas dos cidadãos estrangeiros *residentes* no Brasil, referido dispositivo tem a norma ampliada a todos aquele que – simplesmente – *estiverem* no território⁵ pátrio, partindo-se da sistemática interpretação de seus demais dispositivos e institutos, tendo lastro, inclusive, no próprio Título I quando adota os seguintes critérios principiológicos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: - III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: - I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

Feitas essas considerações, torne-se à análise do bem jurídico da “vida”. Muito embora a denominação e a exclusividade ao tratar do tema “direitos fundamentais”, bem como a análise sistemática proposta já indiquem sua pertinência, é preciso verificar também a extensão e exaustão nessa abordagem constituinte. Ora, se o legislador buscou positivar – não só como direito, mas atribuindo a esses direitos inúmeras garantias – uma vastíssima gama de conceitos e métodos considerados de efetividade indispensável, esse fato deve ser exaltado, compreendido como uma reafirmação de que o Brasil obteve esses direitos de forma árdua, e que, conseqüentemente, deverão ser observados como preceitos vestibulares aos atos e normativismo jurídico.

Sendo assim, notável a extrema cautela para com os bens elencados (também) no artigo 5º, compreendendo também o bem, e o conseqüente o direito à vida. De mais a mais, importante mencionar a dura limitação trazida aos legisladores pós-constituintes acerca dos direitos aqui vistos como dogmáticos e imodificáveis. Prevista no quarto parágrafo do artigo 60 da Constituição, traz à luz o dissertado sobre a exclusiva incondicionalidade e ilimitabilidade constituinte originária.

⁵ Sobre território, verifique-se: ACQUAVIVA. 2010, p. 31.

1.1 Natureza Jurídica do Direito à Vida

Em consonância com a busca pela compreensão referente à constitucionalidade da Legislação Aérea examinada por este trabalho, primordial por à ótica do leitor a inviolabilidade ao direito à vida, de tal modo a buscar sua natureza jurídica. Acordando com o que fora vigorosamente dissertado acima, é notória proveniência deste direito como “Direito Fundamental” de primeira geração. Como observado de maneira sagaz pelo Professor Dr. Ingo Wolfgang Scarlet, especialista em tais direitos, eles surgem

demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’. Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, **os direitos à vida**, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. (2012, p. 46)

Urge notar que o bem da vida “vem a ser o fundamento de todos os bens e a condição necessária de toda atividade humana. Entre os bens que a pessoa é titular, a vida ocupa o primeiro lugar” (MARQUES. 2000, p. 6). Já nas palavras do Professor Dr. André Ramos Tavares:

É o mais básico de todos os direitos, no sentido de que **surge como verdadeiro pré-requisito da existência dos demais direitos consagrados constitucionalmente**. (...) Assim, inicialmente, cumpre assegurar a todos o direito de simplesmente continuar vivo, permanecer existindo até a interrupção da vida por causas naturais. Isso se faz com a segurança pública, com a proibição da justiça privada e com o respeito, por parte do Estado, à vida de seus cidadãos. Grifou-se (2013, p. 429)

Assim, compreende-se que a limitação (art. 60, §4º) prevista pela Constituição Federal, em relação aos direitos e garantias fundamentais, deve ser observada quando pairar volição legislativa na edição de normas que possam abranger, expressamente ou não, o Direito aqui narrado. Em desfecho, indispensável averiguar a limitação exarada também em nível do Direito Internacional, pois quando pactuado, é considerado pelo Direito Pátrio uma extensão da Carta de Direitos⁶.

⁶ Vide parágrafos do Art. 5º CRFB/88.

1.2 A Proibição da Pena de Morte

Tendo fundamento nas mais diversas normas nacionais e internacionais, vigentes e cogentes ao Ordenamento Brasileiro, a pena de morte é a ele excepcionada. Em outras palavras, ao elencar as espécies de apenamento, a Constituição Federal, de maneira clarividente, excluiu a hipótese de incutir a pena capital. Esse fato se deve justamente à expressa previsão da inviolabilidade do direito à vida. Não seria razoável um mesmo legislador que previu que a vida seria inatingível, utilizou-se da motivação sobre a proteção da dignidade da pessoa humana (dentre tantos outros preceitos de protecionismo ao indivíduo), que elencou direitos “fundamentais”, que demonstrou, na robustez, cuidado especial com tais direitos, e que os tornou irredutíveis, prever a pena pessoal, principalmente se atingindo o bem da vida, de modo a ferir todos os mandamentos antevistos. Tache-se, a fim de elucidar a motivação do impedimento, a seguinte concepção: “O direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediavelmente incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedá-la” (SILVA. 2010, p. 201).

