



UNIVERSIDADE DA FORÇA AÉREA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS AEROESPACIAIS
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ANDREW FERNANDES FARIAS

DEFESA AEROESPACIAL E ABATE DE AERONAVES:
uma análise político-jurídica

Rio de Janeiro
2019



UNIVERSIDADE DA FORÇA AÉREA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS AEROESPACIAIS
DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ANDREW FERNANDES FARIAS

DEFESA AEROESPACIAL E ABATE DE AERONAVES:
uma análise político-jurídica

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeroespaciais da Universidade da Força Aérea, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Aeroespaciais.
Linha de Pesquisa: Poder Aeroespacial Brasileiro, Segurança e Defesa
Tema: Direito Aeroespacial
Orientador: Professor Doutor Guilherme Sandoval Góes

Rio de Janeiro
2019



Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da UNIFA

Farias, Andrew Fernandes

S586

Defesa aeroespacial e abate de aeronaves: uma análise político-jurídica / Andrew Fernandes Farias. – Rio de Janeiro: Universidade da Força Aérea, 2019.
122 f.: il., enc.

Orientador: Guilherme Sandoval Góes
Dissertação (mestrado) – Universidade da Força Aérea, Rio de Janeiro, 2019.
Referências: f. 101-106

1. Defesa aeroespacial. 2. Segurança Nacional. 3. Abate de aeronaves. 4. Constitucionalidade. 5. Convencionalidade.
I. Título. II. Góes, Guilherme Sandoval. III. Universidade da Força Aérea.

CDU: 351.814



ANDREW FERNANDES FARIAS

**DEFESA AEROESPACIAL E ABATE DE AERONAVES:
uma análise político-jurídica**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Aeroespaciais da Universidade da Força Aérea, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Aeroespaciais.

Aprovado por:

Professor Doutor Guilherme Sandoval Góes

Professor Doutor Flávio Neri Hadmann Jasper

Professor Doutor Ivan Muniz de Mesquita

Professor Doutor Severino Bezerra Cabral Filho

Rio de Janeiro
2019



Ao inefável DEUS que em um ato de pura bondade e misericórdia concedeu a este miserável e limitado pecador o dom da vida; à pátria amada Brasil, com a esperança que se este trabalho for realmente positivo possa servir aos interesses deste impávido colosso; à Aeronáutica para que este trabalho possa servir de reflexão e auxílio na consecução de sua missão fundamental de defesa do espaço aéreo nacional; à minha família Afonso, Mônica, David, Priscilla pelo apoio incondicional; ao Professor Doutor Guilherme Sandoval Góes, pela orientação e paciência.



AGRACEDIMENTOS

Ao inefável DEUS que em um ato de pura bondade e misericórdia concedeu a este miserável e limitado pecador o dom da vida; aos meus pais Afonso e Mônica que me proporcionaram uma vida boa, repleta de amor, dedicação e incentivo, sendo ambos exemplos de nobres virtudes; a minha esposa Priscilla pelo companheirismo sobre-humano, carinho paradigmático, incentivo reconfortante, paciência e perspicácia no debate, que sempre me ajudam a aperfeiçoar o raciocínio; ao Professor Doutor Guilherme Sandoval Góes que me brindou com raciocínios sofisticados, pensamento erudito, e sua marcante cordialidade, atributos próprio dos homens sábios. Aos Professores Doutores Ivan Muniz de Mesquita e Flavio Neri Hadmann Jasper pelas vultosas contribuições que ajudaram a aperfeiçoar a presente dissertação; e ao Professor Doutor Severino Bezerra Cabral Filho, que malgrado ser uma grande grande referência acadêmica, do alto de sua sensibilidade aceitou o convite para escrutinar o presente trabalho, o que muito nos honra.



“Que a tua vida não seja uma vida estéril. –Sê útil. – Deixa rasto. –Ilumina com o resplendor da tua fé e do teu amor...” (São Josemaria Escrivá, Caminho, 2016)



RESUMO

A presente pesquisa, DEFESA AEROESPACIAL E ABATE DE AERONAVES: UMA ANÁLISE POLÍTICO-JURÍDICA, baseada em pesquisa qualitativa, documental e bibliográfica, sob a égide do método hipotético dedutivo, tem por objetivo verificar se o aparato normativo brasileiro referente ao abate de aeronaves viabiliza a 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, uma vez que, por seu intermédio, podem ser realizadas agressões contra o Estado nacional, seus cidadãos, bens e interesses. Entendendo-se o abate de aeronaves como o meio coercitivo de que se vale o Estado para impedir o prosseguimento do voo de aeronaves classificadas como hostis, constata-se que o abate de aeronaves é uma medida imprescindível para a preservação da defesa nacional. Cumpre esclarecer que o abate de aeronaves não se confunde com a pena de morte. O abate de aeronave possui diferenças ontológica, teleológica e consequencial em relação à pena de morte. Destarte, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e os Tratados Internacionais (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, etc) não obstam o abate de aeronaves. Contudo, o procedimento deve ser utilizado como *ultima ratio*, objetivando apenas impedir o prosseguimento do voo da aeronave classificada como hostil, e em voos que não contenham vítimas a bordo. Com relação aos que contenham vítimas a bordo, adequados são os ensinamentos do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no sentido de que o Estado não pode decidir quais vidas valem mais, as em voo (tripulação e passageiros) ou as em superfície (demais cidadãos). No Brasil, o abate de aeronaves está previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica em seu artigo 303, no entanto, o dispositivo necessita de regulamentação legal para ser aplicado. Atualmente o Decreto nº 5.144/2004 disciplinou o abate de aeronaves, mas restringiu sua aplicação, tão somente, para as hipóteses de aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de entorpecentes, corolário lógico, para uma séria de outras questões muito mais graves que o tráfico de entorpecentes, tais como terrorismo, não existe regulamentação, fazendo com que os nacionais, bens e interesses pátrios fiquem em situação de vulnerabilidade. Nessa esteira de intelecção, malgrado o Brasil possuir os meios operacionais (pessoal treinado, radares, aviões, helicópteros, etc) para fazer frente as ameaças via espaço aéreo nacional, não possui os meios jurídicos. Para solucionar a questão é necessário que seja confeccionado um ato normativo que amplie as hipóteses de cabimento do abate de aeronaves, salvaguardando a defesa dos interesses, bens, cidadãos e serviços nacionais.

Palavras-chave: Defesa aeroespacial. Segurança Nacional. Abate de aeronaves. Constitucionalidade. Convencionalidade



ABSTRACT

The present research, AEROSPACE DEFENSE AND SHOOT DOWN: A LEGAL ANALYSIS, based on documentary and bibliographical research, has the objective of verifying the existence in Brazil of a normative apparatus that makes possible the effective defense of the airspace against the threats of hostile aircraft. As it is, air space is a locus of vulnerability for security and defense issues, since aggressions against the national State, its citizens, assets and interests can be carried out through it. Since shoot down aircraft is understood as the coercive means used by the State to prevent the continued flight of aircraft classified as hostile aircraft, it is noted that the shoot down aircraft is an essential measure for the preservation of national security. It should be clarified that the shoot down aircraft is not confused with the death penalty. The shoot down aircraft has ontological, teleological and consequential differences in relation to the death penalty. Thus, the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 and the International Treaties (American Convention on Human Rights, International Covenant on Civil and Political Rights, etc.) do not impede the shoot down aircraft. However, the procedure should be used as ultima ratio, with the sole aim of preventing the flight of the aircraft classified as hostile, and on flights which do not contain victims on board. With regard to flights containing victims on board, adequate are the teachings of the German Federal Constitutional Court, the German Federal Constitutional Court has learned that the State can not decide which lives are worth more, in flight (crew and passengers) or surface (other citizens). In Brazil, the shoot down aircraft is provided for in the Brazilian Aeronautical Code in its article 303, however, the device needs legal regulation to be applied. At present, Decree 5,144 / 2004 has disciplined the shoot down aircraft, but restricted its application only to the hypothesis of aircraft suspected of illicit traffic in narcotics, a logical corollary, to a series of other issues that are much more serious than the traffic in narcotics, such as terrorism, there is no regulation, making the nationals, assets and interests of the country vulnerable. In this process of understanding, even though Brazil has the operational means (trained personnel, radars, airplanes, helicopters, etc.) to deal with threats through national airspace, it does not have the legal means. In order to solve the issue, it is necessary to prepare a normative act that establishes rules of engagement and amplifies the hypothesis of fit for the shoot down hostile aircraft, allowing it for other hypotheses that threaten national security.

Keywords: Aerospace defense. National security. Shoot down aircraft. Constitutionality. Conventionality

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CBA - Código Brasileiro de Aeronáutica.

CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

FAB - Força Aérea Brasileira.

FFAA - Forças Armadas.

TCFA - Tribunal Constitucional Federal Alemão.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	ABATE DE AERONAVES, DEFESA E SEGURANÇA NACIONAL.....	19
2.1	Soberania, segurança e defesa.....	20
2.2	Da Aeronáutica na ordem jurídica vigente.....	25
2.3	O espaço aéreo e as ameaças contemporâneas: terrorismo e tecnologia no século XXI.....	27
2.4	Da (des) necessidade do abate de aeronaves para preservação da defesa e segurança nacional.....	35
3.	O ABATE DE AERONAVES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA.....	36
3.1	Pos positivismo, (in) segurança jurídica e a (des) necessidade de uma lei clara.....	36
3.2	Análise do atual arcabouço normativo referente ao abate de aeronaves.....	51
3.3	Das sugestões de alteração do aparato normativo referente ao abate de aeronaves no Brasil: anteprojeto de lei e decreto regulamentador.....	60
4.	DO FILTRO DE JURIDICIDADE: COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL.....	74
4.1	Abate e pena de morte.....	79
4.2	Abate e devido processo legal.....	82
4.3	Abate e presunção de inocência.....	85
4.4	Abate e defesa da paz.....	86
4.5	Abate e proporcionalidade.....	87
4.6	Da passagem inocente.....	95
4.7	Da compatibilidade do abate de aeronaves com a ordem jurídica interna e internacional.....	95
5	CONCLUSÃO.....	96
	REFERÊNCIAS.....	100
	APÊNDICE A - ANTEPROJETO DE LEI QUE ALTERA O CBA.....	106
	APÊNDICE B - DECRETO QUE AMPLIA AS HIPÓTESES EM QUE PERMITIDO O TIRO DE DETENÇÃO.....	109

1. INTRODUÇÃO

A segurança e a defesa de um Estado abrangem necessariamente seu respectivo espaço aéreo. A história revela vários episódios em que aeronaves através do espaço aéreo são utilizadas para a prática de crimes, atos terroristas e instrumentos de conflitos bélicos não convencionais.

Diante dessa circunstância, o abate¹ de aeronaves apresenta-se como uma possível medida de defesa nacional, e salvaguarda dos bens, interesses, serviços e cidadãos pátrios.

Nessa linha de raciocínio indaga-se: o abate de aeronaves é uma medida necessária para a preservação da soberania, segurança e defesa de um Estado? O abate de aeronaves é compatível com a ordem jurídica vigente? O vigente aparato normativo referente ao abate de aeronaves concede à Autoridade Aeronáutica Militar a segurança jurídica necessária, para a melhor tomada de decisão?

Após, responder as indagações supracitadas, passa-se para a questão fundamental, qual seja: a atual disciplina legislativa do abate de aeronaves está a comprometer ou salvaguardar a defesa nacional?

As preocupações das forças armadas em relação à defesa da pátria, consoante expressa determinação constitucional (art. 142, CF/88), concentravam-se no confronto convencional entre forças militares. Ocorre que, com a escalada das agremiações e 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, dentre outras questões, o combate ao terrorismo.

¹ De forma precípua elucide-se que a presente pesquisa concedeu no mais das vezes preferência a expressão genérica abate de aeronaves, ao invés da expressão legal, medida de destruição, por dois motivos: (i) a expressão abate de aeronave se revela mais inteligível, o que facilita a comunicação com o interlocutor e o diálogo com as demais pesquisas acadêmicas que utilizam a mesma expressão; (ii) a expressão medida de destruição utilizada pelas normas (Código Brasileiro de Aeronáutica e Decreto Lei nº 5.144/2004), leva o intérprete e aplicador a equívocos quanto a finalidade da medida (a medida possui como objetivo impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil, e não matar os ocupantes da aeronave), razão pela qual merece ser alterada para tiro de detenção.

Nessa perspectiva, verifica-se que devido à uma evidente vulnerabilidade, o espaço aéreo é um ambiente atraente para que atos de agressão sejam praticados.

Assim, a proteção do espaço aéreo se revela premente para que o mandamento constitucional de defesa da pátria seja observado, e nesse particular a missão Força Aérea Brasileira² de resguardar os céus nacionais, assume especial destaque.

Dentro desse 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? A ordem jurídica interna permite tal ação (controle de constitucionalidade)? A ordem jurídica internacional permite tal ação (controle de convencionalidade)?

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XLVII proíbe a pena de morte em tempo de paz, e em outros dispositivos do mesmo artigo garante a todos aqueles acusados de um crime os princípios do contraditório, ampla defesa, juiz natural, presunção de inocência e devido processo legal. Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no mesmo sentido estabelece que a pena de morte apenas poderá ser aplicada em cumprimento de sentença final de tribunal competente e que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência.

² Consoante leciona JASPER (2013) as expressões Aeronáutica e Força Aérea Brasileira não são sinônimas. A Aeronáutica segundo expressa dicção Constitucional é a Força Armada, já a Força Aérea é o órgão operativo, que cumpre a missão militar da Aeronáutica (braço armado). Nesse sentido:

“Nesse momento, portanto, é possível responder à questão do artigo: Aeronáutica, Comando da Aeronáutica ou Força Aérea? São sinônimos? A resposta é não! Para empregá-las é necessário entender o contexto em que serão utilizadas. Se visualizarmos Forças Armadas, a palavra a ser empregada é Aeronáutica. Se o contexto é do emprego do Poder Aeroespacial (execução de ações militares), a palavra a ser empregada é Força Aérea Brasileira. Se estivermos nos referindo à estrutura administrativa, isto é, como a Aeronáutica está organizada, a palavra será Comando da Aeronáutica.

Nessa esteira de intelecção, diante do presente cenário, reiterem-se as indagações formuladas: o abate de aeronaves é uma medida necessária para a segurança e defesa nacional? O abate de aeronaves civis hostis no espaço aéreo nacional em época de paz viola a ordem jurídica interna (controle de constitucionalidade) ou internacional (controle de convencionalidade)? O atual arcabouço normativo referente ao abate de aeronaves fornece a necessária segurança jurídica para a tomada de decisão da Autoridade Aeronáutica Militar?

Frente ao acima exposto, apresenta-se o problema de pesquisa: a atual regência legislativa do abate de aeronaves permite um enfrentamento eficaz das ameaças à defesa nacional, via espaço aéreo?

A presente pesquisa possui duas hipóteses:

Primeira hipótese: o Brasil, não possui um aparato normativo que viabilize o enfrentamento eficaz das ameaças à defesa nacional, via espaço aéreo.

Segunda hipótese: o abate de aeronaves é uma medida que não viola a ordem jurídica interna (Constituição Federal de 1988) e internacional (Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos, etc.).

Em se confirmando as hipóteses apresentadas, será proposto um anteprojeto de lei e confecção de atos normativos que aperfeiçoem o arcabouço legislativo, no sentido de impedir o uso do espaço aéreo brasileiro para a prática de ameaças e agressões contra os interesses nacionais, proporcionando uma maior segurança nacional e segurança jurídica à autoridade aeronáutica militar.

Como objetivo geral da presente pesquisa, analisar-se-á o aparato normativo vigente relacionado ao abate de aeronaves, e em que medida, esta, legislação resguarda o espaço aéreo brasileiro das ameaças à segurança e defesa.

Por seu turno, tem-se como objetivos específicos:

a) verificar se o abate de aeronaves de civis é uma medida necessária para a defesa do espaço aéreo nacional.

b) examinar se o abate de aeronaves civis no espaço aéreo nacional em época paz é permitido pela ordem jurídica (controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade).

c) analisar se o atual arcabouço normativo referente ao abate de aeronaves fornece a necessária segurança jurídica para a tomada de decisão da Autoridade Aeronáutica Militar.

