

Defesa aeroespacial e segurança nacional em xeque: a precária disciplina normativa ao abate de aeronaves

Aerospace defense and national security in check: the precarious normative discipline on aircraft slaughter

La defensa aeroespacial y la seguridad nacional bajo control: la precaria disciplina normativa sobre la detección y destrucción de aeronaves ilícitas

Andrew Fernandes Farias¹

RESUMO

O presente artigo, baseado em pesquisa documental e bibliográfica, tem por objetivo verificar se o aparato normativo brasileiro viabiliza uma defesa eficaz do espaço aéreo ante ameaças de aeronaves hostis. Como é cediço, o espaço aéreo é locus de vulnerabilidade para questões de segurança e defesa. Nesse sentido, o abate de aeronaves revela-se uma medida imprescindível para a preservação da segurança e defesa nacional. Como no Brasil o abate está restrito apenas para as hipóteses de aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de entorpecentes, questões muito mais graves que estas, como terrorismo, não estão regulamentadas, fazendo com que os bens e interesses pátrios, nacionais, fiquem em situação de vulnerabilidade. Assim, malgrado o Brasil possuir os meios operacionais (pessoal treinado, radares, aviões, helicópteros, etc.) para fazer frente às ameaças via espaço aéreo nacional, não dispõe dos meios jurídicos. Para solucionar a questão, é necessário que seja confeccionado um ato normativo que amplie as hipóteses de cabimento do abate de aeronaves, permitindo-o para as demais hipóteses que ameaçam a segurança e defesa nacional.

Palavras-chave: Defesa aeroespacial. Segurança Nacional. Abate de aeronaves. Ampliação das hipóteses.

ABSTRACT

This article, based on documentary and bibliographic research, aims to verify if the Brazilian normative apparatus enables an effective defense of airspace against threats from hostile aircraft. As is common, airspace is a locus of vulnerability for security and defense issues. In this sense, the destruction of aircraft proves to be an essential measure for the preservation of national security and defense. As aircraft destruction in Brazil is restricted only to suspected illicit drug traffic hypotheses, issues that are much more serious than these, such as terrorism, are not regulated, making national property and national interests vulnerable. Then, despite Brazil having the operational means (trained personnel, radars, planes, helicopters, etc.) to face threats via national airspace, it does not have the legal means. To solve the issue, it is necessary to prepare a normative act that expands the possibilities of reference about aircraft destruction, allowing it for other cases that threaten national security and defense.

Keywords: Aerospace defense. National security. Aircraft slaughter. Expansion of the hypotheses.

I. Universidade da Força Aérea (UNIFA) – Rio de Janeiro/RJ – Brasil. Mestre em Ciências Aeroespaciais pela Universidade de Força Aérea (UNIFA). E-mail: andrewadvc@gmail.com

Recebido: 12/04/19

Aceito: 13/05/19

RESUMEN

Este artículo, basado en la investigación documental y bibliográfica, tiene como objetivo verificar si el aparato normativo brasileño permite una defensa efectiva del espacio aéreo contra las amenazas de fuerzas aéreas hostiles. Como es normal, el espacio aéreo es un lugar de vulnerabilidad para los problemas de seguridad y defensa. En este sentido, la destrucción de aviones resulta ser una medida esencial para la preservación de la seguridad y defensa nacional. Como derribo de aviones en Brasil se limita solo a las hipótesis de aviones sospechosos de tráfico ilícito de narcóticos, los problemas que son mucho más graves que estos, como el terrorismo, no están regulados, lo que hace que la propiedad privada y estatal y los intereses nacionales sean vulnerables. Por lo tanto, a pesar de que Brasil tiene los medios operativos (personal capacitado, radares, aviones, helicópteros, etc.) para enfrentar amenazas a través del espacio aéreo nacional, no cuenta con los medios legales. Para resolver el problema, es necesario crear una normativa que amplíen esos otros casos que amenazan la seguridad y la defensa nacional.

Palabras clave: Defensa aeroespacial. Seguridad nacional. Destrucción de aeronaves. Expansión de las hipótesis.

1 INTRODUÇÃO

A segurança e a defesa de um Estado abrangem necessariamente seu respectivo espaço aéreo. A história revela vários episódios em que aeronaves, no espaço aéreo, são utilizadas para a prática de crimes, atos terroristas e como instrumentos de conflitos bélicos não convencionais.

As preocupações das forças armadas em relação à defesa da pátria concentravam-se no confronto convencional entre forças militares. Ocorre que, com a escalada das agremiações e dos atos terroristas ao redor do globo, máxime com os ataques às torres gêmeas em Nova Iorque, na data de 11/09/2001, constatou-se que a defesa da pátria demanda, entre outras questões, o combate ao terrorismo.

