

DO CONTEÚDO NORMATIVO DA REGRA DA VEDAÇÃO DA PENA DE MORTE NO BRASIL *

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson *

Resumo: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica, tem por linha de fundo fazer uma análise dogmática quanto a dimensão normativa da regra da vedação da pena de morte no sistema jurídico brasileiro, face a sempre existencial crítica a pena de morte em si, bem como problemas pontuais no que tange a chamada “lei do abate” e a pena de liquidação da pessoa jurídica em decorrência de crimes ambientais.

Palavras-Chave: Vedação a penas cruéis. Pena de morte. Fracasso do estado de direito. Configuração de uma não pena.

OF THE REGULATION CONTENT OF THE RULE OF THE DEATH PENALTY IN BRAZIL

Abstract: On-screen research, using a methodology of qualitative analysis, using the methods of hypothetical-deductive approach of a descriptive and analytical character, adopting a technique of bibliographical research, has as its background a dogmatic analysis of the dimension normative of the rule of the prohibition of the death penalty in the Brazilian legal system, in

* Tema explicitado no livro: NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. *Curso de Direito Penal – Teoria da Pena*. Curitiba: Juruá, 2017. V.II.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar.

view of the ever existential criticism of the death penalty itself, as well as specific problems regarding the so-called "slaughter law" and the liquidation penalty of the legal person as a result of environmental crimes.

Keywords: Prohibition cruel punishments. Death penalty. Failure of the rule of law. Setting a not worth it.

1. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS



Historicamente, a pena de morte sempre esteve presente nos mais diversos sistemas jurídicos do mundo, constituindo-se em uma das penas principais e de aceitação pacífica pela sociedade, vindo, tão somente, com os ideais iluminista (século XVIII), a ser ventilado crítica referente a sua desproporcionalidade e desumanidade.

Em face de uma oposição, apenas a partir da idade moderna, a pena de morte constitui-se arsenal do *jus puniendi* da boa parte dos Estados contemporâneos.

Luigi Ferrajoli aponta a presença da pena de morte na grande maioria dos países, ainda:

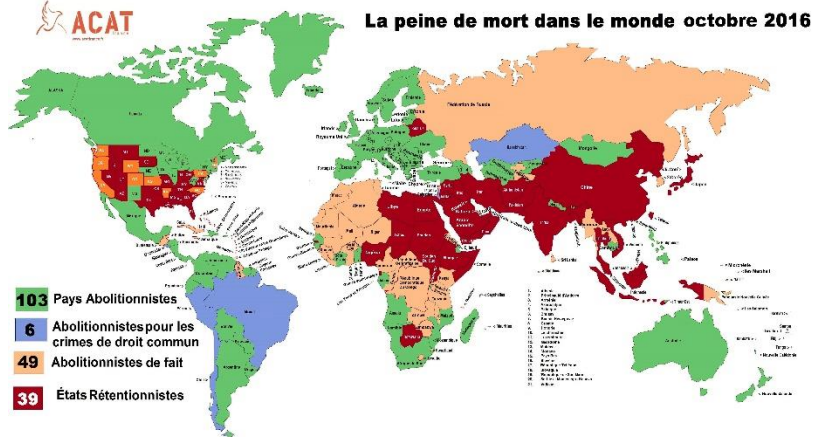
(...). A pena de morte está ainda presente em quase todo o mundo: somente 28 Estados a aboliram por completo; em 129 países - dentre os quais grande parte dos Estados Unidos, a União Soviética e quase todos os países africanos e asiáticos - é aplicada inclusive em tempo de paz; e em outros 18 países, entre os quais a Itália, Grã-Bretanha e Espanha, está prevista só para o tempo de guerra. Portanto, as vítimas da pena de morte contam-se, ainda hoje, aos milhares em cada ano. Somente nos Estados Unidos, em particular, foram julgadas 3.862 pessoas de 1930 até hoje, na sua maior parte negros. (...).¹

Como se aferi na cartografia sobre pena de morte, adotado no globo, referente a outubro de 2016, a situação descrita

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2º ed. São Paulo: RT, 2006, p. 355

por Luigi Ferrajoli sofreu alterações, principalmente no bojo europeu. Todavia, é certo que a quantidade de legislações com a previsão de pena de morte ainda é extremamente significativa, principalmente, na África, Ásia e Oriente Médio.