O estudo fundamentar-se-á em pesquisa qualitativa, documental e bibliográfica, sob a égide do método hipotético dedutivo, uma vez que, não procurará quantificar, mas sim elaborar uma análise complexa do abate de aeronaves no Brasil em uma perspectiva político-jurídica. A pesquisa se desenvolve sob o manto do método hipotético-dedutivo, haja vista que, desenvolve hipótese (o Brasil não possui um aparato normativo que viabilize o enfrentamento eficaz das ameaças à defesa nacional, via espaço aéreo), que será verificada no curso da pesquisa.

Ademais, a pesquisa revela-se científica, com arrimo nas lições de Umberto Eco espalha-se sobre um objeto reconhecível e definido, acrescentando entendimento ou revendo as análises realizadas. No que tange ao meio empregado, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e documental, haja vista que para a fundamentação do estudo realizou-se pesquisas em artigos científicos, livros, legislações, atos normativos e análogos.

A presente pesquisa é fruto de uma grande preocupação com a defesa do Brasil, de seus bens, interesses e cidadãos, que atualmente podem estar extremamente vulneráveis a ataques terroristas, químicos, biológicos, nucleares, por intermédio do espaço aéreo.

Em uma primeira análise, verifica-se que, malgrado o Brasil possuir os meios operacionais para fazer frente as ameaças via espaço aéreo nacional, não possuía os meios jurídicos.

Assim, com o escopo de examinar a fundo essa questão, e eventualmente buscar soluções foi realizada a presente pesquisa.

Registre-se, ainda, que a presente dissertação, seguiu a linha de pesquisa referente ao “Poder Aeroespacial Brasileiro, Segurança e Defesa”, em razão da presente pesquisa estudar o papel do Poder Aeroespacial nas vertentes da segurança e defesa, visando otimizar o preparo e emprego do Poder Aeroespacial. Outrossim, a presente pesquisa possui como área de concentração o “Poder Aeroespacial e Pensamento Político-Estratégico Contemporâneo”, uma vez que desenvolve estudos capaz de influenciar o preparo e emprego do Poder Aeroespacial brasileiro.

Cumprе ressaltar, que sobre a temática do abate de aeronaves já se posicionaram importantes juristas no cenário jurídico pátrio, como por exemplo Gomes (2009) que em artigo publicado afirma que a Lei nº 9.614/1998 viola o princípio da proporcionalidade:

[...] O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem por significação a necessária proporção entre o sacrifício de bens e os males a evitar. Esse é um dos princípios limitadores da atuação do legislador [...] A chamada lei do abate viola flagrantemente o princípio citado. Não existe nenhuma proporcionalidade na ação de matar o ocupante (ou ocupantes) de um avião, suspeito de tráfico de drogas. Se outro bem jurídico de igual relevância estivesse em jogo seria diferente. A medida de destruição nos termos do Decreto 5.144/2004, em suma, implica em ostensiva afronta ao texto constitucional e incompatibilidade com princípios do ordenamento jurídico brasileiro [...]

No mesmo sentido Queiroz (2009) leciona que o Decreto nº 5.144/2004 instituiu a pena de morte, atentando contra um conjunto de princípios de envergadura constitucional, como a inviolabilidade do direito à vida, a proibição de pena de morte em época de paz, presunção de inocência, devido processo legal, repúdio ao terrorismo:

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. 4º e 5º): a) inviolabilidade da vida (art. 5º, *caput*); b) proibição da pena de morte em tempo de paz (art. 5º, XLVII, a); c) presunção de inocência (art. 5º, LVII); d) proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, a); e) devido processo legal (art. 5º); f) prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); g) defesa da paz (art. 4º, VI); h) solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII); i) repúdio ao terrorismo (art. 4º, VII); j) legalidade; l) proporcionalidade; m) inviolabilidade da propriedade (art. 5º, *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 jurídicos.

Emília de Podestá (2005) chega a dizer que a conduta daquele que abate uma aeronave, matando seus ocupantes se amolda 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 [...]

Por outro lado Rodrigues Filho (2009), divergindo dos entendimentos acima colacionados, compreende que abate de aeronaves é constitucional:

[...] a conduta Estatal [...] que venha a culminar na destruição da aeronave classificada como hostil, amolda-se [...] no exercício regular do direito de preservação do bem jurídico constitucionalmente tutelado que é a segurança pública [...]

Em lição lapidar, leciona Mesquita (2009) :

[...] não se trata de nenhuma pena de morte, mas do direito-dever de exercer o poder soberano sobre o espaço aéreo brasileiro, nos termos da própria Constituição Federal.

Importa destacar que examinando petição que veiculava a inconstitucionalidade do Decreto nº 5.144/2004 que disciplinava os meios coercitivos a serem utilizados antes do tiro de destruição, o Procurador Geral da República elucidou que o tiro de destruição (detenção), não guarda nenhuma relação com a pena de morte, *verbis*:

[...] a medida de destruição não guarda relação com a pena de morte. Aliás, sequer pode ser considerada uma penalidade, porquanto não se busca, com sua aplicação, a expiação por crime cometido. Em realidade constitui, essencialmente, medida de segurança, extrema e excepcional, que só

reclama aplicação na hipótese de ineficácia das medidas coercitivas precedentes. É importante frisar que tal medida tem por objeto a preservação da segurança nacional e a defesa do espaço aéreo brasileiro [...]

Constata-se que há divergência na comunidade jurídica quanto a compatibilidade do abate de aeronaves nos moldes do Decreto nº 5.144/2004 com o ordem jurídica.

Nessa senda, a divergência da comunidade jurídica revela a necessidade de aprofundar o estudo e elaborar uma pesquisa da controvérsia.

Registre-se que o problema acerca da conformidade constitucional do abate de aeronaves em casos de aeronave hostil suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes foi objeto de estudo monográfico quando da graduação. Percebeu-se que a doutrina, técnico jurídica não compreendia o que realmente seria o tiro de destruição e seu objetivo, corolário lógico classificava a medida como inconstitucional, a concebendo como uma pena de morte sem devido processo em época de paz.

Com a extensão dos estudos acerca da temática em trabalho monográfico de pós-graduação *lato sensu* foi examinada a responsabilidade criminal do agente de defesa aérea executor da medida de destruição, em aeronaves hostis suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes quando está é executada de acordo com a Lei nº 9.614/98 e Decreto nº 5.144/2004.

Procedendo aos estudos acerca da defesa do espaço aéreo nacional, constata-se que este se revela deveras vulnerável (sob o ponto de vista jurídico normativo) diante de aeronaves terroristas hostis, quando se percebe carência legislativa acerca da matéria. Destarte, o espaço aéreo nacional se revela um *locus* seguro para que atos que atentam contra a soberania, defesa e segurança sejam praticados.

Assim, malgrado existir previsão para o abate de aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes, não há a previsão do abate de aeronave para outras situações de hostilidade.

Por seu turno, em que pese, a Lei nº 9.614/98 prevê o abate da aeronave, condiciona tal abate ao esgotamento dos meios coercitivos previstos em outra lei. Ocorre que, a lei regulamentadora ainda não foi editada.

O que existe é o decreto nº 5.144/2004 que restringiu, como exposto, o abate da aeronave hostil, apenas quando suspeita de tráfico de drogas. Não se pode olvidar que quando do advento das olimpíadas no Brasil, em 2016, foi editado o Decreto nº 8.758/2016 autorizando o abate de aeronaves hostis à segurança pública, mas apenas de 24 de julho à 21 de setembro de 2016.

Destarte, terrorismo não marca hora, nem local, e a qualquer momento o Brasil pode ser vítima de um ataque terrorista via espaço aéreo, colocando a defesa nacional em xeque.

Como resguardar o espaço aéreo nacional das ameaças contemporâneas, dentre elas a ameaça terrorista. No Estado de Direito tanto administrado como administrador se submetem à lei. 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 legislação expressa.

A verificação da hipótese de ser o abate de aeronaves compatível com o direito vigente (e em quais hipóteses) é pressuposto para a verificação da necessidade de confecção de ato normativo adequado com a ordem jurídica para permitir que o aparato de defesa aérea nacional possa agir dentro das balizas lei e resguardados expressamente pelo direito.

Desta feita, a presente pesquisa buscará verificar se o espaço aéreo brasileiro está juridicamente protegido contra ameaças. Ademais, proceder-se-á a um filtro de juridicidade acerca do abate de aeronaves civis em tempo de paz no espaço aéreo brasileiro, verificando sua compatibilidade com a ordem jurídica nacional (máxime com a Constituição Federal de 1988) e internacional (tratados internacionais sobre direito humanos). Por conseguinte, buscar-se-á verificar o atual panorama legislativo verificando a existência/inexistência, adequação/inadequação de atos

normativos referente a temática e eventualmente confeccionar uma proposta de ato normativo.

2. ABATE DE AERONAVES, DEFESA E SEGURANÇA NACIONAL

O abate de aeronaves é necessário para preservação da defesa e segurança nacional?

Como é cediço, o espaço aéreo pode ser utilizado como um ambiente para a prática de agressões contra os bens, interesses e cidadãos de um Estado.

Sendo assim, cumpre verificar:

- (i) o Estado possui a atribuição de garantir segurança aos seus nacionais?
- (ii) qual o órgão tem a missão precípua de garantir a defesa e segurança do espaço aéreo?
- (iii) quais as ameaças contemporâneas que o Estado deve estar preparado para enfrentar de forma eficaz?
- (iv) Como enfrentar, as ameaças contemporâneas, à segurança, que se valem do espaço aeroespacial para a prática de condutas contrárias ao interesse nacional?

2.1 Soberania, segurança e defesa

Leciona Dallari (1995) que o Estado é “a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.” Ainda segundo o autor, o Estado possui quatro notas características: povo, território, soberania e finalidade.

O território de um Estado abrange a porção continental, marítima e o espaço aéreo sobrejacente. Na esteira das prescrições da Convenção de Chicago de

1944, os Estados exercem a respectiva soberania sobre a coluna de ar sobrejacente aos seus territórios. O artigo 1º da referida Convenção incorporado internamente através do Decreto nº 21.713 de 1946 (BRASIL, 1946), aduz que “Os Estados contratantes reconhecem ter cada Estado a soberania exclusiva e absoluta sobre o espaço aéreo sobre seu território.”

Ademais, o artigo 11 do Código Brasileiro de Aeronáutica (BRASIL, 1986) estabelece que o Brasil possui completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial: “Art. 11. O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial.”

O que significa dizer que o Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre seu espaço aéreo? Significa que o Brasil não apenas ordena, mas dispõe de meios para fazer cumprir suas ordens coativas.

Acerca da noção, evolução e compreensão de soberania, cumpre destacar que Jean Bodin (*apud* DALLARI, 1995) foi o primeiro a proceder a uma abordagem teórica. Para o mestre Francês, a soberania é o poder absoluto de um Estado:

[...] é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares, quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República.

Diversos juristas, filósofos, e estudiosos se debruçaram e elaboraram teorias sobre a soberania – Reale, Kelsen, Jellinek, Ranelletti, etc - em sua essência todas trazem a ideia de poder. Dentre as várias teorias elaboradas a do insigne jus filósofo pátrio Miguel Reale (1960) merece destaque. O renomado jurista ensina que soberania é o “poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência.”

Bobbio (1997) explica que o uso da força física é a condição necessária para a definição de poder político, mas não a condição suficiente. Elucida ainda que segundo a doutrina que vai se afirmando na grande controvérsia entre Estado e Igreja, o que diferencia o Estado da Igreja é o exercício da força. Continua esclarecendo que

não é o direito de usar a força, mas o da exclusividade deste direito sobre um determinado território. Merece transcrição essa passagem do distinto italiano:

Quem tem o direito exclusivo de usar a força sobre um determinado território é o soberano. Desde que a força é o meio mais resolutivo para exercer o domínio do homem sobre o homem, quem detém o uso deste meio com a exclusão de todos os demais dentro de certas fronteiras é quem tem, dentro destas fronteiras, a soberania entendida como *summa potestas* [...]

No mesmo sentido, Weber (apud BOBBIO, 1997), define o Estado como o detentor do monopólio da coação física legítima. Assim, partindo do pressuposto que Poder Político é o direito de utilização exclusiva da violência legítima, em apertada síntese soberania é: Poder político supremo e independente (SILVA, 2013). Supremo porque não está limitado por nenhum outro na ordem interna; independente porque, na ordem internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos (CAETANO apud SILVA, 2013).

Malgrado a doutrina divergir e criar várias teses a respeito do conceito e natureza da soberania, quanto as suas características, é praticamente pacífica, arrolando como tais: unicidade, indivisibilidade e imprescritibilidade.

Una, no que tange a inadmissibilidade de duas soberanias convivendo em um mesmo Estado, é sempre poder superior a todos os demais que existam no Estado; indivisível, por não admitir separação, haja vista que, se aplica a universalidade dos fatos ocorridos no Estado; inalienável, pois aquele que a detém desaparece quando ficar sem ela, seja o povo, nação, ou o Estado; imprescritível porque jamais, seria verdadeiramente superior se tivesse prazo certo de duração (DALLARI, 1995).

Imperativo trazer à baila, outrossim, o estudo de Marco Tullio Zanzucchi (apud DALLARI, 1995) em sua obra *Istituzioni Di Diritto Pubblico*, que acrescenta outras características de extrema relevância, a disciplina da soberania quais sejam: originária, porque nasce no próprio momento em que nasce o Estado e como um atributo inseparável deste; exclusiva, porque só o Estado o possui; incondicionada, uma vez que só encontra os limites postos pelo próprio Estado; coativa, pois que, no

seu desempenho, o Estado não só ordena, mas dispõe de meios para fazer cumprir suas ordens coativas.

Ressalte-se, ainda, que a soberania é um Princípio Fundamental da República Federativa do Brasil, consagrado no artigo 1º da Constituição de 1988³ (BRASIL, 1988).

Não se pode olvidar, as lições de Jorge Miranda (apud SILVA, 2013) ressaltando a função dos princípios fundamentais e asseverando que estes possuem uma função de ação imediata, significando que os princípios fundamentais funcionam como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema.

Reitere-se: afirmar que o Brasil possui completa e exclusiva soberania sobre seu espaço aéreo significa dizer que o Brasil não apenas ordena, mas dispõe de meios para fazer cumprir suas ordens coativas.

Tendo em conta que o Estado Brasileiro possui um espaço aéreo, e possui soberania sobre o referido *locus*, indaga-se: deve o Estado brasileiro garantir que seu espaço aéreo seja um ambiente seguro?

A Política Nacional de Defesa (BRASIL, 2012) leciona que o Estado Brasileiro é detentor do monopólio legítimo dos meios de coerção, devendo prover segurança e fazer valer em seu território, a lei e a ordem, *verbis*:

O Estado tem como pressupostos básicos território, povo, leis e governo próprios e independência nas relações externas. Ele detém o monopólio legítimo dos meios de coerção para fazer valer a lei e a ordem, estabelecidas democraticamente, provendo, também, a segurança.

³ 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:

I - a soberania;

Ressalte-se que a Lei Fundamental (BRASIL, 1988) consagrou a segurança como um direito e garantia fundamental⁴.

Em consonância com a Constituição de 1988 o Livro Branco de Defesa Nacional (BRASIL, 2012) dispõe claramente que uma das atribuições do Estado é prover segurança e defesa para a sociedade, *ipsis litteris*:

LIVRO BRANCO DE DEFESA

Uma das atribuições do Estado é prover a segurança e a defesa necessárias para que a sociedade possa alcançar os seus objetivos. Cabe ao Estado propiciar e garantir condições para que se possa considerar que o País não corra risco de uma agressão externa, nem esteja exposto a pressões políticas ou imposições econômicas insuportáveis, e seja capaz de, livremente, dedicar-se ao próprio desenvolvimento e ao progresso. O Brasil exerce completa e exclusiva soberania¹⁶ sobre seu território, seu mar territorial e o espaço aéreo sobrejacente, não aceitando nenhuma forma de ingerência externa em suas decisões. O Estado brasileiro trabalha em prol de ações que fortaleçam a aproximação e a confiança entre os Estados, uma vez que a valorização e a exploração dessa perspectiva representam uma contribuição à prevenção de contenciosos capazes de potencializar ameaças à segurança nacional.

