

LEI DO ABATE

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO*

Advogado e Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça

Ninguém pode ser a favor, e muito menos agente, da infração penal. O preâmbulo da Constituição da República é congêrie de valores e finalidades do direito brasileiro; elegeu a Justiça como roteiro supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

A legislação ordinária precisa amoldar-se a esses princípios. Entre nós, infelizmente, não é corrente confrontar a legislação ordinária com tais referências básicas. O notável Bettiol, no definir o delito, não se restringe ao aspecto formal. Vai além, preocupa-se com a ontologia do instituto. Deixou-nos esta lição in *Istituzione di Diritto e Procedura Penale*, Cedam, Padova, 1973, 2ª ed., p. 16. A antijuridicidade formal é apenas sinônimo da tipicidade do fato, enquanto a essência da antijuridicidade está na lesão do interesse. Esse registro é válido também para o Estado. Deve, por isso, elaborar a legislação conforme os princípios que lhe são postos, em particular, pela sociedade. Aqui, chega-se o importante aspecto, infelizmente, nem sempre levado em conta na elaboração da lei. O primeiro é tão relevante que pode atingir a legitimidade do texto incriminatório.

A lei do abate é oportuna ilustração. Como toda legislação precisa passar pelo crivo dos referenciais acima mencionados. O Estado, tantas vezes também pratica ilegalidade. Ferrajoli, in *Derecho y Razon*, Laterza & Figli, 1989, p. 944, é categórico: "Pode-se afirmar tranqüilamente que, na história do homem, nenhum Direito Fundamental desceu do céu, ou nasceu em uma mesa de despacho já escrito e redigido nos textos constitucionais". A legitimidade não é emitida pelo legislador. O texto legal, ao contrário, a ele se subsume, ou não. Inexiste neutralidade!

A lei que afronte tais princípios é carente de legitimidade. O Estado, não obstante o amplo poder institucional, preciso ajustar-se a ela. Não o fazendo, a legislação não ganha o suporte axiológico conquistado lentamente. Sem exagero, a duras penas.

O combate à criminalidade é legítimo. Não se pactua coroações marginais. De outro lado, todavia, imprescindível obediência ao referido complexo de valores. *L'Etat c'est moi* ainda se faz presente! Não basta o procedimento legislativo. Lei não é simples redação. Urge conferir-lhe conteúdo. Aqui, sem dúvida, o relevantíssimo papel do Poder Judiciário. A tripartição do Poder não pode ser meramente formal!

A lei do abate é lamentável ilustração. Estatui o disposto no art. 303, da lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986, relativamente à detenção, interdição e apreensão de aeronaves, regulamentada pelo Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, cujo art 2º define o conceito de "aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Tais aparelhos estão sujeitos "às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito". As primeiras fundamentalmente buscam identificar a aeronave; as segundas na determinação da aeronave pousar em aeródromo determinado as últimas, consistem nos disparos de tiros de aviso, Em caso de não atendimento, a aeronave será classificada como hostil "e estará sujeita à medida de destruição".

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

Em primeiro lugar, no chamado balanceamento dos bens jurídicos, a vida ganha primazia em relação ao combate à criminalidade. A Constituição (art. 1º) registra que o Brasil se constitui em Estado democrático de direito e literalmente preserva a dignidade da pessoa humana" (III)

Em segundo lugar, os princípios do Direito Penal e Direito Processual Penal foram postos de lado. A Lei Maior proclama: "não haverá Juízo ou Tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII) ou seja, todos têm direito ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa: "aos litigantes em processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV)". Ainda, "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art 5º, LVII).

A Lei do Abate pode chegar à execução sumária. Algumas preocupações procedem. Imagine-se, e é comum nas fronteiras, a aeronave transportar pessoa inteiramente alheia ao crime que se busca combater. Ainda haja crianças (não são "pombos-correio"), apesar disso submetidas ao sistema de terror! Executadas sem o devido processo legal?

Democracia é a submissão do Estado ao sistema de direito. A melhor senão a única materialmente considerada.

O art. 5º do Decreto, tecnicamente, previne "a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra". A interpretação da lei, entretanto deve ser feita com os pés no chão. Abater a aeronave em voo, evidente como regra, significa eliminar a vida dos passageiros. Onde fica, insista-se, o devido processo legal? E o princípio jurídico conquistado a duras penas: a amplitude do processo "assegurado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes"? Execução sumária é resquício (precisa ser banido) dos Estados totalitários!