Figura 01 – Cartografia com os países que adotam a pena de morte²



Em quantidade de execuções destaca-se a China e em seguida Irã, Arábia Saudita, Iraque e Paquistão, tendo no ano de 2016 o registro de 1634 execuções pela anistia internacional.³ Na América, apenas, nos Estados Unidos tem-se o registro de pessoas executadas em 2016.⁴

No seio da Constituição Federal do Brasil de 1988 tem-se a vedação expressa da pena de morte, no bojo dos direitos fundamentais individuais, o que evidencia uma clara limitação ao *jus puniendi* estatal, excepcionando, tão somente, na hipótese

² L'ACAT. Disponível em: <https://www.acatfrance.fr/public/acat_carte_peine_de_mort_oct-2016.jpg>. Acessado em: 15 de agosto de 2017.

³ Pena de morte 2016: Fatos e números. Disponível em: <https://www.acatfrance.fr/public/acat_carte_peine_de_mort_oct-2016.jpg>. Acessado em: 15 de agosto de 2017.

⁴ “Pelo oitavo ano consecutivo, os EUA foram o único país a realizar execuções na região das Américas, com 20 pessoas executadas em 2016 (oito menos que em 2015). Esse foi o menor número de execuções registradas em um único ano desde 1991”. Pena de morte 2016: Fatos e números. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/pena-de-morte-2016-fatos-e-numeros/>>. Acessado em: 15 de agosto de 2017.

de guerra declarada.

Art. 5º. (...).

XLVII - não haverá penas:

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

(...)

Destaca-se que o presente regramento constitucional se constitui em cláusula pétrea (art. 60, §4º) por configurar em direito individual do cidadão, não podendo ser modificado por proposta de emenda à constituição (limitação material), soma-se a isso a cláusula de proibição de retrocesso prescrito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1968 (art. 4, item 3): “Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido”.⁵

Aponta-se, ainda, que o Brasil é signatário do Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional, o qual é competente para julgamento de crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão, e apesar da elevada gravidade dos crimes a serem processados ventilou como pena de maior gravidade a pena perpétua, não se socorrendo da pena de morte.⁶

Artigo 77

Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos; ou

b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem,

2. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar:

a) Uma multa, de acordo com os critérios previstos no Regulamento Processual;

b) A perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa fé.

⁵ Ratificado pelo Brasil através do decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992.

⁶ Ratificado pelo Brasil através do decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002.

No Código Penal Militar Brasileiro está prevista a forma de execução da pena de morte, o qual dar-se-á via fuzilamento, bem como os tipos penais perpetrados em tempo de guerra,⁷ no qual se aplica a pena ora analisada.

Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento.

O desiderato do presente trabalho é a análise dogmática quanto a dimensão normativa da regra da vedação da pena de morte no sistema jurídico brasileiro, fazendo uso, para tanto, de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, adotando-se técnica de pesquisa bibliográfica.

2. BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE A PENA DE MORTE NO BRASIL

É importante fazer o relato histórico da previsão da pena de morte no ordenamento jurídico brasileiro.

Encontrava-se prevista no Código Criminal do Império,⁸ não tendo sido aplicada mais a partir de 1865 e sendo excluída

⁷ Os crimes militares em tempo de guerra encontram-se no livro II do Código Penal Militar a partir do art. 355.

⁸ Código Penal Imperial de 1830. Art. 38. A pena de morte será dada na forca.

Art. 39. Esta pena, depois que se tiver tornado irrevogavel a sentença, será executada no dia seguinte ao da intimação, a qual nunca se fará na vespera de domingo, dia santo, ou de festa nacional.

Art. 40. O réo com o seu vestido ordinario, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até á forca, acompanhado do Juiz Criminal do lugar, aonde estiver, com o seu Escrivão, e da força militar, que se requisitar.

Ao acompanhamento precederá o Porteiro, lendo em voz alta a sentença, que se fôr executar.

Art. 41. O Juiz Criminal, que acompanhar, presidirá a execução até que se ultime; e o seu Escrivão passará certidão de todo este acto, a qual se ajuntará ao processo respectivo.