Em consonância, é entoado pela Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 4º - Direito à vida: - 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.
3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

Posto isso, em que pese a discussão a respeito de uma possível limitação a um novo Poder Constituinte Originário quanto aos direitos fundamentais atualmente positivados, apenas ele poderia vir a rediscutir a positivação da pena de morte. Divulgue-se, enfim, que, apesar de haver uma impossibilidade de instituir a pena estudada em nosso Ordenamento, observada pela consequência lógica de haver a previsão da inviolabilidade da vida, o Constituinte, de maneira precavida, positivou a sua incompatibilidade com o Sistema vigente. Isso pode ser observado no rol do inciso XLVII, do mesmo artigo que positiva o direito à vida.

1.2.1 Exceções permitidas: a regra de mitigação de direitos fundamentais

Apesar de toda a narrativa até o presente momento demonstrar suntuoso desvelo – note-se a propositada redundância – para com a vida dos indivíduos que estiverem em território brasileiro⁷, relevante a análise das possibilidades de exceção, e, posteriormente, de forma mais minuciosa a regra para a mitigação em casa de guerra declarada. Repetitivo dizer que a extenuada Carta de Direitos Brasileira tende a abolir toda e qualquer forma a pena capital, tanto pela história do Estado Brasileiro, quanto pela evolução histórica mundial na busca pelos direitos e garantias em favor do homem. Esse fato pode ser identificado na própria história mundial, e na consequente classificação das “dimensões” ou “gerações” dessa espécie de direito, vastamente exploradas pelas mais diversas doutrinas, classificadas, à princípio, em Direitos Fundamentais: de primeira dimensão, ou individuais; de segunda dimensão, ou *sociais*; de terceira dimensão, ou *coletivos*⁸.

Do mesmo modo, em âmbito nacional, desde a primeira Lei Máxima outorgada por D. Pedro I, aboliram-se as penas cruéis, e, apesar de a legislação ordinária ainda trazer a pena capital, nasceu a compreensão de que seu uso deveria ser moderado. Desde então, apesar de se registrar alguns desvios (como nos AI's editados no período de ditadura militar), vigorou a regra que afasta essa espécie de apenamento de nosso Ordenamento (RODRIGUES. 1998, p.159-167).

Relativo à Constituição de 1988, observe-se:

É verdade que, desde a instauração do regime republicano, não se registra em nosso País um só ato de execução, apesar de algumas condenações que resultaram em comutações à pena privativa de liberdade, face à clemência do Presidente. (RODRIGUES, 1988, p.166).

Contudo, e até como consequência dessa evolução dos direitos fundamentais, o mesmo Estado que busca ser intercessor dos direitos *individuais* de seus componentes deve buscar a efetivação de tais direitos, na igual efetivação dos direitos *transindividuais*. Isso significa que não basta o Estado tutelar os bens em favor de um indivíduo, e reduzir ou ser indiferente em relação aos bens sociais e coletivos.

⁷ Sem distinção se brasileiros ou não; Sem distinção se de maneira transitória ou definitiva.

⁸ Observe-se: SCARLET. 2012, p. 48-52.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, inicie-se, num primeiro momento, a explicação para os enunciados supra:

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (*O que é efetivamente protegido?*), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção. Não integraria o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição de determinado direito.

Isso significa que o âmbito de proteção dos direitos individuais não se confunde com proteção efetiva e definitiva, garantindo-se a possibilidade de que determinada situação tenha sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional. Grifou-se. (MENDES; BRANCO. 2012, p. 289)

Perante a exposição do jurista, entende-se que, quanto ao objeto de proteção na garantia à inviolabilidade do direito a vida, evidente ser a própria vida. Ou seja, o permanecer vivo de um indivíduo sobre o qual vigora a norma constitucional. Noutra via, quanto à efetivação da referida proteção, apesar de não se poder reduzir o objeto tutelado, é possível mitigar, atenuar, abrandar a *norma* que o tutela.

Verifique-se que a mitigação de um direito fundamental individual constitucional, em detrimento à efetivação de outro, não deve buscar sua violação, e deve ser justa e motivada. Ou seja, não pode ser banalizada a ponto de se imputar a toda e qualquer pessoa, em toda e qualquer situação. A motivação deve ser observada numa circunstância fática, que indique real necessidade de se efetivar outro direito, que não o mitigado, fundamentada de maneira coerente no próprio Direito. Se assim for, passará, então, a ser justa. Insta salientar a natureza irreduzível do direito objeto deste trabalho – o direito à vida. Sendo ele, por regra, irreduzível, e estando presentes elementos que o tornam imodificável por outro poder, que não o Constituinte em sua qualidade “Originário”, apenas esse Poder Originário poderá mitigar, excepcionar, atenuar a norma protetora da vida. Significa dizer que a mitigação deverá ser fundamentada em norma constitucional original.