Nessa perspectiva, verifica-se que, devido a uma vulnerabilidade, *in re ipsa*, o espaço aéreo é um ambiente atraente à prática de atos de agressão. Assim, a proteção do espaço aeroespacial revela-se premente para que o mandamento constitucional de defesa da pátria seja

observado. Nesse particular, a missão da Força Aérea Brasileira de resguardar os céus nacionais assume especial destaque.

Nesse contexto, indaga-se: o Brasil está preparado juridicamente para essa realidade? O que fazer diante de aeronaves civis hostis que trafegam no espaço aéreo nacional? Interceptá-las? Abatê-las?

Como resguardar o espaço aéreo nacional das ameaças contemporâneas, entre elas a ameaça terrorista? Eventual vácuo legislativo nessa hipótese fragiliza a defesa nacional e coloca em posição de vulnerabilidade os agentes de defesa aérea da Força Aérea Brasileira que poderão responder criminalmente por seus atos praticados ao arrepio de expressa legislação.

2 ABATE DE AERONAVES E PENA DE MORTE: UMA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO

De forma precípua, cumpre diferenciar o abate de aeronaves da pena de morte, uma vez que são institutos que não se confundem, possuindo grandes diferenças, mas que a comunidade jurídica muitas vezes trata como semelhantes, ou, ao menos, utilizando a relação de conteúdo e continente.

Assim, sustenta Queiroz (2009) que o abate de aeronaves é pena de morte e viola o direito à vida.

Exemplo frisante de quão inúteis podem ser as leis, mesmo quando assumam caráter constitucional, principiológico e garantista, a demonstrar, definitivamente, que o direito, e, pois, o não-direito, o lícito e o ilícito, é o que dissermos que ele é, foi-nos dado pelo decreto 5.144, de 16 de julho de 2004, que, a pretexto, e só a pretexto, de regulamentar os §§ 1º e 2º do art. 303 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), previu a destruição de aeronaves “hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins”, vale dizer, **instituiu, entre nós, a pena de morte** por juízo de exceção, implicando, por isso, a violação sistemática de vários princípios constitucionais (CF, art. 4 e 5): **a) inviolabilidade da vida (art. 5, caput); b) proibição da pena de morte em tempo de paz (art. 5, XLVII, a); c) presunção de inocência (art. 5, LVII); d) proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5, XXXVII, a); e) devido processo legal (art. 5); f) prevalência dos direitos humanos (art. 4, II); g) defesa da paz (art. 4, VI); h) solução pacífica dos conflitos (art. 4, VII); i) repúdio ao terrorismo (art. 4, VII); j) legalidade; l) proporcionalidade; m) inviolabilidade da propriedade (art. 5, caput) [...]** Com a edição do decreto, sabemos, agora, que **a pena de morte, que sempre existiu entre nós informalmente, passou a contar com o apoio oficial explícito**, tudo a revelar quão violento e antidemocrático pode ser o “direito democrático”, criado que é à nossa imagem e semelhança, e, pois, expressão fiel dos nossos micro-sistemas (sic) jurídicos. **(grifo nosso)**.

Podestá (2005) aduz que a conduta daquele que abate uma aeronave, matando seus ocupantes, amolda-se ao crime de homicídio e o executor da medida não está albergado por qualquer justificante, *ipsis litteris*: “[...] a conduta de quem abate uma aeronave, matando seus ocupantes, subsume-se ao art. 121 [...]” (PODESTÁ, 2005).

Mas, rogando todas as vênias o abate de aeronave, tal qual previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica, não se confunde com pena de morte. De forma precípua, consigne-se que, enquanto a pena de morte é uma **sanção imposta** pelo Estado para aquele que violou a legislação, o abate de aeronaves (tiro de detenção) é um **meio coercitivo** de que se vale o Estado, para impor sua soberania ao renitente descumpridor de decisões do Estado, **facultando** sua utilização ao próprio insurgente; outrossim a pena de morte objetiva **matar o condenado**; por seu turno, o abate visa **impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil**; por derradeiro, na pena de morte o óbito é certo, já no abate o óbito é contingente (possível sim, porém incerto).

Destarte, abate de aeronaves e pena de morte possuem diferenças ontológicas (natureza do ser), teleológicas (finalidade) e consequenciais (consequência), não se podendo confundir esses institutos, ou dizer que o abate é uma espécie de pena de morte. Cumpre reiterar que, no tiro de detenção, a morte não é certa, e a realidade fática comprova essa afirmação. A experiência revela que, em vários procedimentos em que o tiro de detenção foi utilizado, os integrantes da aeronave hostil não foram a óbito, o que comprova e ratifica que abate de aeronave não se confunde com pena de morte.