Art. 42. Os corpos dos enforcados serão entregues a seus parentes, ou amigos, se os pedirem aos Juizes, que presidirem á execução; mas não poderão enterrar-os com pompa, sob pena de prisão por um mez á um anno.

Art. 43. Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto.

no Código Penal Republicano de 1890.⁹

A Constituição Republicana de 1891 foi a primeira constituição brasileira a vetar expressamente a pena capital:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra.

(...)

A Constituição Polaca de 1937 permitia que o legislador prescrevesse a pena de morte nos crimes políticos e no homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.

Art. 122 (...).

(...)

13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a pena de morte será aplicada nos seguintes crimes:

- a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro;
- b) atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania;
- c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra;

⁹ Código Penal de 1890. Art. 43. As penas estabelecidas neste código são as seguintes:

- a) prisão celular;
- b) banimento;
- c) reclusão;
- d) prisão com trabalho obrigatório;
- e) prisão disciplinar;
- f) interdição;
- g) suspensão e perda do emprego público, com ou sem inhabilitação para exercer outro;
- h) multa.

- d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição;
- e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social;
- f) a insurreição armada contra os Poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito;
- g) praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevém em virtude deles;
- h) atentar contra a segurança do Estado praticando devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror;
- i) atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República;
- j) o homicídio cometido por motivo fútil ou com extremos de perversidade.

O referido dispositivo constitucional fora regulamento pela Lei Constitucional nº 1/38 e pelo Decreto-Lei nº 431/38.

Com a Constituição Federal de 1946 tem-se a proibição, novamente, da pena de morte, salvo situação de guerra.

Art. 141. (...). § 31 - *Não haverá pena de morte*, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. *São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.* (...). (Grifos nossos)

No período da ditadura militar, em consonância com a ideologia de segurança nacional, a pena de morte foi novamente instituída através do Ato Institucional nº 14/69,¹⁰ sendo ab-rogado pela Emenda Constitucional nº 1 de 1978.¹¹

¹⁰ Ato Institucional nº 14/69. Art. 1º. O § 11 do art. 150 da Constituição do Brasil passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 150. (...). § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta

¹¹ Emenda Constitucional nº 1/78. Art. 153. (...). § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento no exercício de

Destaca-se que em 1969, através da Lei de Segurança Nacional, tinha-se a previsão de diversos tipos penais onde a pena de morte encontrava-se prescrito como norma secundária.

Verbi gratia:

Art. 8º Entrar em entendimento ou negociação com govêrno estrangeiro ou seus agentes, a fim de provocar guerra ou atos de hospitalidade contra o Brasil.

Pena: reclusão, de 15 a 30 anos.

Parágrafo único. Se os atos de hostilidade fôrem desencadeados:

Pena: Prisão perpétua, em grau mínimo e morte, em grau máximo.

3. CRÍTICAS A PENA DE MORTE

Os professores Zaffaroni e Pierangeli fazem duras e acertadas críticas a pena de morte, afirmando que a mesma não constitui uma pena de fato, posto não atingir nenhuma das finalidades preventivas da mesma, vindo a constituir, apenas, uma forma de impedimento físico com a remoção em definitivo do ser humano, não vislumbrando sequer justificativa na seara do Direito Penal Militar.¹²

Para o atual horizonte de projeção do direito penal, a pena de morte fica fora do conceito de pena. Vimos que no direito penal

função pública.

¹² “Cabe indagar se nossa afirmação abarca também a pena de morte prevista no âmbito do direito penal militar. Entendemos que a chamada pena de morte não é pena em qualquer ramo do direito penal, mas que o direito penal militar em tempo de guerra merece uma consideração especial. A guerra é o fracasso do direito, é um fenômeno que escapou ao direito. Frente a este fenômeno, a legislação de guerra não faz mais do que prever algumas conseqüências desta especial circunstância, dentre as quais cabe considerar a possibilidade de uma situação de inculpabilidade, isto é, de inexigibilidade de outra conduta especialmente regrada, e frente a qual se encontra o exército como instituição de emergência. É claro que por "guerra externa" deve-se entender o tempo durante o qual há um estado de guerra internacional que surte todas suas conseqüências jurídicas, inclusive a aplicação das normas internacionais a respeito (tratamento concedido aos prisioneiros, submissão à proibição de certas armas etc)”. (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal Brasileiro*. 6º ed. São Paulo: RT, 2005. V.I, p. 672).