Indispensável trazer outras hipóteses de mitigação previstas no próprio Ordenamento, como acrescenta Marcelo Novelino: as causas excludentes de antijuricidade, previstas nos artigos 23 a 25 do Código Penal; as causas excludentes de punibilidade do artigo 128 do mesmo Código (observado o do acréscimo da ADPF 54/DF – anencéfalo terapêutica da gestação por feto anencéfalo); os precedentes da ADI 3.510/DF (Lei 11.105/05 – “Lei de Biossegurança”); e, por fim, a

Lei 9.614/98, por ele chamada “Lei do Abate”. Contemple-se que, conquanto existam essas hipóteses, elas devem ser – e são – revestidas pelos mesmos requisitos aqui expostos⁹ (2013, p. 564).

Verifique-se que, nas previsões feitas no Código Penal, o fundamento legal se observa na garantia da *segurança pública, direito à vida, direito à integridade, exercício da ampla defesa*, todos igualmente previstos pela Constituição no título de direitos e garantias fundamentais. Além de fundamento constitucional, a situação fática deve exigir real necessidade, como demonstra a Lei na punição dos casos de excesso, da injusta agressão, da obrigatoriedade em se utilizar dos “meios necessários”, dentre outros, da exigibilidade de inexistência de outro meio, ou protegendo a pessoa que sofreu lesão anterior (v. g. a mulher que tem sua integridade e dignidade sexual violada no caso de estupro).

Identificada a incomum hipótese de mitigação de um direito que, de tão imprescindível é pré-requisito para os demais, importante buscar o porquê de haver essa possibilidade. Assim, solucionadas as primeiras questões, se acesse para o segundo momento, onde, só então, passar-se-á para a análise restrita da última Lei (do Abate Aéreo).

1.2.2 Casos de guerra declarada: fundamentos de existência

A mitigação em detrimento ao direito à vida deve incorrer, por óbvia, em tal natureza que, de tão fundamental, poderá prevalecer. Conforme o já proposto, ela deverá encontrar alicerce num ditame indiscutivelmente justo, pautando-se em regra constitucional originária vigente; e motivada por situação que demande real necessidade de se efetivar outro direito fundamental. Neste caminho, indispensável retomar à análise do texto constitucional, demonstrando também os requisitos ora expostos:

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,

⁹ Necessidade de efetivar outro direito; Fundamentação coerente.

quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

O requisito de ser a norma constitucional, com preceito originário e vigente cumpre-se de imediato. Já no que tange a real necessidade de se efetivar, a própria Constituição abrange os casos: de guerra declarada, em face Estado estrangeiro, respeitados os demais parâmetros legais. A presença dessa excepcionalidade funciona como retirada da cláusula suspensiva na eficácia do Código Penal Militar, quando este diploma introduz as penas com o pagamento através da própria vida. Essa mitigação, então, tem por principal objetivo a garantia da soberania do Estado em prejuízo a outro ainda que o apenamento seja imposto a seu próprio cidadão. Assim, é preciso demonstrar que:

o poder soberano é elemento *essencial* do Estado. Não há Estado sem poder soberano, pois a soberania é a qualidade suprema do poder estatal; (...) Graças à soberania, o Estado torna-se uma sociedade *condicionante*, ao passo que as sociedades menores tornam-se *condicionadas* pelo Estado. (ACQUAVIVA. 2010, p. 51-52)

À título de ilustrar e esclarecer as afirmativas supracitadas, observe-se os dispositivos penais militares:

Traição: Art. 355. Tomar o nacional armas **contra o Brasil ou Estado aliado**, ou prestar serviço nas forças armadas de nação em guerra contra o Brasil: Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

Favor ao inimigo: Art. 356. Favorecer ou tentar o nacional **favorecer o inimigo**, prejudicar ou tentar prejudicar o bom êxito das operações militares, comprometer ou tentar comprometer a eficiência militar:

Tentativa contra a soberania do Brasil: Art. 357. Praticar o nacional o crime definido no art. 142: - Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo. Grifou-se.