Pelo exposto, constata-se que o Estado Brasileiro detém soberania sobre seu espaço aéreo, o que significa dizer que dispõe de meios para fazer cumprir suas ordens. Outrossim, à luz da Carta da República, o Brasil possui o dever constitucional fundamental de garantir segurança a seus cidadãos e estrangeiros que estejam no país.

4

TÍTULO II

Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

CAPÍTULO II

DOS DIREITOS SOCIAIS

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Para garantir essa segurança, o Brasil deve adotar medidas e ações para a defesa de seus bens, interesses e cidadãos, contra as ameaças existentes.

Assim, uma vez que o território de um Estado, abrange, a porção continental, marítima e o espaço aéreo correspondente, corolário lógico, a Defesa Nacional de um Estado também engloba as dimensões continental, marítima e aeroespacial, esta última a cargo precipuamente da Força Aérea Brasileira.

Corroborando o exposto estabelece a Política Nacional de Defesa (BRASIL, 2012):

As dimensões continental, marítima e aeroespacial, esta sobrejacente às duas primeiras, são de suma importância para a Defesa Nacional. O controle do espaço aéreo e a sua boa articulação com os países vizinhos, assim como o desenvolvimento de nossa capacitação aeroespacial, constituem objetivos setoriais prioritários.

Nessa esteira de intelecção, indaga-se: como as atribuições da Força Aérea Brasileira se relacionam com a segurança e Defesa Nacional.

2.2 Da Aeronáutica na ordem jurídica vigente

Para Hegel (apud BOBBIO, 1997), “Onde quer que uma multidão forme um estado, dela se exige que constitua um aparato militar e um poder estatal”. Continua o pensador afirmando que para uma coletividade dar-se o nome de Estado é imprescindível está-se unido para a defesa comum de tudo aquilo que é sua propriedade.

No Brasil, segundo a Carta Magna de 1988, o aparato militar - Forças Armadas Brasileiras - destinam-se à defesa da pátria e são compostas pela Marinha, Exército e Aeronáutica.

À Aeronáutica, cabe a defesa do espaço aéreo, impedindo o uso deste para a prática de atos hostis ou contrários ao interesse nacional, cabendo-lhe a vigilância, controle e defesa do espaço aéreo nacional, com recursos para detectar, interceptar e deter as aeronaves hostis.

Nesse sentido, o Livro Branco de Defesa Nacional (BRASIL, 2012) doutrina que é atribuição da Força Aérea Brasileira, garantir a soberania do espaço aéreo, impedindo seu uso para a prática de atos hostis ou contrários ao interesse nacional, podendo para tanto detectar, interceptar e destruir o engenho aéreo hostil:

Missão

Cabe à Força Aérea manter a soberania no espaço aéreo nacional com vistas à defesa da Pátria, impedindo o uso do espaço aéreo brasileiro para a prática de atos hostis ou contrários aos interesses nacionais. Para tanto, dispõe de capacidade de vigilância, controle e defesa do espaço aéreo, com recursos de detecção, interceptação e destruição.

Acrescente-se ainda no mesmo sentido a DCA 11-45 Concepção Estratégica Força Aérea 100 (BRASIL, 2018), que informa a Missão Síntese da Aeronáutica:

Missão Síntese

“3.1.4.2 Sinteticamente, a Aeronáutica deverá defender o Brasil, impedindo o uso do espaço aéreo brasileiro e do espaço exterior para a prática de atos hostis ou contrários aos interesses nacionais. Para isto, deverá dispor de capacidade efetiva de vigilância, de controle e de defesa do espaço aéreo, sobre os pontos e áreas sensíveis do território nacional, com recursos de detecção, interceptação e destruição... Manter a soberania do espaço aéreo e integrar o território nacional com vistas à defesa da Pátria.”

Insta salientar, que a Lei Complementar nº 97 de 1999 (BRASIL, 1999) fixa em seu artigo 18⁵ as atribuições subsidiárias da Aeronáutica, arrolando dentre elas, o controle do espaço aéreo, contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito.

⁵ Art. 18. Cabe à Aeronáutica, como atribuições subsidiárias particulares:

[...] VI – cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional, quanto ao uso do espaço aéreo e de áreas aeroportuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução; (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

VII - preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, de maneira contínua e permanente, por meio das ações de controle do espaço aéreo brasileiro, contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito, com ênfase nos envolvidos no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, agindo em operação combinada com organismos de fiscalização competentes, aos quais caberá a tarefa de agir após a aterragem das aeronaves envolvidas em tráfego aéreo ilícito, podendo, na ausência destes, revistar pessoas, veículos terrestres, embarcações e aeronaves, bem como efetuar prisões em flagrante delito. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Consigne-se que a Estratégia Nacional de Defesa (BRASIL, 2012) estabelece que a primeira responsabilidade da Força Aérea é vigilância do espaço aéreo, sendo condição fundamental para impedir o sobrevoo de engenhos aéreos contrários ao interesse nacional, uma vez que são as condições necessárias para uma resposta eficaz:

[...] (a) A prioridade da vigilância aérea. Exercer a vigilância do espaço aéreo, sobre o território nacional e as águas jurisdicionais brasileiras, com a assistência dos meios espaciais, aéreos, terrestres e marítimos, é a primeira das responsabilidades da Força Aérea e a condição essencial para impedir o sobrevoo de engenhos aéreos contrários ao interesse nacional. A estratégia da Força Aérea será a de cercar o Brasil com sucessivas e complementares camadas de visualização, condicionantes da prontidão para responder.

Constata-se que no Estado Brasileiro recai precipuamente sobre a Força Aérea a atribuição de garantir a segurança do espaço aéreo Brasileiro, impedindo que este seja utilizado para a prática de atos hostis e contrários aos interesses nacionais.

Ademais, cumpre destacar que a Estratégia Nacional de Defesa (BRASIL, 2012), ressalta a prontidão da resposta como elemento relevante das responsabilidades da Força Aérea.

Dentre desta realidade, indaga-se: quais as principais ameaças contemporâneas em relação ao uso do espaço aéreo para prática de atos hostis e contrários aos interesses nacionais?

2.3 O espaço aéreo e as ameaças contemporâneas: terrorismo e tecnologia no século xxi

Por conta da própria realidade ínsita ao espaço aéreo (dimensão; constituição; dificuldade de interceptação, etc), este torna-se uma plataforma suscetível para que atos hostis e contrários ao interesse nacional sejam praticados.

Parágrafo único. Pela especificidade dessas atribuições, é da competência do Comandante da Aeronáutica o trato dos assuntos dispostos neste artigo, ficando designado como 'Autoridade aeronáutica militar Militar', para esse fim. (Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010).

Tanto é assim, que em 2001 um grupo terrorista valendo-se da vulnerabilidade própria do espaço aéreo, o utilizou para praticar uma agressão contra a maior potência militar do globo terrestre, referência em tecnologia, segurança e defesa. Lamentavelmente, a operação foi exitosa, matando cerca de 2.753 (duas mil setecentos e cinquenta e três) pessoas e conseguindo destruir as Torres Gêmeas, que eram o símbolo do poder econômico dos Estados Unidos da América.

Malgrado, ser uma ameaça contemporânea, que merece atenção, preocupação, e medidas eficazes para a proteção do Estado, não se ignora que o terrorismo seja um fenômeno bastante antigo na história da humanidade. Ensina Rudzit (2005) que o terrorismo é um fenômeno muito antigo, remontando à milênios, quando no ano três a.C, um grupo de uma comunidade, assassinaram transeuntes em Jerusalém com a finalidade de promover uma revolta da população contra os romanos:

O terrorismo não é um fenômeno recente no cenário internacional, ele é quase tão antigo quanto a humanidade. No ano três a.C. já tivemos um exemplo claro do fenômeno quando um grupo de judeus assassinou aleatoriamente transeuntes em Jerusalém com o intuito de tentar promover uma revolta da população contra a ocupação romana.

Ocorre que, na atualidade, com o advento da tecnologia, o terrorismo merece uma preocupação ainda maior, *vide* a possibilidade de utilização de aeronaves e do espaço aéreo para as práticas de atos hostis, além da proliferação de armas não convencionais (químicas e biológicas) e a disseminação de artefatos nucleares.

Destaque-se ainda, que o próprio Conselho de Segurança da ONU em 2004, tomou uma decisão formal, consubstanciada na Resolução 1540, no sentido, da impedir a proliferação de armas de destruição em massa para atores não-estatais.

A conceituação do terrorismo não é tarefa fácil, devido ao seu dinamismo e fluidez ao longo dos tempos. Contudo, a legislação vigente, através de um tipo legal, traz uma conceituação de terrorismo, ao menos pra fins de aplicação do sistema de justiça criminal. Assim, a Lei nº 13.260/2016 (BRASIL, 2016) estabelece como terrorismo a prática de atos - tais como, atentar contra a vida ou integridade física da

pessoa, transportar explosivos, conteúdos biológicos ou químicos – por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, paz ou incolumidade pública, *litteris*:

Art. 1º Esta Lei regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista.

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

§ 1º São atos de terrorismo:

I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa;

II – (VETADO);

III - (VETADO);

IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;

V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.

Constata-se que o conceito não é completo, não abarcando, por exemplo, os atos de terrorismo, por razões políticas. Obviamente, não significa que a conduta seria atípica e tolerada pelo Estado, mas, por certo, não poderia ser tipificada e compreendida juridicamente como terrorismo, não lhe sendo impingida o regime jurídico rigoroso que a ação terrorista demanda.

Consoante ensina Tomé (2003) após os atentados terroristas às Torres Gêmeas nos Estados Unidos da América, os analistas passaram a diferenciar o

terrorismo clássico, de um novo tipo de terrorismo, chamado por alguns de hiperterrorismo ou terrorismo pós-moderno.

Ensina Tomé (2003) que esse hiperterrorismo, difere-se do terrorismo clássico, uma vez que aquele é dotado de um alto grau de crueldade, *litteris*:

Muitas coisas mudaram, outras foram sublinhadas e outras ainda foram tornadas visíveis, quando previamente eram praticamente irreconhecíveis. Os EUA e o mundo deixaram de ser o que eram até 11 de Setembro, mas o que se modificou imediatamente foi a própria percepção do terrorismo. Desde então fala-se de “hiperterrorismo” e de “terrorismo pós-moderno” para significar, primeiro que tudo, que este não é mais como o de antes: um limite impensável, inconcebível, foi transposto, pela crueldade e pelo grau de agressão demasiado desmesurado ao ponto de não se saber como o nomear – atentado, acto de guerra, acção terrorista? Por outro lado, todos compreenderam que se tratava de um terrorismo global: global na sua organização, mas também no seu alcance e nos seus objectivos.

Consigne-se que em 1999, o então Secretário de Defesa dos Estados Unidos da América analisando futuras ameaças alertavam que os ataques terroristas viriam em uma nova escala designada como “terrorismo catastrófico”. O vaticínio foi ratificado com o atentado de 11 de setembro de 2001 ao World Trade Center. Segundo Rudzit (2005) o número de mortes nos atentados subiu de 344 em 1991, para 6.693 em 1998, ainda segundo o autor, o terrorismo passou a existir em escala mundial com uma nova característica, qual seja: suicida catastrófico.

Insta salientar que a preocupação com o terrorismo deve considerar tanto as ameaças externas como as ameaças do próprio território, é a era do terrorismo transnacional. Rudzit (2005), alerta:

Por com seguinte, hoje, tanto os países desenvolvidos, quanto os em desenvolvimento, têm que levar em consideração ameaças vindas de dentro do seu próprio território, mesmo para aqueles que estão mais avançados no processo de construção do Estado.

Leciona Tomé (2003) que esse terrorismo pós-moderno está fundamentado primordialmente no ódio, assim, o objetivo é primordialmente matar o maior número possível de pessoas:

[...] O seu objectivo é muito mais difuso e baseia-se essencialmente no ódio e na vingança, partindo muitas vezes do desespero. Por isso, em vez de

evitem as mortes em larga escala, estes terroristas procuram matar o maior número possível de pessoas.

Esclarece ainda Tomé (2003) que para esse novo tipo de terrorismo todos os meios são justificáveis em razão dos fins, inclusive o suicídio e a morte de milhares de inocentes:

[...] Daqui resultam algumas características deste “terrorismo de novo tipo” que fazem dele uma ameaça particularmente perigosa. Em primeiro lugar, para estes terroristas todos os meios são bons e justificáveis em função dos seus fins, incluindo o sacrifício da sua própria vida e a de milhares de inocentes civis.

O mesmo autor traz à baila um ponto extremamente importante para a presente análise, qual seja, a possibilidade de grupos terroristas, ao invés de utilizarem um avião comercial com pessoas a bordo, como um míssil para atingir determinados alvos, poderão utilizar as aeronaves civis como plataformas para lançamento de armas químicas, biológicas e nucleares:

[...] O que significa que, grupos como a *Al-Qaeda*, em vez de um avião de carreira comercial carregado de passageiros e de combustível utilizado como míssil incendiário, se puderem lançar mão de armas químicas, biológicas ou nucleares, ou se puderem visar centrais nucleares, barragens e redes de abastecimento públicas, não hesitarão em utilizar estes meios para provocar o maior número possível de danos materiais e de vítimas humanas.

Analisando as características desse hiperterrorismo Tomé (2003) ensina que o combate a esse novo modelo de terrorismo possui relevantes assimetrias, dentre outras coisas, porque enquanto os Estados tem de proteger todos os seus pontos vulneráveis, o terrorista apenas tem que escolher o alvo mais fraco e vulnerável e atacar:

Terceiro, este tipo de terrorismo goza de assimetrias importantes. Por um lado, na luta contra o terrorismo, os que jogam à defesa têm de proteger, no mundo inteiro, todos os seus pontos vulneráveis; o terrorista só tem de escolher e atacar os alvos mais fracos ou uma acção mais surpreendente [...] É irónico, sem dúvida, mas as possibilidades da mundialização, sobretudo em termos de transportes e comunicações, permitem-lhes aceder mais facilmente a armas de destruição maciça, disseminar a sua rede de contactos e apoios, diversificar e tornar muito mais complexa a sua rede de financiamentos e, acima de tudo, tornar-se num inimigo mais “difuso” e mais “invisível” [...] Quinto, estes terroristas sabem como tirar vantagem das

vulnerabilidades inerentes a regimes democráticos, com sociedades abertas e multiétnicas e com liberdades e garantias individuais que normalmente não existem nos regimes onde encontram acolhimento [...] Em suma, o terrorismo é um inimigo que, sendo covarde e quase “invisível”, permite aos fracos atacar os fortes, mas vitimando aqueles que são ainda mais fracos. A sua execução é relativamente barata, mas diabolicamente difícil de combater. E não há perigo maior do que enfrentar alguém cuja racionalidade considera legítimos todos os meios em função dos seus fins, dispondo-se a todo o tipo de sacrifícios.

Incontroverso que o atual perfil do terrorismo detém diversas características dignas de atenção, contudo, dentre elas, temos três que merecem um especial destaque, quais sejam:

- a) Imprevisibilidade: não se sabe quando, onde e como ocorrerá o ataque;
- b) Gravidade: objetiva-se causar um dano devastador, atingindo um grande número de pessoas;
- c) Amoralidade: completa indiferença pelos valores da moral judaico-cristã e civilização ocidental. O ser humano singularmente considerado não é concebido como um fim em si mesmo, mas sim como um meio para se atingir um fim, violando a antológica fórmula Kantiana, com raízes na Torá judaica e Pentateuco Cristão.

Com relação a gravidade, na esteira dos ensinamentos de Nye Jr. (2005) é imperativo reconhecer que na atualidade a tecnologia permitiu que indivíduos possuam em suas mãos poderes destrutivos, que outrora apenas os Estados detinham.

Lado outro, cogente sublinhar que terrorismo não marca dia e hora para ocorrer, o que demanda que o Estado esteja com seu arcabouço normativo e operacional apto para prontamente fazer frente a essa ameaça.