contemporâneo a pena tem uma função preventiva especial particular (...), reconhecida até mesmo pelos partidários da prevenção geral, visto que admitem que a execução da pena exerça este papel. Pois bem, a chamada "pena de morte" não cumpre qualquer função desta índole, mas simplesmente a função de suprimir um homem, definitiva e irreversivelmente. (...). Seu tratamento já não é atribuição do direito penal, restando examinar se é admissível para o resto da ordem jurídica.¹³

Lembram os mesmos autores que nos Estados Unidos, país com tradição no que tange a aplicação da pena de morte, em 1972, a Suprema Corte Americana, no caso *Furman V. Georgia*, declarou a pena de morte inconstitucional. Em voto do Ministro da Justiça Brennan, este afirma que a pena de morte constitui uma pena cruel incomum, indo além do poder de infligir do Estado, violando, assim a 8º e 14º emendas.¹⁴

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal Brasileiro*. 6º ed. São Paulo: RT, 2005. V.I, p. 671.

¹⁴ *Furman V. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972) - Decided June 29, 1972. "MR. JUSTICE BRENNAN, concurring.

The question presented in these cases is whether death is today a punishment for crime that is "cruel and unusual" and consequently, by virtue of the Eighth and Fourteenth Amendments, beyond the power of the State to inflict". P. 258.

(...)

"There are, then, four principles by which we may determine whether a particular punishment is "cruel and unusual." The primary principle, which I believe supplies the essential predicate for the application of the others, is that a punishment must not, by its severity, be degrading to human dignity. The paradigm violation of this principle would be the infliction of a torturous punishment of the type that the Clause has always prohibited. Yet "[i]t is unlikely that any State at this moment in history," *Robinson v. California*, 370 U.S. at 370 U. S. 666, would pass a law providing for the infliction of such a punishment. Indeed, no such punishment has ever been before this Court. The same may be said of the other principles. It is unlikely that this Court will confront a severe punishment that is obviously inflicted in wholly arbitrary fashion; no State would engage in a reign of blind terror. Nor is it likely that this Court will be called upon to review a severe punishment that is clearly and totally rejected throughout society; no legislature would be able even to authorize the infliction of such a punishment. Nor, finally, is it likely that this Court will have to consider a severe punishment that is patently unnecessary; no State today would inflict a severe punishment knowing that there was no reason whatever for doing so. In short, we are unlikely to have occasion to determine that a punishment is fatally offensive under any one principle". P. 282. Disponível em:

Todavia, tal entendimento fora revisto em 1976, apesar de não desnaturar a importância do precedente de 1972.¹⁵

A crítica à pena de morte no Estado Moderno, apresenta-se na obra iluminista de Cesare Beccaria (primeiro crítico a propor a abolição da pena de morte), a qual não vislumbra qualquer base jurídica para a pena de morte, sendo esta contraditória ao próprio contrato social, visto que o cidadão que cedeu a fração de sua liberdade para formação do Estado nunca foi com intuito de ceder, também, sua vida.

Quem poderia ter concedido a homens o *direito* de fazer degolar seus iguais? Tal direito não tem por certo a mesma origem que as que protegem.

(...). Será o caso de supor que por sacrificar uma parte ínfima de sua liberdade, cada indivíduo tenha desejado arriscar a própria vida, o bem mais precioso de todos?

(...) A pena de morte, pois, não se apoia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão. Se eu provar, contudo, que a morte nada tem de útil ou de necessário, ganharei a causa da humanidade.¹⁶

Além disso, assinala o pensador iluminista, que a experiência secular aponta o fracasso da pena de morte em inibir a prática criminosa.

“A experiência de todos os séculos demonstra que a pena de morte jamais deteve celerados determinados a praticar o mal. (...)”¹⁷

Bem ensina o professor Magalhães Noronha, no seu clássico Curso de Direito Penal, que a eficácia do direito penal está na certeza da punição, o qual se dá com judiciário aparelhado e

<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/408/238#writing-USSC_CR_0408_0238_ZC1>. Acessado em: 10 de março de 2017.