Indubitável, então, a conclusão obtida quanto à proteção do Estado, pelo exercício de sua soberania, como indica, de forma arguta, o Prof. Marcelo Novelino:

Vale lembrar que a própria Constituição de 1988 consagra a pena de morte no caso de guerra declarada (CF, art. 5.º, LXVII, a), que nada mais é do que uma regra resultante de uma ponderação feita pelo poder constituinte originário, na qual foi atribuído um peso maior à soberania nacional do que ao direito à vida (561, p. 513)

No mesmo passo, e cercado ainda melhor o assunto, o também Professor, José Afonso da Silva:

[a pena de morte] admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, a), porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem por ventura venha a trair a pátria em momento cruciante (2005, p. 202)

Verifique-se ainda um novo elemento, trazido pelo segundo Professor: a quem a pena (de morte), vigendo de forma excepcional, se aplicará apenas àquele que incorrer em delito militar. Deste modo, fica claro que a pena capital não poderá alcançar toda e qualquer pessoa. Essa pena atingirá tão somente aquele que efetivamente cometer ato considerado crime militar, nas condições estudadas, exclusive a hipótese de aplicação a qualquer outro indivíduo, em qualquer outra circunstância e/ou momento. Chegando ao epílogo deste tópico, registre-se que, ainda que imputada a pena de morte ao indivíduo, ela será, via de regra, produto de sentença condenatória transitada em julgado, por juiz militar competente¹⁰. Outrossim, executar-se-á simetricamente à previsão da dignidade da pessoa humana, realizada por fuzilamento¹¹, de modo a não causar sofrimento ao apenado.

1.2.2.1 Análise das particularidades da exceção apresentada

Mostraram-se claros os fundamentos de a ruptura da norma regulamentadora da irredutibilidade do direito à vida dever ao fato de garantir a soberania do Estado. Contudo, posto que este o entendimento seja predominante, explore-se de uma ótica que considera não só a soberania, mas, novamente, a sistematizada interpretação da Norma Constitucional. Embasando-se novamente nos princípios contidos no Título I da CRFB, atentando-se ao que normatiza o artigo 4º do mesmo Certificado, e ampliando os conceitos mencionados, poderá ser alcançada a finalidade da garantia dessa soberania: a tutela dos direitos transindividuais, conforme brevemente proposto em tópico anterior.

Não seria viável uma mitigação que viesse garantir tão somente o “poder de ordem” do Estado, se não para assegurar de forma mais abrangente, os demais direitos por ele previstos. Assim, a soberania transforma-se em garantia, na

¹⁰ Art. 57, *caput*, da Lei 1.001/69, o “Código Penal Militar”.

¹¹ Sobre a motivação e “piedade” dessa execução penal, verifique-se: RODRIGUES, 1996, p. 85.

medida em que passa a resguardar os bens e direitos mais imprescindíveis, dentre eles os individuais, que, sob essa ótica, passam a ser (frise-se) transindividuais¹². Enfim, interessante estabelecer, como escopo desse desvio da norma, a possibilidade exclusiva de o fazer, no âmbito do Direito Penal e Direito Penal Militar e pelo legislador constituinte originário, a *efetivação* dos mais insígnies direitos. Ainda que: não deverá haver nova previsão similar, haja vista ser, esse fato, de competência exclusiva do Poder indicado.

2 A EXCEÇÃO ANÔMALA: PREVISÃO EM LEGISLAÇÃO FEDERAL – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

A premissa definida no capítulo anterior nos permite concluir que a permissão constitucional autorizadora da pena de morte consiste no modelo paradigma de exceção ao direito fundamental à vida conquanto único diploma normativo apto a veicular tal hipótese. O fundamento de validade desta previsão/autorização à mitigação do direito fundamental a vida decorre do Poder Constituinte Originário como visto no primeiro capítulo. Neste primeiro momento nos parece correto afirmar que a exceção ao direito a vida veiculada na Legislação Federal nº 9.614/98 chamada de “Lei do Abate Aéreo” em seu primeiro artigo, que vem a modificar o artigo 303 da Lei 7.565/86, ou seja, do Código Brasileiro de Aeronáutica, é formalmente inconstitucional, pois tampouco o Poder Constituinte Derivado possui alcance normativo para estiolar o direito a vida. Se assim o é, como mais razão esta proibição se mostra evidente para o legislador infraconstitucional. O Poder Constituinte Derivado se manifesta através de emenda constitucional e possui alguns limites previstos na Constituição Federal para seu exercício. Note o comando esculpido no artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal sobre o tema:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais

¹² Que ultrapassam da figura de um ente exclusivo, tornando-se coletivo.