Ademais, apenas a título ilustrativo, deve-se lembrar que, em muitas *blitz* e bloqueios rodoviários, os órgãos de segurança pública, imbuídos dessa missão, por vezes valem-se da chamada “cama de faquir” (espécie de tapete com pregos), com o objetivo de impedir o

prosseguimento do veículo automotor que descumpre os comandos de parada dos agentes estatais.

Na utilização de “cama de faquir”, a morte também é contingente (possível, porém incerta), mas ninguém se atreve a dizer que a utilização da “cama de faquir” é a instituição da pena de morte em época de paz.

Confirme-se que pena de morte e abate de aeronaves (tiro de detenção) possuem natureza diferente, são aplicados de forma diferente, possuem objetivos diferentes e consequências diferentes. Em resumo, são institutos que não se confundem.

Nessa toada, o abate de aeronave (tiro de detenção) não viola o art. 5º, XLVII, da Constituição Federal/88, ou o art. 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), ou ainda o art. 6º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP).

3 A RELAÇÃO ENTRE (IN)SEGURANÇA JURÍDICA E (IN)SEGURANÇA NACIONAL NO CONTEXTO DO ABATE DE AERONAVES

De acordo com Barroso (2010), existem três grandes escolas de filosofia jurídica: jusnaturalismo, positivismo jurídico e o pós-positivismo.

A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais.

Ao longo do século XIX, com o advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo, chegam ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início o seu declínio. Por ser considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final do século XIX (BARROSO, 2010).

Quadro 1 - Diferença entre pena de morte e abate de aeronaves.

DIFERENÇAS	PENA DE MORTE	ABATE DE AERONAVES
ONTOLÓGICAS	Sanção imposta pelo Estado ao condenado por um crime	Meio coercitivo de que se vale o Estado para impor sua soberania ao renitente cumpridor de suas decisões, facultando sua utilização ao próprio insurgente
TELEOLÓGICAS	Objetivam a morte do condenado pela prática de um crime	Objetivam impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil
CONSEQUÊNCIAS	Morte certa	Morte contingente (possível, porém incerta)

Fonte: O autor.

Assim, superado o jusnaturalismo, tem início o positivismo jurídico, resultado da crença no poder absoluto do conhecimento científico. Confunde-se o direito com a norma; lei vigente é lei válida; não se indaga o conteúdo da norma. Merece relevo destacar, consoante adverte Luís Roberto Barroso (2010), que essa corrente filosófica acredita não ser do campo do Direito travar a discussão acerca da justiça.

O positivismo jurídico - que tem como corolário o Estado de Direito - serviu de fundamento para os Estados Totalitários e deu margem para que Estados e homens perpetrassem barbáries e justificassem-nas no Direito legitimador (que não indagava o conteúdo da norma). Nesse sentido, é de grande valia transcrever a seguinte lição do emérito constitucionalista BARROSO (2010):

[...] a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido (BARROSO, 2010, p. 242).

Com o fracasso político do positivismo, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), emerge o pós-positivismo, movimento que reaproxima o Direito da Ética; valoriza os princípios, incorporando-os aos textos constitucionais; concede à constituição juridicidade máxima; defende a teoria dos direitos fundamentais; e traz um novo paradigma de interpretação conhecido como a nova hermenêutica constitucional.

No Brasil, com a redemocratização pós-1988, chega com força a onda neoconstitucionalista. Mas quais são as características e os impactos da adoção desse modelo neoconstitucionalista (pós-positivista)? Até onde pode ir o julgador, quando da aplicação do direito?

Diante do atual cenário brasileiro, constata-se que o Poder Judiciário ganhou tanto espaço que estamos vivendo o momento de judicialização da vida, em que tudo é judicializado, desde a menor rusga entre vizinhos até as questões de defesa e estratégia nacional (demarcação das terras indígenas, por exemplo). Todavia o problema não seria a judicialização, mas o ativismo judicial.

O ativismo judicial ataca as mais diversas áreas, como, por exemplo, a saúde, a educação e até mesmo os fundamentos do regime democrático, no que concerne à harmonia entre os poderes/funções do Estado.

Nesse sentido, Streck (2014) aduz que, em várias unidades da federação, gasta-se mais em pagamentos de ações judiciais sobre acesso à saúde e remédios que nos próprios orçamentos.