¹⁵ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal Brasileiro*. 6º ed. São Paulo: RT, 2005. V.I, p. 671.

¹⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, ps. 51-52.

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 52.

leis justas. A pena de morte é o inverso da certeza do castigo.¹⁸

“(…). Aplique-se com exatidão nosso Código Penal, criem-se casas de custódia e tratamento, manicômios judiciários, colônias agrícolas, etc., e o país não terá de pensar em pena de morte”.¹⁹

Finaliza-se esse tópico com as palavras de Nelson Hungria: “(…). A justiça penal não pode reconhecer a própria falência, aniquilando os delinquentes, contra o dever de solidariedade humana, ao invés de procurar reivindicá-los moralmente, na medida do possível, para o seu reajuste ao convívio social”.²⁰

4. DA VEDAÇÃO DA PENA DE MORTE E REPERCUSSÕES INTRASSISTÊMICAS – ALGUNS PONTOS DE DEBATES

4.1. DA “LEI DO ABATE”

No ordenamento jurídico brasileiro há previsão do abatimento de aeronave classificada como hostil, segundo o art. 303, §2º do Código Aeronáutico Brasileiro, alterado pela Lei nº 9.614/98:

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

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

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

III - para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV - para verificação de sua carga no caso de restrição legal

¹⁸ Cf. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 36º ed. São Paulo: Saraiva, 2001. V.1, p. 230.

¹⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 36º ed. São Paulo: Saraiva, 2001. V.1, p. 231.

²⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. V.I, tomo II, p. 472.

(artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V - para averiguação de ilícito.

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

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

(...). (Grifos nossos)

O referido dispositivo legal foi regulamentado, tão somente, em 2004 pelo Decreto nº 5.144, sem haver o debate e a publicidade devida quanto a situação fática envolvida.

A questão da destruição da aeronave tida como hostil ganha relevância na política de combate ao tráfico ilícito de entorpecentes,²¹ em que o crime organizado faz uso de pequenos aviões para transportar a droga, partindo de países fornecedores para o Brasil.

O próprio Decreto nº 5.144/04 especifica quando a aeronave será considerada suspeita e tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins:

Art. 2º. (...).

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

²¹ “Em resumo, os programas que autorizam o abate de aeronaves civis apresentam como ponto de partida a concepção de guerra às drogas criada e difundida pelos EUA. Não obstante, justificavam-se para alguns países latino-americanos na necessidade de combater o narcotráfico como um problema associado às guerrilhas em atuação na Região Amazônica. (...)”. (FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 55, nº 1, ps. 66-92, 2002, p. 75. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso em: 05 de agosto de 2017).

presumivelmente utilizada para distribuição de drogas ilícitas.

É clarividente que o art. 303, §2º do Código Aeronáutico Brasileiro não passa incólume ao processo de filtragem constitucional, visto a flagrante inconstitucionalidade do referido dispositivo por estar em desacordo com a vedação constitucional da pena de morte, salvo em hipótese de guerra declarada.

Afira que com a destruição da aeronave tem-se em verdade a aplicação de pena de morte, determinada pelo Poder Executivo, sem um devido processo legal ou fixação de pena por um tribunal, em clara violação do princípio da proporcionalidade, legalidade, culpabilidade e tripartição dos poderes.

Há diversos trabalhos, sejam artigos ou monografias que vislumbram a mácula da inconstitucionalidade da referida lei.

Nossa Constituição contempla a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e também determina que o país reger-se-á, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos entre outros princípios.

Da mesma forma, no Título II, ao prever os direitos e garantias fundamentais, entre outros contempla a inviolabilidade do direito à vida; a proibição de pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; a inafastabilidade de lesão ou ameaça de direito da apreciação pelo Poder Judiciário; garantia de que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente; ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; e que a todos é assegurado o devido processo legal com o contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, a própria Constituição, em seu artigo 60, § 4º, inciso IV, proíbe, até mesmo através de Emenda Constitucional, a abolição dos direitos e garantias individuais nela contemplados.