Referido artigo traz a lume o que se convencionou chamar de núcleo imodificável da Constituição Federal, isto é, cláusulas pétreas ou inalteráveis quanto a direitos considerados fundamentais pelo Constituinte Originário. Manifestação evidente destes direitos individuais fundamentais trata-se do direito a vida, bem supremo do cidadão enquanto membro da República Federativa do Brasil. Neste cenário ainda que remotamente se admitisse a criação de outra hipótese de pena de morte [o que não é admitido pela norma jurídica supramencionada] que não aquela veiculada pela Constituição Federal, deveria ela ser introduzida no ordenamento jurídico por Emenda Constitucional, pois decorrente do Poder Constituinte.

No entanto, a hipótese inovadora de mitigação do direito fundamental a vida contida na Lei 9.614/98 chamada de “Lei do Abate Aéreo” violou de forma grosseira a proibição de abolição de direitos individuais fundamentais considerados imodificáveis, pois além de não respeitar a regra contida na Constituição Federal, qual seja impossibilidade de abolição de direitos individuais fundamentais, foi veiculada por espécie normativa distinta daquela permitida pelo texto constitucional para fazê-lo. Não obstante a constatação da flagrante inconstitucionalidade formal nos resta agora analisar se referida norma é materialmente constitucional. Para definir se referida norma jurídica goza de materialidade constitucional é necessário analisar seus fundamentos de existência, suas particularidades e filtrá-la sob a ótica da regra de mitigação dos direitos fundamentais. A análise pormenorizada da hipótese prevista em lei federal que veicula permissão expressa de pena de morte é necessária para o desenvolver do presente trabalho científico, pois havendo identidade material com aquela veiculada na Constituição Federal podemos concluir num primeiro momento acerca do seu conteúdo materialmente constitucional.

2.1 Fundamentos de Existência e bem jurídico tutelado: a inconstitucionalidade material

Ressaltamos no primeiro capítulo que o fundamento de existência da pena de morte em caso de guerra declarada veiculada na Constituição Federal era o Poder Constituinte Originário. Já o bem jurídico tutelado consiste na Soberania Estatal em situações de exceção representada pela hipótese de guerra declarada. O

fundamento para a promulgação da lei Federal nº 9.614/98 chamada de “Lei do Abate Aéreo” decorre da competência atribuída pela Constituição Federal para o ente federado instituir normas jurídicas de seu interesse. Note então que o fundamento de existência de ambas as hipóteses veiculadoras de exceção/mitigação ao direito a vida, isto é, pena de morte possuem fundamentos completamente distintos na Teoria Geral Estado (Teoria do Poder ou Teoria Constitucional para alguns autores).

Neste passo a teor do que preleciona o artigo 22 da Constituição Federal não há competência legislativa expressa para a União instituir pena de morte em detrimento do artigo 60, 4º, IV da Constituição Federal, pois como demonstrado acima o fundamento de existência da competência legislativa privativa é a proteção de seus interesses enquanto ente federativo. Existe, neste primeiro momento, um descompasso flagrante entre os fundamentos de existência entre as hipóteses veiculadoras de pena de morte existentes no ordenamento jurídico pátrio. Vamos agora analisar o bem jurídico tutelado no intuito de desvendar a identidade material de ambas as hipóteses autorizadoras de pena de morte no Brasil.

Já se fixou no primeiro capítulo que o bem jurídico tutelado pela pena de morte em caso de guerra declarada trata-se da Soberania Estatal. Sobre o bem jurídico tutelado pela hipótese prevista na Lei do Abate Aéreo temos que “a lei em questão introduziu conceitos novos, pois a segurança e soberania nacional estavam em jogo” (SAMANIEGO, 2012, p. 49). Tentam alguns autores, a maioria composta por membros da aeronáutica, defender que o bem jurídico tutelado permanece sendo a Soberania Estatal, pois decorre do direito do Estado de proteger seu território aéreo. Oreste Ranelletti já nos dizia que “A soberania do Estado sobre o espaço aéreo estende-se em altitude até onde haja um interesse público que possa reclamar a ação ou proteção do Estado” (1938, p. 28). Afirmando como sendo a Soberania brasileira o bem jurídico tutelado pela Lei do Abate Aéreo note as palavras de Valdeana Dias Santos:

Esta é uma ação afirmativa na conquista da plenitude de suas competências. É o que singulariza um Estado. O Código Brasileiro de Aeronáutica assegura que “o Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial (2014, P. 04)

Não obstante as argumentações supramencionadas outro elemento de peso invocado por tal corrente consiste na invocação da Carta das Nações Unidas,

uma vez que preleciona expressamente que qualquer Estado, para resguardar sua Soberania, pode praticar a defesa de seu território garantindo sua incolumidade.