[...] Basta vermos que várias unidades da federação gastam mais em pagamentos de ações judiciais sobre acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento. Vladimir Passos Freitas mostra que em 2013, em cinco meses, 7.408 decisões judiciais obrigaram o município de São Paulo a promover a matrícula de crianças nas creches da prefeitura (que nem tem condições de cumprir). (STRECK, 2014, p. 168).

As questões políticas mais delicadas da sociedade contemporânea (aborto, antecipação terapêutica do parto, pesquisa com células-tronco, união homoafetiva, etc.) não estão sendo discutidas no Poder Legislativo, mas decididas pelo Poder Judiciário.

Rompe-se com o sistema de *checks and balances*, o judiciário arvora-se, e usurpa as funções do executivo/legislativo. Advirta-se, ainda, que a mais grave ofensa à Constituição é aquela praticada pelo Poder Judiciário, uma vez que tem a missão de resguardá-la.

O preocupante é que as questões judicializadas vêm sendo decididas de acordo com a vontade, os valores, a moral e a consciência de cada julgador. Nesse ritmo, chega-se à intensa politização da justiça. A interpretação e aplicação do direito são atividades de extrema relevância, fundamentais para o regime democrático e a harmonia entre os poderes.

Ademais, as palavras possuem um sentido, não podem ser interpretadas ao gosto e conveniência do julgador. Nesse intento, elucida Streck (2013) que existem limites semânticos a serem obedecidos. Ocorre que atualmente no Brasil vem prevalecendo a ideia de que interpretar é um ato de poder, sendo assim tudo pode e tudo é permitido.

Hermenêutica jurídica é coisa séria. Não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Há limites semânticos que, se não forem ultrapassados pela parametricidade constitucional, devem ser minimamente obedecidos [...] De todo modo, no Brasil, cada vez mais prolifera a infeliz ideia de que interpretar é um ato de vontade (de poder)...Tudo é permitido. Algo do tipo 'não há verdades'. 'Tudo é relativo' (como se também a frase não fosse relativa!) (STRECK, 2013, p. 102, 104).

Ainda segundo Streck (2013), a consequência dessa postura é a política jurídica, ou seja, as decisões judiciais ficam reféns da subjetividade do intérprete e aplicador do direito.

As decisões acabam sendo fruto de meras subjetividades, sem compromissos com a história institucional do direito e do instituto em questão. É o extremo pragmaticismo em vigor. Como se existisse um 'grau-zero' e que a decisão pode ser do jeito que o decisor quiser [...] Kelsen era um pessimista moral. Ele tinha certeza que era impossível controlar a vontade de poder judicial. Ele lera Nietzsche. Por isso, fez a sua teoria pura... Kelsen não queria se meter no andar de baixo (no mundo da aplicação). Ali, dizia o velho mestre, faz-se política jurídica (STRECK, 2013, p. 104).

Como deveria então o julgador decidir? Com base em argumentos jurídicos, pois, dessa forma, a sociedade teria garantia de que a Constituição seria respeitada e de que ninguém estaria acima dela, nem mesmo o Poder Judiciário. Como adverte o insigne jurista gaúcho, a violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia e o aplauso de hoje pode tornar-se o grito de horror do amanhã. É melhor confiar no direito ou na vontade do julgador?

Em lição análoga, Ferrajoli (2002) adverte que, com essa expansão do Poder Judiciário, cumpre ficar atento para que não ocorra um desequilíbrio entre os poderes e o risco do Governo dos Juízes. Assim, ensina que o Poder Judiciário não deve ultrapassar sua vasta competência, impondo a este Poder aplicar substancialmente a lei que é sua fonte de legitimidade.

Assim, devemos reconhecer que desta expansão da jurisdição advém um enorme crescimento do poder judiciário e de seu papel político, o qual cria o risco de se produzir um desequilíbrio nas relações entre os poderes públicos e requer, portanto, um reforço das suas condições de legitimidade. Certamente, o papel de garantia no qual consiste tal poder implica excluir, a princípio, que se possa temer o chamado governo dos juízes [...] Sobretudo pelo fato de o Poder Judiciário intervir, com as suas censuras e as suas sanções, com respeito do exercício ilegítimo dos outros poderes, e não a respeito do exercício legítimo desses. É um poder de censura e não de transformação, de conservação e não de inovação. Todavia, a fim de que o poder judiciário não desborde de suas já extensas competências e intervenha não nos espaços legítimos, mas somente nos espaços ilegítimos da política, é necessário que a jurisdição, de qualquer tipo ou nível, consista no maior grau possível, na aplicação substancial da lei, que é a única fonte da sua legitimidade [...] (FERRAJOLI, 2002).