Assim sendo, é evidente que a Lei do Abate é totalmente inconstitucional, pois, como já analisado no decorrer deste trabalho afronta todos os direitos e garantias enumerados.²²

²² GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. *A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado*. IN: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<http://www.ambito->

O professor Luiz Flávio Gomes logo se manifestou refratário a chamada “Lei do abate”: “A medida de destruição nos termos do Decreto n 5.144/2004, em suma, implica em ostensiva afronta ao texto constitucional e incompatibilidade com princípios do ordenamento jurídico brasileiro”.²³

É certo que a presente contenda dá margem à grande debate doutrinário,²⁴ tendo em vista aqueles que defendem a medida de abate como válida.

Caso o piloto persista na hostilidade, o mesmo estará abrindo mão do seu direito de defesa bem como será considerado invasor e, desta forma, poderá ser interceptado e, eventualmente, abatido. Não se trata, portanto, de pena de morte, como afirmam alguns, já que esta seria caracterizada por uma medida judicial, mas sim de uma ação militar que visa à dissuasão da presença clandestina de aeronaves no espaço aéreo pátrio.²⁵

Ao avaliar a lei, percebeu-se que a fase de autorização do tiro de destruição é excepcional e cautelosa, passando por diversas outras fases anteriores de interceptação pacíficas, sendo realizada apenas quando necessária e última medida cabível para se deter a aeronave, visando resguardar assim, frisa-se novamente, a soberania e a segurança nacional.

Ainda, a medida de segurança ora adotada apresenta uma clara diferença quanto à pena de morte, vez que possuem naturezas e características distintas, tendo em comum apenas a finalidade e justificativa de aceitação, a de proteção de soberania,

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373>. Acessado em: 07 de março de 2017.

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Lei do abate: inconstitucionalidade*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acessado em: 07 de março de 2017.

²⁴ “A ausência de registros de derrubada de aviões civis pela FAB ou de mortes pacificou temporariamente a maior parte das críticas à Lei do Abate, principalmente no campo jurídico. (...)”. (FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. *Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional*. *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 55, nº 1, ps. 66-92, 2002, p. 87. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso em: 05 de agosto de 2017).

²⁵ COELHO JR., Fernando Gonçalves. *A constitucionalidade da lei do abate ou do tiro de destruição*. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/1834.pdf>>. Acessado em: 07 de março de 2017. P. 25.

podendo o tiro de destruição ser considerado nada mais que uma legítima defesa do Estado ante a uma ameaça.

Em síntese, a Lei do Abate parece atender as exigências para observância dos preceitos de direito, coerente aos ditames constitucionais e a realidade do entendimento do Estado Brasileiro quanto à preservação de sua soberania e segurança nacional, mesmo diante do caso em que o direito a vida aparentemente lhe é contraposto.²⁶

4.2. DA PENA DE EXTINÇÃO DA PESSOA JURÍDICA NA HIPÓTESE DE CRIME AMBIENTAL

A Lei nº 9.605/98 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Neste bojo de penalização da pessoa jurídica, há previsão da liquidação da mesma quando identificado que sua constituição ocorreu de forma preponderante para permitir, facilitar ou ocultar prática de crimes de natureza ambiental.

Tal prescrição encontra-se no art. 24 da lei de crimes ambientais:

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei *terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.* (Grifos nossos)

Há doutrina que vislumbra a inconstitucionalidade de tal dispositivo, posto que configuraria a “pena de morte” para a pessoa jurídica.

Não vislumbramos inconstitucionalidade, visto que em

²⁶ LOPES, Marcelo Leandro Pereira; LOPES, Sarah Maria Veloso Freire. A lei 9.614/98 (lei do abate) e a inviolabilidade do direito à vida: análise da proposta de ADI 1.00.000.000836/2005-71 SM-RS. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=231d831a778dc5cb>>. Acessado em: 07 de março de 2017. P. 20.

uma interpretação histórica, a vedação a pena de morte sempre se dirigiu a pessoa física por configurar uma pena que excluiria o próprio ser humano.

A pessoa jurídica é uma “ficção” que só se legitima quando atende o princípio da função social da empresa, o qual é a manifestação do postulado da socialidade.