Estabelece o §7º, artigo 2 da Carta:

Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas do Capítulo VII.

CAPÍTULO VII - AÇÃO RELATIVA A AMEAÇAS À PAZ, RUPTURA DA PAZ E ATOS DE AGRESSÃO Artigo 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.

Todavia a tese defendida por tais juristas quanto ao bem jurídico tutelado pela Lei do Abate Aéreo não goza de fundamentação consistente como será demonstrado doravante. Como analisado no primeiro capítulo todos os crimes tipificados em lei que disciplina a pena de morte prevista constitucionalmente em caso de guerra declarada realmente eram hipóteses materiais que atentavam contra a Soberania do Estado. Não se pode dizer o mesmo das hipóteses típicas previstas para a pena de morte veiculada na legislação federal. Assim o é, vez que existe consenso entre os juristas de que tal lei ingressou no ordenamento jurídico tendo como justificativa o combate ao tráfico de drogas. Isso porque o Brasil é rota do narcotráfico e os grandes contrabandos ocorrem na maioria das vezes pelo espaço aéreo.

Note as palavras de Paulo Henrique Vieira Sante:

A defesa pela constitucionalidade da lei converge, praticamente, em dois pontos. O primeiro versa sobre o princípio da soberania do qual estaria acima dos demais princípios e o segundo de que o Brasil deve repudiar o tráfico de drogas. Sendo que a medida do tiro de destruição não possui o escopo de matar os tripulantes, contudo apenas de evitar o ingresso no território brasileiro portando drogas no interior da aeronave. (2014, p. 02)

Não obstante as informações trazidas pelos eminentes autores necessário se faz analisar as hipóteses materiais tipificadas na lei do Abate Aéreo para desvendar o bem jurídico que se presta a tutelar. Note os fundamentos legais:

Decreto nº 5.144 de 16/07/2004 - Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986

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 reconhecidamente fontes de produção ou distribuição de drogas ilícitas; ou

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

Não obstante o fato de um Decreto ter criado tipos penais situação que já demonstra flagrante inconstitucionalidade por violação ao Princípio da Legalidade, seguiremos com nossa proposta de analisar o bem jurídico tutelado. Pois bem, pela análise da disposição normativa apresentada as hipóteses materiais tipificadas aludem ao combate ao tráfico de drogas em território brasileiro. O bem jurídico tutelado em tipos penais relativos a entorpecentes consiste na saúde pública¹³ e não na Soberania Estatal como querem alguns juristas a pretexto de legitimar a validade ou constitucionalidade da pena de morte instituída pela Lei Federal nº 9.614/1998.

Note os ensinamentos de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi

o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos (2009, p. 86)

Por todo o exposto esta claro que os bens jurídicos tutelados nas duas espécies de pena de morte existentes no ordenamento jurídico são totalmente distintos. Tendo em vista que a hipótese prevista na Constituição Federal é o elemento paradigma de exceção ao direito fundamental à vida conquanto único diploma normativo apto a veicular tal hipótese, nos resta concluir com hialina clareza

¹³ TJ-SC - Apelação Criminal (Réu Preso) ACR 527091 SC 2009.052709-1 (TJ-SC) Data de publicação: 04/11/2010. Ementa: Apelação Criminal (Réu Preso). Crime de Tráfico de Drogas (art. 33, caput, da Lei n. 11 343/06. Sentença condenatória. Recurso da Defesa. Saúde Pública como bem jurídico tutelado.

que não havendo identidade entre as hipóteses materiais a previsão contida na Lei Federal nº 9.614/1998 é materialmente inconstitucional.

2.1.1 A inconsistência da proposta

Não obstante a demonstração de inconstitucionalidade formal e material ante a ausência de identidade entre os fundamentos de criação, veículo normativo introdutor e bem jurídico tutelado entre as espécies de pena de morte existentes no ordenamento jurídico brasileiro, teceremos algumas considerações igualmente importantes que confirmam a inconstitucionalidade apontada. As inconstitucionalidades doravante apontadas não tratam de vícios inerentes à Teoria Geral do Poder, mas sim de vícios atinentes a infrações normativas a partir da análise do direito positivo gerando as inconstitucionalidades obtidas pela Teoria Geral da Hermenêutica Constitucional.