Diante desse fenômeno, como deve se portar o Estado brasileiro e como deve reagir? Qual a responsabilidade do Estado brasileiro? O que diz os documentos internacionais e ordem jurídica vigente?

A famigerada Resolução 1373 do Conselho de Segurança da ONU, incorporada no território nacional através do Decreto nº 3.976 (BRASIL, 2001), exorta os Estados à adotarem medidas para a prevenção e combate do terrorismo, devendo os Estados não permitirem, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o terrorismo, e ainda, determina que os Estados não promovam qualquer apoio ainda que passivo.⁶

Dispõe ainda a resolução que os Estados devem impedir a utilização de seu território por aqueles que financiam, planejam, facilitam ou perpetram atos terroristas contra outros Estados ou seus cidadãos, ressaltando a estrita ligação entre o terrorismo internacional e o crime organizado transnacional, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro e o contrabando de materiais nucleares, químicos, biológicos e outros materiais mortíferos⁷.

6

Resolução 1373 (2001)
adotada pelo Conselho de Segurança em 28 de setembro de 2001

"O Conselho de Segurança [...]

Reconhecendo a necessidade de os Estados complementarem a cooperação internacional pela adoção de medidas adicionais para prevenir e reprimir, em seus territórios, por meios legais, o financiamento e a preparação de quaisquer atos de terrorismo,

Reafirmando o princípio estabelecido pela Assembleia Geral na declaração de outubro de 1970 (resolução 2625 (XXV)) e reiterado pelo Conselho de Segurança na resolução 1189 (1998) de 13 de agosto de 1998, qual seja o de que todo Estado tem a obrigação de abster-se de organizar, instigar, auxiliar ou participar de atos terroristas em outro Estado ou permitir, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o cometimento desses atos [...] 2. Decide também que todos os Estados devem:

- a) Abster-se de prover qualquer forma de apoio, ativo ou passivo, a entidades ou pessoas envolvidas em atos terroristas, inclusive suprimindo o recrutamento de membros de grupos terroristas e eliminando o fornecimento de armas aos terroristas;
- b) Tomar as medidas necessárias para prevenir o cometimento de atos terroristas, inclusive advertindo tempestivamente outros Estados mediante intercâmbio de informações;

7

Resolução 1373 (2001)
adotada pelo Conselho de Segurança em 28 de setembro de 2001

"O Conselho de Segurança [...]

Reconhecendo a necessidade de os Estados complementarem a cooperação internacional pela adoção de medidas adicionais para prevenir e reprimir, em seus territórios, por meios legais, o financiamento e a preparação de quaisquer atos de terrorismo,

Reafirmando o princípio estabelecido pela Assembleia Geral na declaração de outubro de 1970 (resolução 2625 (XXV)) e reiterado pelo Conselho de Segurança na resolução 1189 (1998) de 13 de

Nessa esteira de intelecção, segundo a Resolução 1373 deve o Estado atuar ativamente na prevenção e combate ao terrorismo, não permitindo que seu território seja utilizado para o preparo dessas atividades, e ainda se abstendo de realizar qualquer apoio ainda que passivo.

Imperativo salientar que em relação à ordem jurídica vigente, a Constituição de 1988, em seu artigo 4º, inciso VIII (BRASIL, 1988) estabelece que a República Federativa do Brasil repudia o terrorismo⁸.

Por seu turno, a Política Nacional de Defesa (BRASIL 2012), em plena conformidade com a norma Constitucional, considera o terrorismo um risco à paz e segurança, e reconhece a necessidade prevenir e combater a ameaça terrorista:

agosto de 1998, qual seja o de que todo Estado tem a obrigação de abster-se de organizar, instigar, auxiliar ou participar de atos terroristas em outro Estado ou permitir, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o cometimento desses atos [...]

2. Decide também que todos os Estados devem [...]

d) Impedir a utilização de seus respectivos territórios por aqueles que financiam, planejam, facilitam ou perpetram atos terroristas contra outros Estados ou seus cidadãos;

e) Assegurar que qualquer pessoa que participe do financiamento, planejamento, preparo ou perpetração de atos terroristas ou atue em apoio destes seja levado a julgamento; assegurar que, além de quaisquer outras medidas contra o terrorismo, esses atos terroristas sejam considerados graves delitos criminais pelas legislações e códigos nacionais e que a punição seja adequada à gravidade desses atos;

f) Auxiliar-se mutuamente, da melhor forma possível, em matéria de investigação criminal ou processos criminais relativos ao financiamento ou apoio a atos terroristas, inclusive na cooperação para o fornecimento de provas que detenha necessárias ao processo;

g) Impedir a movimentação de terroristas ou grupos terroristas, mediante o efetivo controle de fronteiras e o controle da emissão de documentos de identidade e de viagem, bem como por medidas para evitar a adulteração, a fraude ou o uso fraudulento de documentos de identidade e de viagem [...]

4. Ressalta com preocupação a estreita ligação entre o terrorismo internacional e o crime organizado transnacional, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, o contrabando de materiais nucleares, químicos, biológicos e outros materiais potencialmente mortíferos, e, nesse sentido, enfatiza a necessidade de incrementar a coordenação de esforços nos níveis nacional, sub-regional, regional e internacional de modo a fortalecer uma reação global a essa séria ameaça e desafio à segurança internacional;

⁸ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;

5.8. A Constituição tem como um de seus princípios, nas relações internacionais, o repúdio ao terrorismo. O Brasil considera que o terrorismo internacional constitui risco à paz e à segurança mundiais. Condena enfaticamente suas ações e implementa as resoluções pertinentes da Organização das Nações Unidas (ONU), reconhecendo a necessidade de que as nações trabalhem em conjunto no sentido de prevenir e combater as ameaças terroristas.

Acrescente-se ainda que a Estratégia Nacional de Defesa (BRASIL, 2012), em perfeita consonância com a Lei Fundamental, destaca que o Estado Brasileiro tem como obrigação garantir nível adequado de segurança ao País, tanto em tempo de paz como em conflito, devendo o país dispor de estrutura ágil capaz de prevenir ações terroristas:

7.11. A atuação do Estado brasileiro com relação à defesa tem como fundamento a obrigação de garantir nível adequado de segurança do País, tanto em tempo de paz, quanto em situação de conflito

7.16. É imprescindível que o País disponha de estrutura ágil, capaz de prevenir ações terroristas e de conduzir operações de contraterrorismo.

Nessa perspectiva, a possibilidade de utilização de aeronaves e o respectivo espaço aéreo para os fins de apoio, logística e plataforma para atentados, revelam grandes desafios para que o Estado brasileiro e os órgãos de Defesa Nacional consigam manter a segurança pátria.

À título de ilustração, o vasto espaço aéreo Brasileiro pode ser utilizado como caminho para o transporte de artefatos nucleares, tráfico de drogas, tráfico de armas e demais atividades que financiam as grupos terroristas e facções criminosas. Não se pode olvidar a questão mais grave: a utilização do espaço aéreo como plataforma para ataques químicos, biológicos, suicidas, etc.

Indaga-se: o abate de aeronaves é uma medida necessária para fazer frente a esta ameaça à segurança nacional? Sob o ponto de vista jurídico, o Brasil possui uma ordem jurídica que permita uma resposta operacional ágil, capaz de prevenir e combater ações terroristas?

2.4 Da (des) necessidade do abate de aeronaves para preservação da defesa e segurança nacional

O abate de aeronaves é necessário para debelar um ataque terrorista (explosivo, suicida, biológico, químico, arma de fogo, etc), via aeronave civil em tráfego no espaço aéreo nacional?

A resposta só pode ser positiva, diante do cenário – espaço aéreo - o abate é a única medida apta à impedir que uma ameaça terrorista via espaço aéreo se concretize. Não existe outra forma, que não o abate para impedir que a ameaça se realize.

Diante da exegese da Lei Fundamental, diplomas legais, tratados internacionais e documentos oficiais, constata-se que:

- (i) é dever fundamental do Estado garantir a segurança de seus cidadãos;
- (ii) cabe à Força Aérea a missão de impedir que o espaço aéreo seja utilizado para a prática de atos hostis e contrários aos interesses nacionais;
- (iii) o terrorismo, outros fenômenos contemporâneos, são altamente nocivos e através do espaço aéreo podem agredir catastroficamente os cidadãos, bens e interesses de um Estado, devendo o este estar pronto para agir de maneira rápida e eficaz para conter tais ameaças.

À luz das realidades expostas, verifica-se que o abate de aeronaves civis classificadas como hostis é uma medida necessária para a preservação da segurança e defesa nacional.

Mas quais seriam os limites do abate de aeronaves? Como dever ser o seu procedimento? Qual deve ser a sua finalidade? O abate seria permitido, de forma indiscriminada, em qualquer hipótese?

3. O ABATE DE AERONAVES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

3.1 Pós positivismo e (in) segurança jurídica e a (des) necessidade de uma lei clara

Na esteira das lições de Ferrajoli (2015), nos últimos séculos desenvolveram-se três grandes modelos teóricos de direito, quais sejam: jurisprudencial, legislativo e constitucional.

Leciona o mestre da península apenina, que o paradigma jurisprudencial pré-moderno identifica-se com a escola jusnaturalista, uma vez que o reconhecimento da validade da norma verifica-se por sua intrínseca justiça ou racionalidade. Destarte, existia uma confusão entre direito e moral, e entre validade e justiça. Saliente-se que no modelo jurisprudencial pré-moderno não existia um monopólio de produção normativa, assim o direito consistia eminentemente em um conjunto de máximas, precedentes, etc.

Já o modelo legislativo (paleo-juspositivista) firmou-se com a consolidação do monopólio estatal de produção normativa. A existência e validade da norma são atestados com base na sua fonte de produção, e não com fundamento em seus conteúdos. Corolário lógico, os conceitos de existência e validade se confundem, outrossim, direito e moral, validade e justiça se divorciam.

Consigne-se que, malgrado esse modelo resguardar o valor segurança jurídica - concedendo uma maior certeza ao direito, protegendo a liberdade contra o arbítrio e submetendo o julgador à lei - impõe à coletividade, julgador, e jurisdicionado à submissão a uma eventual norma injusta, como explica com maestria Ferrajoli (2015):

[...] se a existência das normas depende unicamente da sua posituação, podem muito bem existir normas positivadas que sejam injustas e que todavia, são existentes, bem como normas justas que, porém, não são positivadas e, por isso, são inexistentes. A possível injustiça das normas é o preço que se paga pelos valores da certeza do direito, da igualdade perante a lei, da liberdade contra o arbítrio e da submissão dos juízes ao direito assegurado por tal modelo.

Por fim, o terceiro modelo seria o paradigma constitucional (neojuspositivista), que subordina a lei à uma Constituição rígida como parâmetro de validade do direito. Esse modelo separa e diferencia os conceitos de vigência e

validade, ou seja, a lei pode ser vigente e inválida caso não seja compatível com a Constituição.

Como resposta aos horrores da Segunda Guerra Mundial e dos regimes totalitários esse modelo ganhou força, e os Estados criaram Constituições que consagraram em seu bojo um rol de direitos fundamentais, o que Ferrajoli (2015) designa de “a esfera do não decidível”, *ipsis litteris*:

[...] como um solene nunca mais, aos horrores dos totalitarismos, aquela que chamei de a esfera do não decidível: aquilo que nenhuma maioria pode decidir, em violação aos direitos de liberdade, e aquilo que nenhuma maioria pode deixar de decidir, em violação aos direitos sociais, estes e aqueles estabelecidos pela constituição [....]

Para Ferrajoli (2015) o jusconstitucionalismo é a filosofia do direito que está delineando as modernas democracias constitucionais. Diante desse panorama, o autor traz uma constatação relevante: no modelo paleo-juspositivista o direito era produto da política (política era a fonte do direito), por seu turno no neojuspositivismo a relação entre política e direito estremece, haja vista que malgrado o direito continuar a ser produto da política, a política se subordinaria ao direito, *ipsis verbis*:

Com o primeiro juspositivismo, correspondente à formação do Estado, soberano como detentor do monopólio da produção legislativa, nasce, assim, a política moderna como fonte primária do direito: o direito se torna um produto da política e o seu principal instrumento de governo. Com o segundo juspositivismo, de natureza constitucional, que positiviza o dever ser da produção legislativa, a relação entre política e direito se complica: o direito continua a ser um produto e instrumento da política, mas a política se subordina ao direito e, precisamente, à esfera do não decidível estipulada na constituição.

Constate-se que o eminente italiano já diagnostica uma das principais celeumas da contemporaneidade, qual seja, a judicialização da política. Não se pode olvidar, outrossim, que o autor admoesta que na atualidade está ocorrendo uma crise do paradigma constitucional ocasionada principalmente pelo fim do monopólio estatal da produção normativa, apontando como saída ao futuro do Estado de Direito e da democracia, o desenvolvimento de ordenamentos supranacionais.

Em contraponto, Luís Roberto Barroso (2010), um autor pós-positivista (neoconstitucionalista), em festejada obra (Curso de direito constitucional

contemporâneo) explica cronologicamente a chegada desse modelo. De acordo com as lições do autor, existem três grandes escolas de filosofia jurídica: jusnaturalismo, positivismo jurídico e o pós-positivismo.

O jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do direito. 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 de século XIX, com o advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação (teve como marco histórico o Código Civil Napoleônico), o jusnaturalismo chega 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, 2008).

Assim, superado o jusnaturalismo, tem início o positivismo jurídico, resultado da crença no poder absoluto do conhecimento científico. Essa doutrina queria conceder ao direito as mesmas características das ciências exatas, tais como objetividade científica, separação entre direito e ética. 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 (2008), que essa corrente filosófica, acredita não ser no campo do Direito, que se deva travar a discussão acerca da justiça.

O positivismo jurídico - que tem como corolário o Estado de Direito - serviu de fundamento para os Estados Totalitários, deu margem para que Estados e homens perpetrassem barbáries e a justificassem no Direito legitimador (que não indagava o conteúdo da norma). Nesse sentido, de grande valia transcrever a lição do emérito constitucionalista (BARROSO, 2008):

[...] 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.

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 os incorporando 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 as características e 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 amplo espaço, e várias questões são judicializadas 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 intenso ativismo judicial.

Nessa toada, como não poderia ser diferente, com o incremento da judicialização até mesmo a política pura (para ficar com a expressão utilizada por HIRSCHL) ou mega política foi atingida pelo ativismo judicial.

O ativismo judicial ataca as mais diversas áreas, como por exemplo, a saúde (medicamentos e leitos de UTI), educação (creche) e até mesmo os fundamentos do regime democrático, no que concerne a harmonia entre os poderes/funções do Estado (afastando Presidentes de outros poderes da república).

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 do que nos próprios orçamentos, *ipsis verbis*:

[...] 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 e promover a matrícula de crianças nas creches da prefeitura (que nem tem condições de cumprir).

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 sim decididas pelo Poder Judiciário.

Essa realidade, rompe com o sistema de *checks and balances*. O judiciário arvora funções do executivo/legislativo. Advirta-se ainda, que a mais grave ofensa à Constituição é aquela praticada pelo Poder Judiciário, uma vez que teria por missão resguardá-la.

Contudo, com razão Streck (2014) ao afirmar que a intensidade da judicialização da política é a contradição secundária do problema, o ponto nevrálgico na dicção do autor é como as questões judicializadas devem ser decididas, *ipsis verbis*:

Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição-secundária do problema. A grande questão não é o quanto de judicialização, mas como as questões judicializadas devem ser decididas. Aqui está o busílis. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política.

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

regime democrático e harmonia entre os poderes. As palavras possuem um sentido, não podendo ser interpretadas ao gosto e conveniência do julgador.

Corroborando o exposto, doutrina Streck (2013), que existem limites semânticos que devem ser obedecidos. Ocorre que atualmente no Brasil vem prevalecendo a ideia 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). Nesse sentido, mostram-se muito próximas as diversas posições axiológicas-voluntaristas que conformam o imaginário do jurista (fruto da jurisprudência dos interesses, da jurisprudência dos valores, da ponderação de valores, do realismo norte-americano ou escandinavo, ou, ainda, produto de um voluntarismo *ad hoc* mesmo, sem 'filiação' teórica). Tudo pode. Tudo é permitido. Algo do tipo 'não há verdades'. 'Tudo é relativo' (como se também a frase não fosse relativa!).