Nessa intelecção, verifica-se que, contemporaneamente, o Brasil passa por um intenso ativismo judicial. Consta-se uma intensa judicialização da política e politização da justiça. Consigne-se ainda que, atualmente, entre as democracias ocidentais, corolário lógico, o próprio Brasil passa por uma natural proeminência do Poder Judiciário, em virtude do Constitucionalismo ser o paradigma jurídico.

É preciso, então, ser vigilante para não se sucumbir a um governo dos juízes. O resguardo do Estado de Direito demanda um Poder Judiciário que respeite a separação dos poderes e circunscreva-se a sua competência de aplicação **substancial** da lei. Como ensina FERRAJOLI (2002), para conter o Poder Judiciário é necessário abandonar a ponderação de valores (enfraquece a normatividade da Constituição) e o ativismo judicial (solapa a separação dos Poderes), impor rigorosos limites ao Poder Judiciário, resguardando a política de suas interferências, sujeitar o juiz à lei, impor a julgador decisões racionais (e não potestativas) e o desenvolvimento de uma deontologia jurídica.

Ocorre que, ao cotejar as lições de FERRAJOLI (2002) com a realidade brasileira, constata-se que o Brasil está em um rumo perigoso, uma vez que nele aplaude-se a ponderação de valores, vibra-se com o ativismo judicial, e o Poder Judiciário invade cada vez mais a competência dos demais poderes, posto que os juízes decidem de acordo com sua vontade, ignorando o texto normativo. A total insegurança jurídica e a imprevisibilidade é a realidade contemporânea brasileira.

Malgrado a realidade atual do universo jurídico em território nacional – intensa insegurança jurídica –, para alguns juristas a questão da necessidade do abate de aeronaves no espaço aéreo nacional deve ser analisada sobre cada caso concreto, sendo uma questão mais de fato que de direito. Assim, segundo esses pensadores, em cada caso concreto a autoridade aeronáutica militar deve verificar a proporcionalidade da ação e a eventual incidência de alguma justificante (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou dirimente (inexigibilidade de conduta diversa, potencial consciência da ilicitude etc.).

Em palestra no Clube Militar, em que se discutia a Lei do Abate, o professor Ferreira, da Universidade Federal Fluminense (informação verbal¹), aduziu que o disparo de destruição deve ser executado primordialmente à luz das normas de regência do direito penal e não da Lei nº 9.614/98.

¹ Palestra ministrada pelo Professor Gustavo Sampaio Telles Ferreira, da Universidade Federal Fluminense, no ano de 2013, no Clube Militar, acerca da Lei do Abate. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qFeKK7B_EzQ>. Acesso em: 29 out. 2018.

O resultado não está na interpretação da Lei nº 9614/98, parece até que há uma certa desnecessidade de avaliá-la à luz da Constituição, o que em verdade, qualquer providência de disparo de destruição tem que ser executada não à luz da Lei nº 9614/98, mas à luz das normas de regência do direito penal brasileiro... o direito penal brasileiro fixa no Código Penal... o crime é fato típico, ilícito e culpável... matar alguém pode ser crime, pode não ser... quem mata em legítima defesa age de modo típico, a conduta está adequada ao tipo penal... mas não necessariamente essa ação é delituosa, porque a legítima defesa se constitui na condição de excludente da ilicitude ao lado do estado de necessidade...mas matar alguém sem excludente de ilicitude, sem excludente de culpabilidade é crime de homicídio... (FERREIRA, 2013).

Acrescentou que o abate de aeronave é um problema mais ligado ao fato e à prova que ao direito, e destacou que a legalidade do abate deve ser aferida no caso concreto à luz das justificantes do direito penal, verificando se a medida de defesa aérea foi proporcional e se estava presente, por exemplo, uma hipótese de legítima defesa.

[...] será que é a Lei nº 9.614/98 que resolve a controvérsia que nos acomete agora nessa dúvida de saber se é lícito ou não o disparo de destruição [...] me parece que não [...] me parece que o fundamento da exequibilidade, da juridicidade [...] reside na interpretação da norma jurídico penal [...] aquele piloto Comandante daquela aeronave, da qual partirá o disparo de destruição da outra aeronave, ele estará sob a custódia da excludente da ilicitude [...] todos têm o dever de discernir as coisas, saber o que é lícito ou ilícito [...] mas quando o piloto... recebe o comando do Comdabra [...] será que naquele momento [...] que aquele disparo estará acobertado pela excludente [...] me parece que este é um problema ligado ao fato e à prova, mais que ao direito [...] (FERREIRA, 2013).