2.1.1.1 Violação do Devido Processo Legal e do Julgamento por autoridade competente

O artigo 303 da Lei Federal nº 9.614/1998 regulamentado pelo Decreto nº 5.144 de 16/07/2004 viola flagrantemente as normas constitucionais atinentes ao Devido Processo Legal e ao julgamento por autoridade competente como será demonstrado. Note os mencionados preceitos constitucionais:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; 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;

No Estado Democrático de Direito a autoridade competente para sentenciar um cidadão privando-lhe de seus bens e direitos, notadamente a liberdade, é conhecida pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário através de seus membros, funções e competências constitucionalmente discriminados foi eleito pelo

Poder Constituinte Originário para resguardar a Constituição Federal quanto a proteção de direitos fundamentais mínimos de todos os jurisdicionados.

Para tanto existe previsão constitucional expressa de que qualquer lesão ou ameaça a direito deve ser apreciada pelo Poder Judiciário competente para emanar uma sentença justa por órgão devidamente investido de poder para tanto. Em que pese a autorização de privação de direitos dos cidadãos a Constituição Federal preocupada com os abusos que poderiam ser praticados impôs como dever para a aplicação de qualquer penalidade o respeito ao Devido Processo Legal. Ferramentas que dão concretude ao Devido Processo Legal são os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa igualmente positivados na diploma constitucional. Nenhum destes comandos constitucionais são respeitados pela exceção à vida trazida ao ordenamento jurídico pelo artigo 330 da Lei do Abate Aéreo.

Note que não é oportunizado ao ocupante do avião ou aeromodelo que sobrevoa o território nacional um julgamento justo através do Devido Processo Legal com seus recursos inerentes representados pelo Contraditório e Ampla Defesa. A hipótese autorizadora do abate se pauta em presunção de que tal aeronave esteja participando do ilícito de entorpecentes. Vejam bem caros leitores, referido artigo autoriza com base em mera presunção o abate, isto é, destruição de uma aeronave quando há “suspeita” de que esteja praticando ilícito de tráfico de entorpecentes.

Como se não bastasse quem emite a ordem é o Presidente da República ou pessoa por ele delegada, violando o dever do Estado proporcionar ao cidadão julgamento perante autoridade competente. O vício é ainda mais flagrante se considerarmos que mesmo no caso de pena de morte em tempos de guerra declarada há um mínimo de respeito a tais princípios, isto é, o meliante só é apenado com a morte após seu julgamento perante sentença transitada em julgado proferida na Justiça Militar. A inconstitucionalidade é flagrante sob a ótica de qualquer aspecto que se procure analisar.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA: VIOLAÇÃO DAS REGRAS ATINENTES À MITIGAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1988 inovou juridicamente ao elencar a dignidade da pessoa humana como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, pois foi responsável pela rematerialização das normas constitucionais. Hodiernamente o texto da Constituição Federal ganhou densidade normativa, isto é, possui eficácia normativa capaz de impor seu cumprimento imediato notadamente quando se trata de direitos fundamentais. Nos fornecendo referenciais teóricos sobre o tema note as palavras de Paula Sarno Braga:

Com a promulgação da Constituição de 1988, a sociedade brasileira, encontra-se diante da carta política mais democrática e avançada de todos os tempos, que dedicou seu Título II, exclusivamente, à disciplina de direito e garantias fundamentais do homem – de cunho individual e coletivo. Colocou-se um ponto final ao período de despotismo do estado brasileiro, que teve seu poder demarcado, sobretudo, com um certo extenso e preciso de garantias constitucionais (2008, p. 179)

Podemos afirmar, portanto, que a Constituição Federal deixa de ser uma carta política e de boas intenções permeada de normas programáticas e passa a assumir um papel intervencionista na concretização de direitos fundamentais dos cidadãos. Por essa razão toda norma infraconstitucional que violar o comando constitucional padece de inconstitucionalidade insanável devendo ser extirpada do ordenamento jurídico.

No mesmo sentido preleciona Eduardo Cambi:

Em razão de se colocar em um nível normativo hierarquicamente superior à legislação ordinária (princípio da Supremacia da Constituição), acaba por prever um conjunto de direitos (fundamentais) que as leis não podem derogar. Os direitos fundamentais configuram o epicentro axiológico da ordem jurídica, condicionando o exercício da hermenêutica e da produção da norma (eficácia irradiante dos direitos fundamentais) (2009, p. 58)

Um destes direitos fundamentais estiolados pela legislação federal de nº 9.614/1998 trata-se justamente do mais importante deles, qual seja a vida. Sendo assim, referida lei extrapolou a competência prevista pela Constituição Federal quanto a materialidade de seu conteúdo e formalidade na sua promulgação, pois ao prever pena de morte em caso de ilícito de entorpecentes tornou-se absolutamente inconstitucional.