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

As decisões acabam sendo fruto de mera subjetividades, sem compromissos com a história institucional do direito e do instituto em questão. É o extremo pragmatismo 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. E a colocou – a TPD – no andar de cima do plano da ciência do direito (uma meta-linguagem sobre a linguagem objeto, que era o direito enquanto conjunto de regras). Kelsen não queria se meter no andar de baixo (no mundo da aplicação). Ali, dizia o velho mestre, faz-se política jurídica.

Adverte Streck (2014), que estamos vivendo um momento de ativismo judicial desenfreado, reféns da vontade individual do julgador, o que seria muito perigoso para o regime democrático e o Estado de Direito.

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 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 se tornar o grito de horror do amanhã. É melhor confiar no direito ou na vontade do julgador?

Em lição análoga, Ferrajoli (2015) 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, comente 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 [...]

Leciona ainda o autor que para não cair no risco do Governo dos Juízes, o controle do Poder Judiciário exige a observância de quatro condições.

Primeiramente seria fundamental a adoção do paradigma do constitucionalismo garantista, interpretando os direitos fundamentais não como princípios sujeitos à ponderação de valores e ativismo judicial, mas como regras que devem ser aplicadas ante a violação. A ponderação de valores enfraquece a normatividade da constituição, atribuindo à jurisdição uma discricionariedade indevida. Por seu turno, o ativismo judicial viola os pilares do Estado de Direito: inverte a hierarquia das fontes (escolha de princípios constitucionais “superiores” a outros), e agride a separação dos poderes, atribuindo indevidamente ao Judiciário um papel criativo do direito.

Em segundo lugar, deve existir uma prática garantista da jurisdição, o que significa dizer que, uma vez que o Poder Judiciário é um poder de controle a respeito

do válido exercício dos outros poderes (legitimados pela representação política) é essencial que junto com sua independência existam rigorosos limites e vínculos como condição de sua legitimidade. Em lição lapidar doutrina Ferrajoli (2015):

A separação dos poderes deve ser colocada a salvo das interferências do poder político sobre a jurisdição. Mas deve ser igualmente colocada a salvo das indevidas interferências do Poder Judiciário sobre a política. Somente a simultânea defesa destas duas separações é capaz de possibilitar a fundação, juntamente com uma concepção garantista da jurisdição, da deontologia e da responsabilidade dos magistrados.

Como terceira condição tem-se o reforço das garantias constitucionais, sujeitando o juiz à lei e demandando do julgador decisões mais racionais e menos potestativas, partindo do pressuposto que a natureza da jurisdição é cognitiva. Nas palavras do insigne italiano a jurisdição “é sempre um saber-poder, e será tanto mais legítima quando maior for o saber e quanto menor for o poder” (FERRAJOLI, 2015).

A última condição (quarta) seria o desenvolvimento de uma deontologia judiciária, baseada em uma cultura de regras morais, como por exemplo, a consciência do caráter imperfeito e relativo da verdade processual, o consequente costume da dúvida e o repúdio a qualquer arrogância cognitiva, a prudência no julgar, a disponibilidade para escutar as razões contrárias, repúdio a qualquer ativismo ou protagonismo judiciário, etc. Como diz Ferrajoli (2015) se é verdade que a independência é imprescindível para o papel de garantia do Poder Judiciário, por outro lado a sujeição à lei, honestidade intelectual, e efetiva garantia dos direitos são condições da legitimidade desta independência, *litteris*:

Se é verdade que a independência é uma condição necessária do papel de garantia do Poder Judiciário, é também verdade, inversamente, que a sujeição à lei de tal poder, a honestidade intelectual e a efetiva garantia dos direitos são as condições necessárias da legitimidade de sua independência, ameaçada a cada vez que um Juiz ou membro do Ministério Público cometam um abuso, condenam um inocente, ou violem os direitos de um cidadão. Somente se as funções dos juízes vierem a ser avaliadas por quantos experimentam o julgamento deles como uma arbitrária invasão nas suas liberdades ou nas competências de outros poderes, é que serão por eles defendidas a independência e a legitimidade da magistratura como necessárias garantias de seus direitos.

Nessa esteira de intelecção, verifica-se que contemporaneamente o Brasil passa por um intenso ativismo judicial.

Constata-se uma intensa judicialização da política e politização da justiça. Chega ao poder judiciário decisões em relação ao afastamento do Presidente da Casa Legislativa, aborto, posse de Ministro de Estado, pesquisas com células tronco, etc.

Na atualidade, no Brasil, o Poder Judiciário não se submete a lei/Constituição, e algumas vezes porta-se como o dono da lei. Juízes impedem o Presidente da República de nomear Ministros de Estado (não seria um cargo de livre nomeação do Presidente da República?), permitem a execução provisória da pena em matéria criminal (e a Constituição?), pesquisas com células tronco (e o Poder Legislativo?), aborto de anencéfalos (e o legislativo de novo?), só para ficar em alguns poucos exemplos.

Como exposto alhures, atualmente, as democracias ocidentais, corolário lógico o próprio Brasil passa por uma natural proeminência do Poder Judiciário, em virtude do Constitucionalismo ser o paradigma jurídico.

O resguardo do Estado de Direito, demanda um Poder Judiciário que respeite a separação dos poderes e se circunscreva a sua competência de aplicação **substancial** da lei. Como ensina Ferrajoli (2015), para conter o Poder Judiciário é necessário abandonar a ponderação de valores (enfraquece a normatividade da Constituição), o ativismo judicial (solapa a separação dos Poderes), impor rigorosos limites ao Poder Judiciário, resguardando a política de suas interferências, sujeitar o juiz a lei, impor a julgador decisões racionais (e não potestativas), e o desenvolvimento de uma deontologia jurídica.

Ao cotejar as lições de Ferrajoli (2015), com a realidade brasileira constata-se que o Brasil está em um rumo perigoso, uma vez que aqui aplaudimos a ponderação de valores, vibra-se com o ativismo judicial, o Poder Judiciário invade cada vez mais a competência dos demais poderes.

A total insegurança jurídica e a imprevisibilidade é a realidade brasileira. A lei e a Constituição frente ao Juiz são apenas papeis manchados de tinta! Como

admoestava France: “A lei é morta. O magistrado está vivo. Ele tem uma grande vantagem sobre ela.”

Reitere-se a admoestação de Streck (2014): a violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia e o aplauso de hoje pode se tornar o grito de horror do amanhã. É melhor confiar no direito ou na vontade do julgador?

Em síntese: na contemporaneidade não se sabe mais o limite entre permitido e o proibido.

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 do 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 que se discutia a Lei do Abate o professor Ferreira, da Universidade Federal Fluminense (informação verbal⁹), 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:

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...

⁹ Palestra ministrado 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.

Acrescentou que o abate de aeronave é um problema mais ligado ao fato e a 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 tem 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 a prova, mais que ao direito [...]

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 militar, enquadrando-se no que a legislação conceitua como aeronave hostil, ainda assim, não poderá ser abatida, sendo o abate nesse caso uma medida inconstitucional, uma vez que todos os meios devem ser utilizados para preservar a vida.

Nessa toada, 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 [...]

O raciocínio reforça a insegurança jurídica deixando a autoridade aeronáutica militar e o piloto, reféns da interpretação do hermeneuta de gabinete. Outrossim, apesar de não ignorar no plano da existência, variáveis bastante relevante (imprevisibilidade e velocidade), as ignora quando da articulação e conclusão do argumento.

Revela-se pouco crível que, em questões de curto espaço de tempo, a autoridade aeronáutica militar 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.

Apenas à título ilustrativo, basta a 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. Pode-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 um questão eminentemente subjetiva (quase arbitrária), devendo o responsável pela interpretação e aplicação do direito verificar, se naquele caso concreto, a medida foi proporcional, estando presentes uma justificante ou dirimente.

Nessa toada, 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 (fato típico, ilicitude ou antijuridicidade e culpabilidade).

Com todas as vênias, à prevalecer o raciocínio supracitado, a insegurança jurídica seria a regra, o que conduziria à vulnerabilidade da segurança nacional, consoante explicamos a frente.

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

A reflexão é importante, uma vez que, se observa na comunidade jurídica vários questionamentos acerca da constitucionalidade e convencionalidade do abate de aeronaves, haja vista que é inequívoco que o abate é 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, preconceito e inclinações.

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

Nessa toada, diante desse cenário, constata-se: quanto mais clara for a Lei, menor será a insegurança jurídica, e maior o nível de segurança 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, não estabelecendo a lei critérios claros, a segurança nacional (direito e garantia fundamental) resta comprometida, tendo em vista que, a autoridade aeronáutica militar 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 verbal¹⁰), na ocasião comandante do então COMDABRA, atual COMAE, advertiu acerca da necessidade de uma lei que regulamente as regras de engajamento, e respalde o procedimento de abate, externando também, uma preocupação sobre 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 [...]

Consigne-se que essa demora - em razão de imbróglios jurídicos - pela autoridade aeronáutica militar, na busca da escoreita 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 militar:

(i) não determinar o abate e responder criminalmente, em se concretizando 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 esteira de intelecção, para que o aparato normativo brasileiro viabilize a reação adequada e eficaz dos meios operacionais, na prevenção e combate as ameaças e ataques à nação é imprescindível que a legislação seja clara e inequívoca sobre a temática.

¹⁰ Palestra ministrado 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.

Indaga-se: é melhor possuímos uma lei clara que estabeleça com limpidez o procedimento e as hipóteses de ação ou que a situação se resolva em cada caso concreto com alto grau de subjetividade?

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 militar decidir na hipótese de ameaça à segurança nacional via espaço aéreo?

3.2 A 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 à uma defesa aeroespacial eficaz?

Como é cediço, o Código Brasileiro de Aeronáutica (BRASIL, 1986), através da Lei nº 9614/98, positivou a possibilidade do abate de aeronaves, nominando-o de “medida de destruição”¹¹.

¹¹

CAPÍTULO IV

Da Detenção, Interdição e Apreensão de Aeronave

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

V - para averiguação de ilícito.

Dispõe o CBA (BRASIL, 1986) que uma aeronave poderá ser detida pela autoridade aeronáutica militar: 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; para averiguação de ilícito.

Ademais, o CBA (BRASIL, 1986) estabelece que a autoridade aeronáutica militar poderá empregar os meios que julgar necessário para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado, e esgotado os meios coercitivos a aeronave será classificada como hostil ficando sujeito à medida de destruição.

Destarte, segundo o CBA (BRASIL, 1986) são várias as hipóteses que uma aeronave poderá ser interceptada (se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim; se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional; para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis; para verificação de sua carga no caso de restrição legal ou de porte proibido de equipamento; para averiguação de ilícito). No entanto, a aeronave apenas ficará sujeita ao abate (medida de destruição), após ser classificada como hostil.

Por seu turno, para a aeronave ser classificada como hostil devem ter sido esgotados os meios coercitivos legalmente previstos. Ocorre que, o Código Brasileiro de Aeronáutica, não diz quais são os meios coercitivos, mas aduz que a lei prescreverá e disciplinará os meios coercitivos: “Esgotados os meios coercitivos

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

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.614, de 1998)

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório. (Renumerado do § 2º para § 3º com nova redação pela Lei nº 9.614, de 1998) (Regulamento)

legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição”.

Nesse sentido, foi editado o Decreto nº 5.144¹² (BRASIL, 2004) que supostamente estabeleceu os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes.

Diz-se supostamente, uma vez que, em que pese o artigo 1º aduzir que o Decreto nº 5.144 (BRASIL, 2004) estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substância entorpecente, o artigo 4º do referido decreto positiva que apenas as aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de entorpecentes é que ficarão sujeitas à medida da destruição.

O quadro abaixo, confeccionado e adaptado pelo Professor Doutor Mesquita (2010) esclarece com primor o procedimento a ser observado nas hipóteses de interceptação aérea, segundo as disposições das normas em vigor:

¹² 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.

SITUAÇÃO DA AERONAVE	NÍVEL DE MEDIDA	PROCEDIMENTOS
Normal	Situação de Normalidade	Verificação das condições de voo da aeronave.
Suspeita	Medidas de Averiguação	1) Reconhecimento à Distância;
		2) Confirmação de Matrícula;
		3) Contato Rádio Freqüência
		4) Contato por Rádio na Freqüência de Emergência;
		5) Sinais Visuais.
	Medidas de Intervenção	6) Mudança de rota
		7) Pouso Obrigatório.
	Medidas de Persuasão	8) Tiros de Advertência.
Hostil	Medidas de Destruição	9) Tiro de Destruição.

Quadro 2.1 - Procedimentos para operar a medida de destruição

Fonte: Decreto 5.144/04 (adaptado pelo Professor Doutor Mesquita, 2010).

Retornando as questão da análise normativa, de início já verifica-se um primeiro problema de natureza formal, qual seja: se o CBA determina expressamente que os meios coercitivos deverão estar previstos em lei, poderia um decreto, disciplinar os meios coercitivos? A expressão “legalmente previstos” abrange um decreto?

Di Pietro (2009) doutrina que decreto é um instrumento do direito positivo, por meio do qual, o Presidente da República se manifesta. Já, a Lei, é o instrumento utilizado pelo Poder Legislativo no exercício de sua função típica (legislativa).

Como é cediço a Constituição (BRASIL, 1988) fixa em seu artigo 59 um rol dos atos normativos, que podem ser compreendidos como lei *lato sensu*, quais sejam: emendas à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções¹³.

¹³ Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

Destarte, segundo a Constituição (BRASIL, 1988), consideram-se lei em sentido amplo: emenda constitucional; lei complementar; lei ordinária; lei delegada; medida provisória; decreto legislativo; resoluções.

Os decretos, por sua vez, possuem natureza jurídica de ato administrativo, sendo utilizado fundamentalmente para regulamentar as leis, consoante elucida o artigo 84 da Lei Fundamental (BRASIL, 1988), que fixa expressamente a competência do Presidente da República para expedir decretos para a fiel execução das leis¹⁴.

Nessa esteira de intelecção, ensina Canotilho (1993) que o regulamento é norma emanada da administração, no exercício da função administrativa, ou seja, é um ato normativo, mas não possui valor legislativo:

O regulamento é norma emanada pela administração no exercício da função administrativa e, regra geral, com caráter executivo e/ou de complementar a lei. É um acto normativo, mas não um acto normativo com valor legislativo. Como se disse, os regulamentos não constituem uma manifestação da função legislativa, antes se revelam produtos da função administrativa. (grifo nosso)

No mesmo sentido, Di Pietro (2009) adverte que os atos normativos possuem pontos de contato com a lei, mas não são leis:

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

¹⁴ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

[...] os atos pelos quais a Administração exerce seu poder normativo têm em comum com a lei o fato de emanarem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstrato.

Mendes e Branco (2012), doutrinam acerca da diferença substancial entre lei e decreto, explica que enquanto a lei pode inovar na ordem jurídica, ao decreto, tal possibilidade é vedada:

A diferença entre lei e regulamento, no Direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente fixa as 'regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada'.

No mesmo sentido é a lição de Bandeira de Melo (2006):

[...] não é apenas a posição de supremacia da lei ao regulamento que os discrimina. Essa característica faz com que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a dissepção entre ambos no Direito brasileiro. Há outro ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello – só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica.

Destarte, fica claro que lei não se confunde com decreto, e como ensina Canotilho, em que pese o decreto ser um ato normativo não possui o valor de lei.

Contudo, cumpre destacar a posição de Carvalho Filho (2012) para quem, malgrado os decretos serem espécies de atos administrativos, também podem possuir caráter legislativo:

Os decretos são atos que provêm da manifestação de vontade dos Chefes do Executivo, o que os torna resultantes de competência administrativa específica. A Constituição Federal alude a eles no art. 84, VI, como forma pela qual o Presidente da República dá curso à fiel execução das leis [...] O decreto geral é, por sua natureza, ato de que se socorre o Chefe do Executivo para regulamentar as leis, ou seja, para expedir normas administrativas necessárias a que a lei possa ser executada. Trata-se, portanto, de atividade de caráter administrativo... Deve-se registrar, a bem da verdade, que o caráter administrativo decorre do exame do ato sob o aspecto orgânico (o órgão de que emana) e formal (processo de criação idêntico ao dos demais atos administrativos). Não obstante, sob o aspecto material ou substancial, podem os decretos ser considerados como tendo caráter legislativo ou normativo, eis que projetam normas gerais, abstratas e impessoais.