Por fim, segundo o Professor FERREIRA (2013), se uma aeronave estiver sobrevoando o Estado do Amazonas com duzentos quilos de substância entorpecente e descumprir os comandos da autoridade aeronáutica, enquadrando-se no que a legislação conceitua como aeronave hostil, ainda assim, não poderá ser abatida, visto ser o abate nesse caso uma medida inconstitucional, uma vez que todos os meios devem ser utilizados para preservar a vida.

Para o professor Ferreira (2013), não é a Lei nº 9.614/98 com suas especificidades que vai balizar o abate de aeronaves, mas os dispositivos genéricos do Código Penal.

[...] mas é preciso estabelecer standards de interpretação... creio que se aquela aeronave... está na iminência da causação de um mal maior... nesse juízo de ponderação, parece que a cobertura da excludente estaria presente... mas será que simplesmente a ciência de que aquela aeronave esta sobrevoando o Estado do Amazonas, carrega 200 quilos de substância psicotrópica, mas se cair cairá sobre a floresta amazônica, e aquela aeronave não obedeceu aos Comandos de interceptação,

todos os quesitos anteriores foram cumpridos, será que a Constituição agasalha o tiro de destruição? Nesse caso, me parece que não... me parece que todos os meios deverão ser empregados de sorte a se preservar aquela vida... minha recomendação... que a execução de um disparo dessa ordem não venha agasalhado pelas disposições normativas da Lei nº 9.614/98, mas que venha agasalhado pela interpretação do direito penal, que se raciocine naquele momento se há uma elementar excludente de ilicitude que arrazoe a execução daquela providência, se o estado de necessidade está presente se a legítima defesa está presente [...] (FERREIRA, 2013).

Rogando todas as vênias, o raciocínio reforça a insegurança jurídica, o que deixa a autoridade aeronáutica e os pilotos reféns da interpretação do hermenêuta de gabinete. Outrossim, apesar de não ignorar, no plano da existência, variáveis bastante relevantes (imprevisibilidade e velocidade), ignoram-nas quando da articulação e conclusão do argumento.

Revela-se pouco crível que, em questões de curto espaço de tempo, a autoridade aeronáutica seja capaz de decidir acerca da presença ou não de um justificante, seja porque o tempo é exíguo, seja porque as informações são exíguas. Provavelmente, apenas se terá a certeza da incidência da legítima defesa no momento do ataque, ou seja, quando a defesa do ato agressivo não for mais possível.

A título ilustrativo, basta imaginar a hipótese de um ataque químico ou biológico, tendo como alvo terras de agricultura e pecuária, com o escopo de desestabilizar a economia de uma região ou país. Podem-se citar ainda ataques suicidas com uma aeronave carregada com explosivos de alto poder destrutivo etc.

Assim, segundo tais autores, a legalidade e licitude do abate de aeronaves seria uma questão eminentemente subjetiva, devendo o responsável pela interpretação e aplicação do direito verificar se, naquele caso concreto, a medida foi proporcional, estando presentes uma justificante ou dirimente.

Nesse sentido, após a execução do abate, a autoridade aeronáutica militar e o executor ficariam à mercê do subjetivismo do responsável pelo aparato persecutor, e estes verificariam se naquele caso concreto a ação foi adequada, verificando a proporcionalidade da medida e a incidência ou não dos três substratos do crime. Com todas as vênias, a prevalecer esse raciocínio, a insegurança jurídica seria a regra, o que conduziria à vulnerabilidade da segurança e defesa nacional, consoante explicaremos à frente.

Diante desse panorama, importa questionar o que é melhor para fins de preservação da segurança nacional (direito à garantia fundamental de todo cidadão brasileiro): uma lei clara que discipline com limpidez o procedimento, a finalidade, as hipóteses de cabimento do abate ou; que a situação seja resolvida em cada caso concreto, por meio de verificação de juízos de proporcionalidade?

A reflexão é importante, uma vez que se observam na comunidade jurídica vários questionamentos acerca da constitucionalidade e convencionalidade do abate de aeronaves, haja vista que é inequívoco que o abate seja uma medida de extrema intervenção.

Por seu turno, como exposto alhures, o Brasil vive um momento de intensa insegurança jurídica, em que o direito foi instrumentalizado pela moral, não valendo mais o que está na lei, mas o que o hermenauta, ao interpretar a lei, deseja, segundo sua moral, ética, suas inclinações etc.

Registre-se que, na hipótese de a lei não ser clara ou quando existirem fundados questionamentos acerca da sua higidez, a insegurança jurídica intensifica-se podendo levar a autoridade aeronáutica ou o piloto a não procederem ao abate, mesmo em caso de necessidade, ou, ainda que optem pela realização da medida, podem ser demandados pelo hermenauta de gabinete.