São as palavras de Hans Kelsen:

como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior [...] todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma

fundamental foram um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum (2006, p. 217)

Conforme delineado no primeiro capítulo um direito fundamental somente pode ser mitigado pela própria Constituição Federal. No entanto, exista uma qualificadora nesta exigência. A mitigação não pode ocorrer via lei federal, tampouco por emenda constitucional a teor do disposto no artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal. O único legitimado a ofertar tal mitigação é o Poder Constituinte Originário.

4 CONCLUSÃO

Examinados detidamente a justificativa dada à aceção da Lei 9614/98, a Lei do Abate Aéreo, bem como seu conteúdo. Examinamos ainda os requisitos formais e procedimentais para a elaboração legislativa constitucional e a incidência da Constituição da República Federativa do Brasil, como Norma Máxima do Ordenamento Jurídico, e sua tutela ao bem e direito à vida e passamos a concluir:

Que o direito a vida é um direito fundamental e por estar veiculado na Constituição Federal, diploma normativo de observância obrigatória e regente dos dispositivos infraconstitucionais, consiste em cláusula pétrea ou núcleo imodificável de seu texto, hipótese em que somente a própria Constituição pode excepcioná-lo.

Que a referida Lei é absolutamente *inconstitucional*, na medida em que fere o comando expresso e principiológico da mesma Norma de que ninguém será apenado com a morte conforme demonstrado ao longo do debate proposto. Nesse passo a inconstitucionalidade se mostrou ainda mais evidente no confronto com a regra de mitigação de direito fundamental de que somente o Poder Constituinte Originário poderia excepcionar um direito fundamental que ele mesmo elegeu como prioridade aos súditos do diploma constitucional.

Que referida Lei é formalmente inconstitucional, pois a permissão constitucional autorizadora da pena de morte consiste no modelo paradigma de exceção ao direito fundamental à vida conquanto único diploma normativo apto a

veicular tal hipótese. Desta forma, não poderia Lei Federal invadir competência legislativa de emenda constitucional e criar outra hipótese autorizadora de pena de morte. Esta conclusão foi extraída através da Teoria Geral da Hermenêutica Constitucional.

Que referida Lei é materialmente inconstitucional, pois o bem jurídico, a hipótese típica e o fundamento de existência a que se pretende tutelar não guarda identidade com a hipótese autorizadora da pena de morte prevista constitucionalmente. Com efeito, a permissão constitucional visa proteger a Soberania Estatal em caso de guerra declarada, enquanto a Lei Federal tem como bem jurídico a ser protegido a saúde pública frente ao combate ao tráfico de drogas. As hipóteses típicas analisadas corroboraram tal conclusão. Por fim o fundamento de existência da pena de morte autorizada constitucionalmente possui lastro na Teoria Geral do Estado ou Teoria do Poder, conquanto a hipótese veiculada em Lei Federal tem como fundamento de existência a política criminal do Estado no combate ao tráfico de drogas. Esta conclusão foi extraída através da Teoria Geral da Hermenêutica Constitucional e da Teoria do Poder responsável pela criação de uma nova ordem constitucional (Poder Constituinte Originário).

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA, Marcus Claudio. **Teoria Geral do Estado**. 3ª Ed. Barueri: Manoele, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Bahia: JusPodivm, 2008.

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

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510 Distrito Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdf>>

Paginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203512>. Acesso em: 13/09/14.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CORREIA, José Aparecido. **Pena de morte em vôo (Lei 9614/98)**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/981/pena-de-morte-em-voo-lei-9614-98>>. Acesso em 10/09/2014.

GOMES, Luis Flávio. **Lei do Abate: Inconstitucionalidade**. Disponível em <<http://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acesso em: 13/09/14.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado**. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria pura do direito. Tradução João Batista Machado**. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3ª Ed. Saraiva: S.Paulo, 2009.

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

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em 13/09/14.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

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

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013.

RANELLETTI, Oreste. **Istituzioni di Diritto Pubblico**. 13ª Ed. Editora Milano, 1938.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Pena de Morte**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SANTE, Paulo Henrique Vieira. **Da (In)Constitucionalidade da Lei do Tiro de Destruição**. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/26804/da-in-constitucionalidade-da-lei-do-tiro-de-destruicao>>. Acesso em 10/09/2014.

SANTOS, Valdeana Dias. **ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DO TIRO DE DESTRUIÇÃO (LEI DO ABATE)**. Disponível em <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D15-03.pdf>>. Acesso em: 10/09/2014

SARAMANIEGO, Wagner Ricardo. **Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial**. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.