No mesmo sentido, leciona Ferreira Filho (1997), doutrinando que o decreto é materialmente uma lei:

[...] regulamento é um ato normativo. Estabelece normas gerais e impessoais, motivo porque é materialmente uma lei. Entretanto, é um ato normativo secundário, no sentido de que sua força não provém diretamente da Constituição e sim da lei já subordinada à Constituição.

Pelo exposto, verifica-se que a questão é tormentosa. Se por um lado, decreto não é lei, por outro possui caráter legislativo, e pode ser considerado materialmente uma lei.

Não se ignora que o Decreto nº 5.144/2004 não inovou na ordem jurídica, e apenas disciplinou o art. 303 do CBA não exorbitando da função regulamentar. Também não se ignora que a melhor forma de disciplinar os meios coercitivos é através de decreto, por dois principais motivos: (i) as questões são intensamente técnicas e concretas; (ii) diante do dinamismo dos meios coercitivos e da tecnologia o decreto é um ato normativo mais simples e fácil de ser alterado do que a lei.

Todavia, foi a própria lei que determinou que sua regulamentação fosse realizada por outra lei: “Esgotados os meios coercitivos **legalmente** previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição.

Reitere-se o busílis: pode um decreto regulamentar os meios coercitivos? A expressão “legalmente previstos” abrande decreto?

Assim, com o escopo de preservar a segurança nacional e resguardar a autoridade aeronáutica militar, minimizando questionamentos e maximizando a segurança jurídica, revela-se adequado sob este ponto de vista que o, §2º, do artigo 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica, seja alterado, modificando-se a expressão “legalmente previstos”, para “previstos em decreto do Poder Executivo”.

REDAÇÃO VIGENTE CBA	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO CBA
Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas,	Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas,

fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos [...]	fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos [...]
§ 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. (grifo nosso)	§2º Esgotados os meios coercitivos previstos em decreto do Poder Executivo , 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. (grifo nosso)

Dessa forma, a matéria seria disciplinada pelo meio mais adequado (decreto) e a controvérsia estaria sepultada.

Ultrapassado o problema de índole formal, depara-se a controvérsia de ordem material, qual seja: o decreto pretende regulamentar o procedimento a ser adotados em relação à todas aeronaves hostis, mas em verdade apenas disciplina o abate em relação a aeronaves suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes.

Diz o Decreto nº 5.144/2004 logo em seu artigo 1º:

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. **(grifo nosso)**

Pelo que o próprio Decreto indica já em seu artigo 1º, ele supostamente regulamentaria os procedimentos a serem seguidos com relação as aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico ilícito de entorpecentes.

Ocorre que, os meios coercitivos (medidas de averiguação, intervenção e persuasão) foram fixados pelo Decreto nº 5.144 (BRASIL, 2004) em seu artigo 3º, e este dispositivo estabelece que, apenas, as aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de entorpecentes estarão sujeitas aos meios coercitivos de averiguação, intervenção e persuasão, *litteris*:

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.

Ademais, o artigo 4º do Decreto nº 5.144 (BRASIL, 2004) estabelece que apenas as aeronaves suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins é que poderão ser classificadas como hostis, ficando sujeitas às medidas de destruição, *litteris*:

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.

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

O espaço aéreo brasileiro está praticamente desguarnecido sob o ângulo jurídico.

Nessa esteira de inteligência, o espaço aéreo 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, provoca-se: de que adianta 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: a segurança - direito e garantia fundamental de todo cidadão - é praticamente inexistente, ante ataques via o espaço aéreo brasileiro!

Nessa toada, 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 praticamente impede qualquer ação.

Em síntese: a hipótese apresentada no início desta pesquisa se confirmou, ou seja, o Brasil, não possui um aparato normativo que viabilize o enfrentamento eficaz das ameaças à defesa nacional, via espaço aéreo.

Nessa senda, resta evidente a necessidade da edição de um ato normativo que alargue as hipóteses de possibilidade do abate de aeronaves, com o objetivo de que seja viabilizado um enfrentamento eficaz das ameaças à defesa nacional, via espaço aéreo.

3.3 Das sugestões de alteração no aparato normativo referente ao abate de aeronaves no Brasil: anteprojeto de lei e decreto regulamentador

Com o escopo de contribuir para o aperfeiçoamento do aparato normativo pátrio, viabilizando que este seja um instrumento que permita que os meios operacionais realizem a defesa aeroespacial, concedendo ao mesmo tempo uma maior segurança jurídica para autoridade aeronáutica militar, revela-se necessários algumas modificações na atual legislação que rege o abate de aeronaves.

Nessa linha de raciocínio, as alterações tem por objetivo:

(i) Salvar a soberania nacional sobre o respectivo espaço aéreo: atualmente o Brasil, não possui soberania sobre o seu espaço aéreo, uma vez que não dispõe de meios para fazer cumprir suas determinações.

(ii) Proteger os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais: impedir o uso do espaço aéreo brasileiro para a prática de ameaças e atos hostis ou contrários aos interesses nacionais (ampliar o rol das hipóteses de cabimento do abate de aeronaves).

(iii) Conceder maior segurança jurídica para autoridade aeronáutica militar: positivar regras claras que permitam que a autoridade aeronáutica militar decida com a velocidade adequada que a situação demanda.

Reitere-se: existe uma relação direta entre segurança jurídica e segurança nacional, no sentido de que, quanto maior a segurança jurídica conferida a autoridade aeronáutica militar, menos vulnerável estará a segurança nacional. Por outro lado, quanto menor a segurança jurídica concedida à autoridade aeronáutica militar mais vulnerável estará a segurança nacional.

Contudo, é imprescindível que as normas que disciplinem o abate de aeronaves sejam compatíveis com a Constituição e os Tratados Internacionais.

Nessa linha, algumas diretrizes devem servir de fundamento para a regência do abate de aeronaves:

(i) Finalidade: o abate deve ter por escopo, impedir o prosseguimento do voo da aeronave classificada como hostil e não ceifar a vida dos ocupantes da aeronave interceptada.

(ii) Proteção do inocente: constatando-se a presença de pessoas a bordo da aeronave hostil, que manifestamente não estejam envolvidas com a ameaça, o abate não poderá ser realizado (exemplo: sequestro de aeronaves em voos comerciais).

(iii) Máxima prudência: o procedimento previsto na norma deve conter vários dispositivos que funcionem como travas de segurança, com o escopo de minimizar ao máximo erros na realização da medida.

Como é de sabença geral, em 20 de abril de 2001, no Peru, uma aeronave que transportava um casal de missionários estadunidenses e seus filhos foi abatida por engano. Feitosa e Pinheiro (2012), descrevem a tragédia:

[...] No cenário internacional, ocorreu uma tragédia de grande repercussão quando, em 20 de abril de 2001, um hidroavião Cessna foi abatido por engano, acarretando a morte de Verônica Bowers, de 35 anos, e de sua filha Charity, um bebê de 7 meses de idade (Maierovitch 2003). O voo, pilotado por Kevin Donaldson, partiu da cidade peruana de Islândia com destino a Iquitos levando um casal de missionários batistas norte-americanos e suas duas filhas (Folha on-line e Reuters 2001).

Assim, cumpre desmistificar o objetivo do abate de aeronaves (tiro de detenção). Consoante já estabelece o vigente artigo 5º do Decreto nº 5.144/2004, o objetivo do abate de aeronaves não é ceifar a vida dos ocupantes da aeronave interceptada, mas apenas impedir o prosseguimento do voo da aeronaves hostil.

Desde já, elucide-se que vários procedimentos já foram realizados sob a regência do Decreto nº 5144/2004, tendo os ocupantes da aeronave abatidas sobrevivido a ação, nessa linha segue a matéria do periódico Defesanet:

[...] O último caso no qual o Esquadrão Jaguar participou, dando cobertura a uma equipe de Campo Grande (MS), foi em 25 de junho deste ano. Um avião bimotor foi interceptado na região de Aragarças (GO). Ele carregava 50kg de cocaína. O integrante do Jaguar seguiu o protocolo das medidas de policiamento e interrogou o piloto do bimotor. O militar determinou a mudança de rota e o pouso obrigatório no aeródromo de Aragarças. Inicialmente, a aeronave interceptada seguiu as instruções da defesa aérea, mas em vez de pousar no aeródromo indicado, arremeteu. O militar da FAB novamente comandou a mudança de rota e solicitou o pouso, porém o avião não respondeu. A partir desse momento, a atitude do piloto do bimotor foi classificada como hostil. A aeronave da FAB executou o tiro de aviso - uma medida de persuasão para forçar a aeronave interceptada a cumprir as determinações da defesa aérea - e voltou a comandar o pouso obrigatório. O avião interceptado novamente não respondeu e pousou na zona rural do município de Jussara, interior de Goiás. No local, a polícia apreendeu a droga. **O piloto também foi localizado e preso.** A interceptação da aeronave se deu na Operação. (grifo nosso)

Ademais, na esteira da decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em relação as pessoas que não estão envolvidas com o ato hostil (passageiros e tripulantes, por exemplo), não pode o Estado decidir qual vida inocente preservar, se aquelas que estão a bordo da aeronave, ou aquelas que estão na superfície.

O referido tratamento desconsideraria a qualidade de sujeito de direito e vítima, das pessoas que estão a bordo, mas não envolvidas com o comportamento desviado. As vítimas à bordo, teriam suas vidas expostas à risco, e seriam utilizadas como meio (instrumento) para a possível preservação de outras vidas.

Não se pode ignorar as lições de Kant (1986), para quem as coisas tem preço e são instrumentalizadas, já os seres humanos, possuem dignidade e não podem ser objetificados:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentro outros, são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los. O ser humano é um fim em si mesmo, e não um meio para se atingir um fim.

No famigerado *The Ones Who Walked Away from Omelas*, Ursula Guin (2017) narra a história de uma cidade chamada Omela de muita felicidade, encanto, beleza, no entanto, para que toda essa circunstância prevaleça é necessário que uma criança oligofrênica passe por extremo sofrimento:

Em um porão debaixo de um dos belos edifícios públicos de Omelas, ou talvez no porão de uma das suas espaçosas casas particulares, há um quarto. Tem uma porta trancada, e sem janelas ... O quarto tem cerca de três passos de comprimento e dois de largura: o armário de vassouras ou talvez fosse uma mera sala de ferramentas fora de uso. No quarto uma criança está sentada ... Todos sabem que ela está lá, todo o povo de Omelas ... Todos sabem que ela tem que estar lá. Alguns deles entendem o porquê, e outros não, mas todos entendem que a sua felicidade, as belezas de sua cidade, a ternura de suas amizades, a saúde de seus filhos, a sabedoria dos seus estudiosos, a habilidade de seus criadores, mesmo a abundância de suas colheitas e as condições atmosféricas gentilmente de seus céus, dependem inteiramente da miséria abominável, dessa criança ... Se a criança fosse trazida à luz do sol, fora desse vil lugar, se fosse limpa e alimentada e consolada, o que seria uma coisa boa, de fato, mas se isso fosse feito, exatamente no mesmo dia e hora toda a prosperidade e beleza e encanto de Omelas iria murchar e acidade seria destruída.

Obviamente trata-se de uma lógica utilitária inaceitável. A Constituição da República de 1988 com toda a sua principiologia democrática, repudiou a lógica

utilitarista que fundamentou os regimes autoritários e totalitários que assombraram a humanidade no século XX (nazismo, fascismo, comunismo, etc).

Acerca da legitimidade dessa lógica democrática são inolvidáveis as lições do eterno Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Goffredo Telles Júnior:

Nisto é que reside a diferença de objetivo (de 'causa final') das sociedades humanas. Nas outras sociedades, o todo é o principal. Na colmeia, no formigueiro, por exemplo, o que mais interessa, o que sobreleva por cima de tudo, é a salvaguarda e a permanência do todo, da totalidade da colmeia, da totalidade do formigueiro – sendo despidendo o sacrifício das individualidades que os compõe. Nas sociedades de homens e mulheres, porém, o principal é cada indivíduo, é cada ser humano, cada pessoa, singularmente considerada ... A sociedade existe como bem estar humano. 'O homem e cada homem é que foi criado à imagem de Deus, e não a sociedade' – preceituava o Código social de Malinas.

E mais à frente citando a Encíclica Divini Redemptoris de Pio XI (1937):

A sociedade é um meio natural que o homem pode e deve usar para obter seu fim, pois, a sociedade humana é para o homem, e não o contrário. Isto não se há de entender no sentido do liberalismo individualista, que subordina a sociedade ao uso egoísta que dela faz o indivíduo; mas só no sentido de que, pela união orgânica com a sociedade, se faça possível a todos, mediante mútua colaboração, a realização da verdadeira felicidade terrena.

Registre-se que as pessoas que são inocentes, mas estão a bordo da aeronave hostil, também precisam ser protegidas pelo Estado, e protegidas na qualidade de vítimas.

Com razão o Tribunal Constitucional Federal Alemão (ALEMANHA, 2006) quando adverte que é inconcebível, sob a ótica da Dignidade Humana, o Estado agir expondo a vida de pessoas manifestamente inocentes à risco de morte. Ainda que se avalie que os inocentes a bordo estariam consagrados à morte (ataque suicida), o assassinato prévio dessas pessoas pelo Estado viola a dignidade humana, uma vez que a proteção constitucional à pessoa não depende do seu tempo ou probabilidade de vida, ao revés a proteção jurídica vai até a morte da pessoa.

Ao se debruçar sobre a Lei de Segurança da Aviação (LuftSiG), que autorizava as forças armadas abaterem aeronaves civis utilizadas como instrumentos

para ataques a vidas humanas, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) no ano de 2006 entendeu que tal procedimento seria incompatível com a Constituição, contudo, a decisão possui várias nuances que merecem análise.

Entendeu o TCFA que a autorização as forças armadas para abater uma aeronave que se destina a ser usada contra vidas humanas seria incompatível com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que afetaria as pessoas a bordo da aeronave que não estariam envolvidas com o malfeito¹⁵.

Ensina ainda o TCFA que a Constituição garante o direito à vida, e esse direito assegura a existência biológica e física de todo ser humanos, contra invasões por parte do Estado. Assim, o pretório Alemão decidiu que a Lei de Segurança da Aviação invadiria o âmbito de proteção do direito fundamental à vida da tripulação e dos passageiros, uma vez que a ação quase com certeza resultará na morte e

¹⁵ L e i t s ä t z e

zum Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006

- 1 BvR 357/05 -

1. Der Bund hat unmittelbar aus Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 GG das Recht zur Gesetzgebung für Regelungen, die das Nähere über den Einsatz der Streitkräfte bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen nach diesen Vorschriften und über das Zusammenwirken mit den beteiligten Ländern bestimmen. Der Begriff des besonders schweren Unglücksfalls umfasst auch Vorgänge, die den Eintritt einer Katastrophe mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwarten lassen

2. Art. 35 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 GG erlaubt es dem Bund nicht, die Streitkräfte bei der Bekämpfung von Naturkatastrophen und besonders schweren Unglücksfällen mit spezifisch militärischen Waffen einzusetzen

3. Die Ermächtigung der Streitkräfte, gemäß § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes durch unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ein Luftfahrzeug abzuschießen, das gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, ist mit dem Recht auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG in Verbindung mit der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit davon tatunbeteiligte Menschen an Bord des Luftfahrzeugs betroffen werden.

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT
- 1 BvR 357/05 -

Verkündet
am 15. Februar 2006
Achilles
Amtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

destruição das vidas de todas as pessoas a bordo da aeronave, afetando com isso pessoas que não são responsáveis pelo malfeito¹⁶.