Diante desse cenário, constata-se que, **quanto mais clara for a Lei, menor será a insegurança jurídica e maior, o nível de segurança e defesa nacional**. Ora, tanto menos vulnerável (juridicamente) a autoridade aeronáutica militar, maior a serenidade e velocidade na tomada de decisão. É inequívoco que a insegurança jurídica é um fator que inibe a tempestiva e escorreita tomada de decisão.

Insista-se, que, não estabelecendo a lei critérios claros, a segurança e defesa nacional (direito e garantia fundamentais) restam comprometidas, tendo em vista que a autoridade aeronáutica ficará absorvida pela complexidade imperscrutável da correta tomada de decisão.

Em palestra para o Clube Militar em 2013, o então Major Brigadeiro Baptista Júnior (informação verbal²), na ocasião comandante do COMDABRA, advertiu acerca da necessidade de uma lei que regulamentasse as regras de engajamento e respaldasse o procedimento de abate. Externou, também, uma preocupação com a posterior responsabilidade jurídica da autoridade aeronáutica militar que determinar o abate.

[...] precisamos de regras de engajamento, e não há regra de engajamento melhor do que a lei [...] aquilo que limita o que nós podemos fazer [...] que dê um amparo legal, para que na hora que derrubar alguém, vão querer saber qual dos cinco envelopes está aberto [...] eu tenho certeza de que o dono desse envelope aberto vai ter que sentar depois para responder sobre isso [...] (BAPTISTA JÚNIOR, 2013).

Consigne-se que essa demora - em razão de imbróglis jurídicos - pela autoridade aeronáutica militar, na busca da escorreita tomada de decisão, poderá resultar na concretização do atentado que vitimará milhares de

nacionais ou que lesará gravemente os interesses pátrios.

Diante de um mesmo caso concreto, se a legislação não for clara, poderá a autoridade aeronáutica.

(i) não determinar o abate e responder criminalmente, em sendo concretizado o ataque aos cidadãos, bens e interesses nacionais via espaço aéreo;

(ii) determinar o abate e responder criminalmente, pois, de acordo com o subjetivismo do intérprete de gabinete, a medida não deveria ser realizada.

Nessa inteligência, para que o aparato normativo brasileiro viabilize a reação adequada e eficaz dos meios operacionais, na prevenção e no combate às ameaças e aos ataques à nação, é imprescindível que a legislação seja clara e inequívoca sobre a temática. **O arcabouço legislativo deve servir como instrumento para a defesa aeroespacial, viabilizando uma ação eficaz dos meios operacionais, e não como óbice.**

Face à necessidade de um aparato legislativo claro, indaga-se: **o atual arcabouço normativo referente ao abate de aeronaves no Brasil fornece a necessária segurança jurídica para a autoridade aeronáutica decidir na hipótese de ameaça à segurança e defesa nacional via espaço aéreo?**

3 ANÁLISE DO ATUAL ARCABOUÇO NORMATIVO REFERENTE AO ABATE DE AERONAVES

Conforme destacado alhures, é preciso verificar em que medida a legislação brasileira viabiliza que a defesa aeroespacial seja realizada de forma adequada e eficaz. De outro modo, a atual legislação brasileira referente ao abate de aeronaves serve de instrumento a uma defesa aeroespacial eficaz?

Como é cediço, o Código Brasileiro de Aeronáutica (BRASIL, 1986), por meio da Lei nº 9614/98, positivou a possibilidade do abate de aeronaves, nominando-a de “medida de destruição”.

Dispõe o CBA (BRASIL, 1986) que uma aeronave poderá ser detida pela autoridade aeronáutica nos seguintes casos: se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções internacionais ou de autorização para tal fim; se entrar no espaço aéreo brasileiro e desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; para exame de documentos indispensáveis; para verificação de carga ou de porte proibido de equipamento; e para averiguação de ilícito.

Ademais, o CBA (BRASIL, 1986) estabelece que a autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado. Esgotados

² Palestra ministrada pelo então Major Brigadeiro Baptista Júnior no ano de 2013, no Clube Militar, acerca da Lei do Abate. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=K9w3p5e-dyo>>. Acesso em: 29 out. 2018.

os meios coercitivos, a aeronave será classificada como hostil ficando sujeita à medida de destruição.

Destarte, segundo o CBA (BRASIL, 1986), são várias as hipóteses em que uma aeronave poderá ser interceptada, no entanto a aeronave apenas ficará sujeita ao abate após ser classificada como hostil.

Para a aeronave ser classificada como hostil, tomando-se como referência os preceitos legais, precisam ter sido exauridos todos os procedimentos coercitivos. Ocorre que o CBA não referencia quais são os meios coercitivos, mas aduz que a lei prescreverá e disciplinará os meios coercitivos: “Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição”.