Quando se tem uma pessoa jurídica constituída com o fito de vilipendiar o bem jurídico meio ambiente, tem-se a quebra da função social da empresa, que autoriza sua desconstituição.

5. DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de uma perspectiva de um Direito Penal Garantista, o qual propugna pela limitação do *jus puniendi* estatal, bem como do mais profundo sentimento humanitário não coadunamos com a licitude da pena de morte como sanção penal, nem mesmo em hipóteses de crime de guerra.

É fulcral perceber que a pena de morte não se constitui em uma sanção penal em verdade, posto que a sanção penal além o caráter retributivo só se justifica quando atende, também, o caráter preventivo. A pena de morte é o processo de desumanização da pessoa, onde o caráter retributivo (a verdadeira essência da pena para alguns) deixa de ter razão de ser defronte ao extermínio do cidadão infrator.

O recurso a pena de morte é o atestado de fracasso do Estado de Direito e indicativo de um governo autoritarista, onde se faz uso do Direito Penal como solução a ondas de violência e de crimes, quedando-se a norma penal em um mero simbolismo.

De sorte que entendemos que o art. 303, §2º do Código Aeronáutico Brasileiro, alterado pela Lei nº 9.614/98 (“Lei do Abate”) que prescreve a destruição de aeronave tida como hostil, cuja ordem será tomada pelo chefe do Poder Executivo Federal, apresenta-se conspurcado fatalmente pela invalidade decorrente

de sua inconstitucionalidade natural por incompatibilidade com a norma constitucional de vedação da pena de morte, salvo em situação de guerra declarada.

O positivismo constitucional é claro, pena de morte no Brasil, apenas, em decorrência de guerra declarada, conforme os tipos penais militares prescritos para o tempo de guerra.

Imaginar que o combate ao narcotráfico pode justificar o abatimento de aeronave em espaço aéreo Brasileiro por ordem do chefe do Poder Executivo Federal, não só infringi a vedação da pena de morte, como os postulados da tripartição dos poderes, do devido processo legal, do princípio da não culpabilidade, da proporcionalidade, da legalidade, vindo a constituir-se em um verdadeiro rasgo do sistema garantista brasileiro.

Por fim, no que tange a sanção de liquidação da pessoa jurídica em face de infração ambiental entende-se que o dispositivo do art. 24 da Lei nº 9.605/98 não macula o regramento da vedação da pena de morte tendo em vista que o desiderato do regramento constitucional, historicamente, sempre fora dirigido a figura do ser humano e no direito contemporâneo a razão de ser de uma pessoa jurídica dar-se em obediência ao princípio da função social da empresa.



REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 99. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, DF, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.
- _____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.
- _____. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.
- _____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.
- _____. Decreto-lei nº 898, de 29 de setembro de 1969. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 29 de setembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0898.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.
- _____. Decreto-lei nº 1.011, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.
- _____. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 20 de dezembro de 1986.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

_____. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 26 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

_____. Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Regula os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 19 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

COELHO JR., Fernando Gonçalves. *A constitucionalidade da lei do abate ou do tiro de destruição*. Disponível em:

- <<http://www.sbda.org.br/revista/1834.pdf>>. Acessado em: 20 de fevereiro de 2019.
- FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 55, nº 1, ps. 66-92, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100005>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. 2º ed. São Paulo: RT, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. *Lei do abate: inconstitucionalidade*. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1990529/lei-do-abate-inconstitucionalidade>>. Acessado em: 07 de março de 2017.
- GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. *A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado*. IN: *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373>. Acessado em: 20 de fevereiro de 2019.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 5º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. V.I, tomo II.
- LOPES, Marcelo Leandro Pereira; LOPES, Sarah Maria Veloso Freire. *A lei 9.614/98 (lei do abate) e a inviolabilidade do direito à vida: análise da proposta de ADI 1.00.000.000836/2005-71 SM-RS*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=231d831a778dc5cb>>. Acessado em: 20 de fevereiro de 2019.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 36º ed. São Paulo: Saraiva, 2001. V.1.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique.

Manual de direito penal Brasileiro. 6° ed. São Paulo:
RT, 2005. V.I.