Salientou ainda, a Corte germânica, que a LuftSiG violaria a garantia da dignidade humana, na medida em que permitiria a morte de seres humanos inocentes que, na verdade, são vítimas daqueles que atacaram a aeronave¹⁷. O TCFA, seguindo as lições de Kant (1986) ressaltou que um ser humano não pode ser

¹⁶ Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleistet das Recht auf Leben als Freiheitsrecht (vgl. BVerfGE 89, 120 <130>). Mit diesem Recht wird die biologisch-physische Existenz jedes Menschen vom Zeitpunkt ihres Entstehens an bis zum Eintritt des Todes unabhängig von den Lebensumständen des Einzelnen, seiner körperlichen und seelischen Befindlichkeit, gegen staatliche Eingriffe geschützt. Jedes menschliche Leben ist als solches gleich wertvoll (vgl. BVerfGE 39, 1 <59>). Obwohl es innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung einen Höchstwert darstellt (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>; 46, 160 <164>; 49, 24 <53>), steht allerdings auch dieses Recht nach Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG unter Gesetzesvorbehalt. Auch in das Grundrecht auf Leben kann deshalb auf der Grundlage eines förmlichen Parlamentsgesetzes (vgl. BVerfGE 22, 180 <219>) eingegriffen werden. Voraussetzung dafür ist aber, dass das betreffende Gesetz in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht. Es muss kompetenzgemäß erlassen worden sein, nach Art. 19 Abs. 2 GG den Wesensgehalt des Grundrechts unangetastet lassen und darf auch sonst den Grundentscheidungen der Verfassung nicht widersprechen.

II

Diesen Maßstäben wird die angegriffene Vorschrift des § 14 Abs. 3 LuftSiG nicht gerecht.

1. Sie greift in den Schutzbereich des durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG garantierten Grundrechts auf Leben sowohl der Besatzung und der Passagiere des von einer Einsatzmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG betroffenen Luftfahrzeugs als auch derer ein, die dieses im Sinne dieser Vorschrift gegen das Leben von Menschen einsetzen wollen. Die Inanspruchnahme der Ermächtigung zur unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt auf ein Luftfahrzeug nach § 14 Abs. 3 LuftSiG führt praktisch immer zu dessen Absturz. Dieser wiederum hat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit den Tod, also die Vernichtung des Lebens aller seiner Insassen zur Folge.

2. Für diesen Eingriff lässt sich eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung nicht anführen. § 14 Abs. 3 LuftSiG kann in formeller Hinsicht schon nicht auf eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes gestützt werden (a). Die Vorschrift verstößt darüber hinaus, soweit von ihr nicht nur diejenigen, die das Luftfahrzeug als Waffe missbrauchen wollen, sondern außerdem Personen betroffen werden, welche die Herbeiführung des in § 14 Abs. 3 LuftSiG vorausgesetzten erheblichen Luftzwischenfalls nicht zu verantworten haben, auch materiell gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG (b).

a) Für die angegriffene Regelung fehlt es an einer Gesetzgebungsbefugnis des Bundes.

¹⁷ [...] b) § 14 Abs. 3 LuftSiG steht darüber hinaus im Hinblick auf die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG (aa) auch materiell mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG nicht in Einklang, soweit er es den Streitkräften gestattet, Luftfahrzeuge abzuschießen, in denen sich Menschen als Opfer eines Angriffs auf die Sicherheit des Luftverkehrs im Sinne des § 1 LuftSiG befinden (bb).

concebido como um mero objeto do Estado, possuindo um valor próprio, devendo ser respeitado como sujeito de direitos¹⁸.

Assim, para o tribunal alemão, como o abate da aeronave comercial sequestrada, afetaria pessoas que não exerceram qualquer influência sobre a ocorrência do incidente aéreo que converteu a aeronave em uma arma, essa situação extrema, tornaria passageiros e tripulantes em meros objetos não apenas dos infratores, mas também do Estado, quando este último opta em tal situação pelo abate.¹⁹

¹⁸ [...] Was diese Verpflichtung für das staatliche Handeln konkret bedeutet, lässt sich nicht ein für allemal abschließend bestimmen (vgl. BVerfGE 45, 187 <229>; 96, 375 <399 f.>). Art. 1 Abs. 1 GG schützt den einzelnen Menschen nicht nur vor Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und ähnlichen Handlungen durch Dritte oder durch den Staat selbst (vgl. BVerfGE 1, 97 <104>; 107, 275 <284>; 109, 279 <312>). Ausgehend von der Vorstellung des Grundgesetzgebers, dass es zum Wesen des Menschen gehört, in Freiheit sich selbst zu bestimmen und sich frei zu entfalten, und dass der Einzelne verlangen kann, in der Gemeinschaft grundsätzlich als gleichberechtigtes Glied mit Eigenwert anerkannt zu werden (vgl. BVerfGE 45, 187 <227 f.>), schließt es die Verpflichtung zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde vielmehr generell aus, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen (vgl. BVerfGE 27, 1 <6>; 45, 187 <228>; 96, 375 <399>). Schlechthin verboten ist damit jede Behandlung des Menschen durch die öffentliche Gewalt, die dessen Subjektqualität, seinen Status als Rechtssubjekt, grundsätzlich in Frage stellt (vgl. BVerfGE 30, 1 <26>; 87, 209 <228>; 96, 375 <399>), indem sie die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen, kraft seines Personseins, zukommt (vgl. BVerfGE 30, 1 <26>; 109, 279 <312 f.>). Wann eine solche Behandlung vorliegt, ist im Einzelfall mit Blick auf die spezifische Situation zu konkretisieren, in der es zum Konfliktfall kommen kann (vgl. BVerfGE 30, 1 <25>; 109, 279 <311>).

¹⁹[...] bb) Nach diesen Maßstäben ist § 14 Abs. 3 LuftSiG auch mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht vereinbar, soweit vom Abschuss eines Luftfahrzeugs Personen betroffen werden, die als dessen Besatzung und Passagiere auf die Herbeiführung des in § 14 Abs. 3 LuftSiG vorausgesetzten nichtkriegerischen Luftzwischenfalls keinen Einfluss genommen haben

aaa) In der Situation, in der sich diese Personen in dem Augenblick befinden, in dem die Anordnung der unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt auf das in den Luftzwischenfall verwickelte Luftfahrzeug gemäß § 14 Abs. 4 Satz 1 LuftSiG erfolgt, muss nach § 14 Abs. 3 LuftSiG davon auszugehen sein, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll. Das Luftfahrzeug muss, wie es in der Gesetzesbegründung heißt, von denen, die es in ihre Gewalt gebracht haben, zur Angriffswaffe umfunktioniert worden sein (vgl. BT-Drucks 15/2361, S. 20 zu § 13 Abs. 1), es muss selbst von den Straftätern als Tatwaffe, nicht lediglich als Hilfsmittel zur Tatbegehung zielgerichtet gegen das Leben von Menschen verwandt werden (vgl. BTDrucks 15/2361, S. 21 zu § 14 Abs. 3), die sich in dem Bereich aufhalten, in dem das Luftfahrzeug zum Absturz gebracht werden soll. In dieser Extremsituation, die zudem durch die räumliche Enge eines im Flug befindlichen Luftfahrzeugs geprägt ist, sind Passagiere und Besatzung typischerweise in einer für sie ausweglosen Lage. Sie können ihre Lebensumstände nicht mehr unabhängig von anderen selbstbestimmt beeinflussen.

Dies macht sie zum Objekt nicht nur der Täter. Auch der Staat, der in einer solchen Situation zur Abwehrmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG greift, behandelt sie als bloße Objekte seiner Rettungsaktion zum Schutze anderer. Die Ausweglosigkeit und Unentrinnbarkeit, welche die Lage der als Opfer betroffenen Flugzeuginsassen kennzeichnen, bestehen auch gegenüber denen, die den Abschuss des Luftfahrzeugs anordnen und durchführen. Flugzeugbesatzung und -passagiere können diesem Handeln des Staates auf Grund der von ihnen in keiner Weise beherrschbaren Gegebenheiten

Ressalte-se o Estado estaria tratando a tripulação e passageiros não envolvidos com o malfeito, como meros objetos para a proteção de outras pessoas que estariam em terra, tal tratamento ignora o status das pessoas afetadas como sujeitos dotados de dignidade e direitos inalienáveis.

A vida dos passageiros e da tripulação seria sacrificada, sendo utilizada como um meio para salvar outras vidas, ou seja, seriam tratados como objetos e ao mesmo tempo privados de seus direitos, tendo suas vidas descartadas unilateralmente pelo Estado, quando em verdade, as pessoas a bordo da aeronave, que, são vítimas, também precisam de proteção.

Em tom mais enérgico o TCFA ressaltou que é absolutamente inconcebível matar intencionalmente pessoas, que em verdade são vítimas da situação, como a tripulação e os passageiros de um avião sequestrado²⁰.

nicht ausweichen, sondern sind ihm wehr- und hilflos ausgeliefert mit der Folge, dass sie zusammen mit dem Luftfahrzeug gezielt abgeschossen und infolgedessen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit getötet werden. Eine solche Behandlung missachtet die Betroffenen als Subjekte mit Würde und unveräußerlichen Rechten. Sie werden dadurch, dass ihre Tötung als Mittel zur Rettung anderer benutzt wird, verdinglicht und zugleich entrechtlicht; indem über ihr Leben von Staats wegen einseitig verfügt wird, wird den als Opfern selbst schutzbedürftigen Flugzeuginsassen der Wert abgesprochen, der dem Menschen um seiner selbst willen zukommt.

²⁰ [...] ccc) Auch wenn sich im Bereich der Gefahrenabwehr Prognoseunsicherheiten vielfach nicht gänzlich vermeiden lassen, ist es unter der Geltung des Art. 1 Abs. 1 GG schlechterdings unvorstellbar, auf der Grundlage einer gesetzlichen Ermächtigung unschuldige Menschen, die sich wie die Besatzung und die Passagiere eines entführten Luftfahrzeugs in einer für sie hoffnungslosen Lage befinden, gegebenenfalls sogar unter Inkaufnahme solcher Unwägbarkeiten vorsätzlich zu töten. Dabei ist hier nicht zu entscheiden, wie ein gleichwohl vorgenommener Abschuss und eine auf ihn bezogene Anordnung strafrechtlich zu beurteilen wären (vgl. dazu und zu vergleichbaren Fallkonstellationen etwa OGHSt 1, 321 <331 ff., 335 ff.>; 2, 117 <120 ff.>; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl. 1997, S. 888 f.; Erb, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 34 Rn. 117 ff.; Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, Vor § 19 Rn. 8 <Stand: April 2003>; Kühl, Strafgesetzbuch, 25. Aufl. 2004, Vor § 32 Rn. 31; Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 52. Aufl. 2004, Vor § 32 Rn. 15, § 34 Rn. 23; Hilgendorf, in: Blaschke/Förster/Lumpp/ Schmidt, Sicherheit statt Freiheit?, 2005, S. 107 <130>). Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist allein entscheidend, dass der Gesetzgeber nicht durch Schaffung einer gesetzlichen Eingriffsbefugnis zu Maßnahmen der in § 14 Abs. 3 LuftSiG geregelten Art gegenüber unbeteiligten, unschuldigen Menschen ermächtigen, solche Maßnahmen nicht auf diese Weise als rechtmäßig qualifizieren und damit erlauben darf. Sie sind als Streitkräfteeinsätze nichtkriegerischer Art mit dem Recht auf Leben und der Verpflichtung des Staates zur Achtung und zum Schutz der menschlichen Würde nicht zu vereinbaren.

Na linha argumentativa da corte alemã o abate, nas hipóteses de vítimas a bordo, também não poderia ser justificado invocando-se o dever do Estado de proteger aqueles cujas vidas a aeronave que é utilizada como arma é destinada a atingir, uma vez que este raciocínio ignora que também as vítimas que estão a bordo da aeronave têm direito à sua vida protegida pelo Estado²¹.

Contudo, o TCFA ressalta que a disposição da LuftSiG, relativa ao abate seria compatível com a Constituição, quando destinado a uma aeronave sem piloto ou exclusivamente contra pessoa ou grupo de pessoas autoras do comportamento desviado²². Nessas hipóteses, segundo o TCFA o princípio da dignidade humana não colidiria com o abate da aeronave, uma vez que, o Estado deve cumprir seu dever de proteção da vida dos inocentes em terra, defendê-los contra o ataque ilegal, e buscar evitar que o ataque seja realizado²³. Ademais, sustenta o Tribunal Constitucional

²¹ (5) Schließlich lässt sich § 14 Abs. 3 LuftSiG auch nicht mit der staatlichen Schutzpflicht zugunsten derjenigen rechtfertigen, gegen deren Leben das im Sinne von § 14 Abs. 3 LuftSiG als Tatwaffe missbrauchte Luftfahrzeug eingesetzt werden soll [...]Daran fehlt es im Fall des § 14 Abs. 3 LuftSiG. Die Anordnung und Durchführung der unmittelbaren Einwirkung auf ein Luftfahrzeug mit Waffengewalt nach dieser Vorschrift lässt außer Betracht, dass auch die in dem Luftfahrzeug festgehaltenen Opfer eines Angriffs Anspruch auf den staatlichen Schutz ihres Lebens haben. Nicht nur, dass ihnen dieser Schutz seitens des Staates verwehrt wird, der Staat greift vielmehr selbst in das Leben dieser Schutzlosen ein. Damit missachtet jedes Vorgehen nach § 14 Abs. 3 LuftSiG, wie ausgeführt, die Subjektstellung dieser Menschen in einer mit Art. 1 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Weise und das daraus für den Staat sich ergebende Tötungsverbot. Daran ändert es nichts, dass dieses Vorgehen dazu dienen soll, das Leben anderer Menschen zu schützen und zu erhalten.

²² [...] Nur soweit sich die Einsatzmaßnahme des § 14 Abs. 3 LuftSiG gegen ein unbemanntes Luftfahrzeug oder gegen den- oder diejenigen richtet, denen ein solcher Angriff zuzurechnen ist, begegnet die Vorschrift keinen materiellverfassungsrechtlichen Bedenken (cc).

²³ [...] cc) § 14 Abs. 3 LuftSiG ist dagegen mit Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG insoweit vereinbar, als sich die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt gegen ein unbemanntes Luftfahrzeug oder ausschließlich gegen Personen richtet, die das Luftfahrzeug als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen auf der Erde einsetzen wollen.

141

aaa) Insoweit steht der Anordnung und Durchführung einer Einsatzmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG nicht entgegen. Das versteht sich bei Maßnahmen gegen unbemannte Luftfahrzeuge von selbst, gilt aber auch im anderen Fall. Wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt (vgl. oben unter C II 2 b aa), wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn in Erfüllung seiner Schutzpflicht gegenüber denen, deren Leben ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht. Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt.

142

Alemão que a medida atenderia ao princípio da proporcionalidade, haja vista que a medida serve ao objetivo de salvar vidas humanas, corolário lógico, este é um propósito que pode justificar a grave invasão do direito à vida dos infratores a bordo da aeronave.

Examinando o princípio da proporcionalidade nas hipóteses do abate de aeronaves o TCFA, decidiu que, nesse casos, o requisito da necessidade da medida para alcançar o objetivo é atendido porque não há meios igualmente efetivos que não prejudiquem o direito à vida dos infratores, ou que a prejudique menos. Ademais, segundo a Corte germânica o abate da aeronave em que a bordo há apenas infratores, também é proporcional no sentido mais restrito²⁴, pois, malgrado a execução do abate

Daran ändern auch die Unsicherheiten nichts, die sich bei der Prüfung ergeben können, ob die Voraussetzungen für die Anordnung und Durchführung einer Einsatzmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG tatsächlich vorliegen (vgl. oben unter C II 2 b bb bbb). Diese Unsicherheiten sind in Fällen der hier erörterten Art nicht mit denen vergleichbar, die im Regelfall anzunehmen sein werden, wenn sich an Bord des Luftfahrzeugs außer Straftätern auch Besatzungsmitglieder und Passagiere befinden. Wollen diejenigen, die das Luftfahrzeug in ihrer Gewalt haben, dieses nicht als Waffe benutzen, ist also der entsprechende Verdacht nicht begründet, können sie aus Anlass der nach § 15 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 LuftSiG durchgeführten Vorfeldmaßnahmen, etwa auf Grund der Androhung von Waffengewalt oder eines Warnschusses, unschwer durch Kooperation, beispielsweise durch Abdrehen oder das Landen der Maschine, zu erkennen geben, dass von ihnen keine Gefahr ausgeht. Auch entfallen die spezifischen Schwierigkeiten, die sich hinsichtlich der Kommunikation zwischen möglicherweise von Straftätern bedrohtem Kabinenpersonal und Cockpit und zwischen diesem und den Entscheidungsträgern am Boden ergeben können. Es ist deshalb hier eher möglich, hinreichend verlässlich und auch rechtzeitig festzustellen, dass ein Luftfahrzeug als Waffe für einen gezielten Absturz missbraucht werden soll.