Nesse sentido, foi editado o Decreto nº 5.144/2004 que disciplinou o procedimento da medida de destruição (abate) apenas para as aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de entorpecentes.

Reitere-se: os meios coercitivos (medidas de averiguação, intervenção e persuasão) foram fixados pelo Decreto nº 5.144/2004, em seu artigo 3º, ao estabelecer que apenas as aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de entorpecentes estarão sujeitas aos meios coercitivos de averiguação, intervenção e persuasão.

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 [...]

Art. 3º As aeronaves enquadradas no art. 2º estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais. (BRASIL, 2004).

Ademais, o artigo 4º do Decreto nº 5.144/2004 estabelece que apenas as aeronaves suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins poderão ser classificadas como hostis, ficando sujeitas às medidas de destruição.

Art. 4º A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição. (BRASIL, 2004).

Destarte, atualmente o abate de aeronaves apenas poderá ser executado contra aeronaves suspeitas de tráfico de substância entorpecente. Indagam-se: e ameaças terroristas? Ameaças de facções criminosas? Guerra híbrida?

O espaço aéreo brasileiro está praticamente desguarnecido sob a ótica jurídica. Nessa inteligência, o espaço aeroespacial brasileiro está completamente

desguarnecido para ameaças e ataques muito mais graves aos interesses nacionais, que não apenas utilizam o espaço aéreo como meio, mas como fim (plataforma de ataque).

Constata-se que atualmente a defesa aeroespacial brasileira está gravemente comprometida, sob o ponto de vista jurídico. **Então, de que adiantam radares com tecnologia de ponta, caças de quinta geração, pilotos altamente treinados, armamento inteligente, se, ao ser detectada uma ameaça presente no espaço aéreo, a legislação impede que a ameaça seja combatida?** Reitere-se que a segurança - direito e garantia fundamental de todo cidadão - é praticamente inexistente, ante ataques via espaço aeroespacial brasileiro!

Nesse sentido, pode-se concluir que o aparato normativo brasileiro atualmente serve como um óbice para que os meios operacionais possam realizar com eficácia sua missão constitucional de defesa da pátria.

Como a Força Aérea cumprirá sua missão, insculpida no Livro Branco de Defesa Nacional, de impedir “o uso do espaço aéreo brasileiro para a prática de atos hostis ou contrários aos interesses nacionais” se, ao detectar a ameaça, nada pode fazer, uma vez que, a legislação, ao ser omissa, dificulta e praticamente impede qualquer ação?

Assim, com o objetivo de garantir a segurança e defesa nacional, resta evidente a necessidade da edição de um ato normativo que amplie as hipóteses de possibilidade do abate de aeronaves.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 assegura à população brasileira o direito fundamental à segurança e impõe à Força Aérea Brasileira a missão de zelar pela defesa da pátria. Consequentemente, a FAB tem por missão fundamental garantir a defesa do espaço aéreo nacional.

Assim, para que a FAB possa cumprir sua missão de resguardar de forma eficaz os céus brasileiros contra ameaças à população, aos bens e interesses nacionais, é imprescindível que exista um aparato normativo capaz de viabilizar a realização dessa ação operacional com a agilidade e velocidade que a situação requer.

Constata-se que o aparato normativo é deficiente, não disciplina o procedimento de abate para as situações mais delicadas da contemporaneidade, como, por exemplo, o terrorismo.

Consequentemente, essa realidade: (i) coloca em xeque a soberania brasileira sobre seu espaço aéreo; (ii) põe em risco a segurança da população, dos bens e interesses brasileiros; (iii) expõe a autoridade aeronáutica militar a uma posição de vulnerabilidade profissional e jurídica. Urge, contudo, que se modifique o atual panorama antes que a tragédia anunciada ocorra.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. et al. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. **Código Brasileiro de Aeronáutica**, de 19 de dezembro de 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004. Regulamenta 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.614, de 5 de março de 1998. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9614.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

FERRAJOLI, L. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do estado nacional. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, G. S. T. Palestra Clube Militar sobre a Lei do Abate. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=qFeKK7B_EzQ. Acesso em: 29 out. 2018.

PODESTÁ, E. G. **A inconstitucionalidade da Lei do Abate**. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/artigos/2005/07>. Acesso em: 11 abr. 2012.

QUEIROZ, P. **Seriam as leis inúteis?** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/15842>. Acesso em: 11 fev. 2010.

STRECK, L. L. **Compreender direito**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, L. L. **Compreender direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

STRECK, L. L. **Compreender direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. v. 3.

STRECK, L. L. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.