143

Gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass sich an Bord eines auffällig gewordenen Luftfahrzeugs Unbeteiligte aufhalten, beziehen sich noch verbleibende Ungewissheiten - etwa hinsichtlich der dem Luftzwischenfall zugrunde liegenden Motive - auf einen Geschehensablauf, der durch das Handeln derjenigen ausgelöst worden ist und abgewendet werden kann, gegen die sich die Abwehrmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG ausschließlich richtet. Damit verbundene Unwägbarkeiten sind daher dem Verantwortungsbereich der Straftäter zuzurechen.

²⁴ [...] bbb) Die Regelung des § 14 Abs. 3 LuftSiG wird, soweit sie nur gegenüber Personen an Bord eines Luftfahrzeugs angewandt wird, das diese als Tatwaffe gegen das Leben von Menschen einsetzen wollen, auch den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht

(1) Die Vorschrift dient dem Ziel, Leben von Menschen zu retten. Das ist im Hinblick auf den Höchstwert, den das menschliche Leben in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes einnimmt (vgl. oben unter C I), ein Regelungszweck von solchem Gewicht, dass er den schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht auf Leben der Täter an Bord des Luftfahrzeugs rechtfertigen kann.

(2) § 14 Abs. 3 LuftSiG ist zur Erreichung dieses Schutzzwecks nicht schlechthin ungeeignet, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass dieser im Einzelfall durch eine Maßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG gefördert wird (vgl. BVerfGE 30, 292 <316>; 90, 145 <172>; 110, 141 <164>). Ungeachtet der geschilderten Einschätzungs- und Prognoseunsicherheiten (vgl. oben unter C II 2 b bb bbb) sind Situationen vorstellbar, in denen verlässlich festgestellt werden kann, dass sich an Bord eines in einen Luftzwischenfall verwickelten Luftfahrzeugs nur daran beteiligte Straftäter befinden, und auch ausreichend sicher angenommen werden kann, dass bei einem Einsatz nach § 14 Abs. 3 LuftSiG nachteilige Folgen für das Leben von Menschen am Boden nicht eintreten werden. Ob eine solche

da aeronave hostil resulte, quase com certeza, na morte das pessoas que estão a bordo da aeronave, na hipótese desta apenas conter infratores, são essas próprias pessoas que, como infratores, provocaram a necessidade de intervenção estatal e que podem evitar tal intervenção a qualquer momento, abstendo-se de realizar seu plano desviado. Em síntese: são os infratores que têm a aeronave sob seu comando e que determinam o curso dos acontecimentos a bordo.

Entretanto, não se pode deixar de registrar que o TCFA limita o abate dessas aeronaves compostas apenas por infratores para as hipóteses em que for possível ser estabelecido com certeza que o infratores usarão a aeronave para matar pessoas²⁵.

Sachlage gegeben ist, hängt von der Lagebeurteilung im Einzelfall ab. Führt sie zu der sicheren Einschätzung, dass sich im Luftfahrzeug nur die Straftäter aufhalten, und zu der Prognose, dass durch den Abschuss des Luftfahrzeugs die Gefahr für die durch dieses am Boden bedrohten Menschen abgewendet werden kann, wird der Erfolg, der mit § 14 Abs. 3 LuftSiG erreicht werden soll, gefördert. Die Eignung dieser Vorschrift für den mit ihr verfolgten Zweck lässt sich deshalb nicht generell in Abrede stellen.

(3) Auch die Erforderlichkeit der Regelung zur Zielerreichung ist in einem solchen Fall gegeben, weil ein gleich wirksames, das Recht auf Leben der Straftäter nicht oder weniger beeinträchtigendes Mittel nicht ersichtlich ist (vgl. BVerfGE 30, 292 <316>; 90, 145 <172>; 110, 141 <164>).

Der Gesetzgeber hat vor allem in den §§ 5 bis 12 LuftSiG ein ganzes Bündel von Maßnahmen getroffen, die alle im Sinne des § 1 LuftSiG dazu bestimmt sind, dem Schutz vor Angriffen auf die Sicherheit des Luftverkehrs, insbesondere vor Flugzeugentführungen, Sabotageakten und terroristischen Anschlägen, zu dienen (im Einzelnen vgl. schon oben unter A I 2 b bb aaa [1]). Trotzdem hat er es für erforderlich gehalten, mit den §§ 13 bis 15 LuftSiG für den Fall, dass auf Grund eines erheblichen Luftzwischenfalls der Eintritt eines besonders schweren Unglücksfalls in der Bedeutung des Art. 35 Abs. 2 Satz 2 oder Abs. 3 GG zu befürchten ist, Regelungen mit speziellen Eingriffsbefugnissen und Schutzmaßnahmen zu erlassen, die bis zur Ermächtigung reichen, unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 LuftSiG als ultima ratio unmittelbar mit Waffengewalt auf ein Luftfahrzeug einzuwirken. Dem liegt die nicht widerlegbare Einschätzung zugrunde, dass auch die umfangreichen Vorkehrungen nach den §§ 5 bis 11 LuftSiG ebenso wie die Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse der Luftfahrzeugführer durch § 12 LuftSiG der Erfahrung nach einen absolut sicheren Schutz vor einem Missbrauch von Luftfahrzeugen für kriminelle Zwecke nicht bieten können. Für andere denkbare Schutzmaßnahmen kann nichts anderes gelten.

(4) Die Ermächtigung zur unmittelbaren Einwirkung mit Waffengewalt auf ein Luftfahrzeug, in dem sich nur Menschen befinden, die dieses im Sinne des § 14 Abs. 3 LuftSiG missbrauchen wollen, ist schließlich auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Der Abschuss eines solchen Luftfahrzeugs stellt nach dem Ergebnis der Gesamtabwägung zwischen der Schwere des damit verbundenen Grundrechtseingriffs und dem Gewicht der zu schützenden Rechtsgüter (vgl. dazu BVerfGE 90, 145 <173>; 104, 337 <349>; 110, 141 <165>) eine angemessene, den Betroffenen zumutbare Abwehrmaßnahme dar, wenn Gewissheit über die tatbestandlichen Voraussetzungen besteht.

²⁵ [...] (a) Der Grundrechtseingriff wiegt allerdings schwer, weil der Vollzug der Einsatzmaßnahme nach § 14 Abs. 3 LuftSiG mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zum Tod der Flugzeuginsassen führt. Doch sind es diese in der hier angenommenen Fallkonstellation selbst, die als Täter die Notwendigkeit des staatlichen Eingreifens herbeigeführt haben und dieses Eingreifen jederzeit dadurch wieder abwenden können, dass sie von der Verwirklichung ihres verbrecherischen Plans Abstand nehmen. Diejenigen, die das Luftfahrzeug in ihrer Gewalt haben, sind es, die maßgeblich den Geschehensablauf an Bord, aber auch am Boden bestimmen. Zu ihrer Tötung kann es nur kommen,

Destarte, percebe-se que o TCFA concede tratamento jurídico distinto para as hipóteses em que a aeronave possui vítimas a bordo ou apenas infratores.

Nessa esteira de intelecção, resta inequívoco que a situação de vítimas a bordo das aeronaves hostis é intensamente diferente daquelas em que a aeronave hostil é ocupada exclusivamente por infratores que desafiam a soberania do Estado brasileiro, não cumprindo as ordens da autoridade aeronáutica militar, e se autocolocando em risco (são livres para escolher) ameaçam a segurança nacional.

Consoante será demonstrado a frente são situações distintas que merecem tratamento jurídico distinto. No caso de conter apenas infratores estamos diante da liberdade do sujeito de prosseguir ou não com o malfeito, ao passo que quando existem vítimas a bordo essas não possuem liberdade de agir (liberdade X impotência). Assim, a conduta do Estado deve ser diferente, intervindo quando existe a liberdade de agir, e protegendo aqueles que estão impotentes, privados da liberdade de escolha (intervenção X proteção).

O abate de aeronaves revela-se compatível contra as ameaças de aeronaves não tripuladas, ou quando utilizadas exclusivamente por indivíduos e grupos de infratores que se auto colocam em risco (não acatando a decisão do Estado brasileiro, quando do Policiamento do espaço aéreo) e ameaçam a segurança nacional.

Fixadas as diretrizes supracitadas, indaga-se: o que deve ser alterado na vigente legislação que disciplina o abate de aeronaves com o objetivo de conceder maior segurança jurídica à autoridade aeronáutica militar e impedir o uso do espaço aéreo para a prática de ameaças e atos hostis ou contrários aos interesses nacionais?

wenn sicher erkennbar ist, dass sie das von ihnen beherrschte Luftfahrzeug zur Tötung von Menschen einsetzen werden, und wenn sie an diesem Vorhaben festhalten, obwohl ihnen die damit für sie selbst verbundene Lebensgefahr bewusst ist. Das mindert das Gewicht des gegen sie gerichteten Grundrechtseingriffs

Com o escopo supracitado se propõe três alterações no arcabouço normativo nacional, quais sejam:

(i) Alteração no §2º do artigo 303 do CBA: alterar a expressão “Esgotados os meios coercitivos **legalmente** previstos” para “Esgotados os meios coercitivos previstos em **Decreto do Poder Executivo**”.

Consoante já tratado na presente pesquisa a expressão “legalmente previstos” pode ensejar questionamentos acerca da legalidade dos meios coercitivos serem disciplinados por um decreto, uma vez que, tecnicamente decreto não é lei, mas sim ato administrativo ainda que com caráter normativo.

Assim, alterando-se a expressão “legalmente previstos” para “Decreto do Poder Executivo” colocar-se-ia uma pá de cal na controvérsia, e conceder-se-ia uma maior segurança jurídica ao sistema normativo, evitando questionamentos que vulneram a defesa nacional.

Ademais, consigne-se que o mais adequado é que os meios coercitivos sejam disciplinados por Decreto e não por outra lei, seja em razão do tecnicismo da matéria, seja em razão do dinamismo da realidade e velocidade da tecnologia.

(ii) Alteração no §2º do artigo 303 do CBA: alterar a expressão “a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à **medida de destruição**” para “a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à **medida de detenção**”.

Muitas das críticas desferidas à legislação que disciplina o abate de aeronaves ocorre em razão dos analistas ignorarem que a finalidade do abate é apenas impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e não explodir a aeronave interceptada, ceifando a vida de seus ocupantes.

Ocorre que, a expressão “medida de destruição” favorece essa elucubração equivocada acerca do procedimento, alimentando a ideia de que o procedimento tem

por finalidade ceifar a vida dos ocupantes da aeronave, que será explodida (destruída) pela aeronave de interceptação.

Assim, com o escopo de adequar a expressão utilizada com a realidade e finalidade do procedimento, e evitar interpretações equivocadas, revela-se salutar alterar a expressão “medida de destruição” para “medida de detenção”. Insista-se, a finalidade do abate é apenas deter a aeronave hostil, que não reconhecendo o Estado brasileiro como soberano, ignora a ordem do órgão responsável pelo policiamento do espaço aéreo.

(iii) Edição de um novo Decreto que regule com clareza as regras de engajamento, ou seja, discipline os meios coercitivos com limpidez, e ainda amplie as hipóteses de cabimento da medida de detenção (abate).

4. DO FILTRO DE JURIDICIDADE: COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL E CONVENCIONAL

Em obra intitulada *Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista* de Direito Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli (2010) fazem um relevante esboço sobre as denominadas (pelos autores) ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça.

Segundo Gomes e Mazzuoli, o **absolutismo** é identificado com a onda zero, em que o **direito subordina-se à política**, existindo uma relação entre soberano e súditos, em que aquele é detentor de privilégios, sendo irresponsável juridicamente por seus atos (governo de homens):

[...] A onda zero, em termos de configuração do Estado, do Direito e da Justiça, reside (desde que nos seja permitido fazer um discricionário corte histórico) no século XVII, que foi o período (tanto na Europa continental como no Brasil) do Estado absolutista ou do Estado sob o regime da força (*Machtstaat*). Já no século XVIII reinou (de forma pura, bruta) principalmente o Estado de Polícia (*Polizeistaat*), ou seja, o regime do despotismo ilustrado. Esse período histórico ficou bastante conhecido na França, onde desde Luís XIV (que assumiu o poder em 1774, aos vinte anos) a forma da monarquia foi a absoluta, resumida na célebre fórmula “O Estado sou eu”. Essa monarquia chamada “absoluta” nasce (desde Luís XIV) a partir do momento em que um rei da França pôde governar sem primeiro ministro e sem outras limitações de poder que as leis fundamentais do reino [...]

Ainda segundo os autores, em consequência a esse modelo arbitrário de Estado surge o **Estado de Direito Legal ou legalista**, no século XIX, caracterizado pela noção de que a lei era a fonte única de regência da vida jurídica, ou seja, o **direito restringia-se à lei** (governo das leis; Estado de Direito), *verbis*:

[...] Contra esses tirânicos modelos de Estado eclodiu (no século XIX) o Estado de Direito legal ou legalista, que constitui a primeira onda evolutiva do Estado, do Direito e da Justiça. O legalismo reinou, de forma absoluta, durante cerca de cento e cinquenta anos na Europa continental, mas passou por várias mutações (Estado Liberal de Direito, Social de Direito, Estado Democrático de Direito etc.), até enraizar-se de maneira quase que perpétua no espírito jurídico do século XX.

Em sequência, emerge o **constitucionalismo** (Estado de Direito Constitucional) identificado como a segunda onda. Segundo Gomes e Mazzuoli (2010) esse modelo surge desde o final da Segunda Guerra Mundial, servindo como base para sociedades civilizadas. Neste modelo, o **direito é regido por uma lei fundamental, chamada de constituição**, sendo esta uma norma jurídica superior (*higher law*). Ademais, o constitucionalismo constitui-se fundamentalmente de três pilares: a) garantia dos direitos; b) separação dos poderes; c) princípio do governo limitado, *litteris*:

[...] Em meados do século XX (mais precisamente em 1945) surgiram (de modo claro, inequívoco) a segunda, a terceira e a quarta ondas evolutivas do Direito e da Justiça, ou seja, os chamados Estado de Direito constitucional, Estado de Direito Internacional (tudo isso, claro, depois da Segunda Guerra Mundial), assim como o Direito e a Justiça universal (ou global). Os modelos anteriores (liberal, social e democrático) não se desvencilharam (do ponto de vista jurídico) do legalismo. Mudaram a pintura, mas não a parede, uma vez que a essência legalista acabou não desaparecendo. A partir da Segunda Guerra (para se evitar a repetição do horror nazista, do holocausto que ensanguentou a Europa de 1939 a 1945) houve uma profunda mudança de paradigma: assim surgiram o constitucionalismo (ou, mais precisamente, neoconstitucionalismo: segunda onda), o internacionalismo (terceira onda) e, finalmente, o universalismo (quarta onda). Em outras palavras: o direito começou a ser (ao mesmo tempo) constitucionalizado (no nosso entorno cultural: Europa continental a América Latina), internacionalizado e, por fim, universalizado (quando então ultrapassa as fronteiras estatais). Paralelamente à constitucionalização do Direito, do Estado e da Justiça (que constitui a segunda onda evolutiva), foi se desenvolvendo (e se fortificando) a terceira e a quarta ondas, isto é, o Estado de Direito internacional bem como o Direito e a Justiça universais. Só no final do século XX e princípio do século XXI é que começaram a aparecer entre nós (ou seja, no Brasil) os sinais mais evidentes (e promissores) dessas terceira e quarta ondas.

O **internacionalismo** (Estado de Direito Internacional) é destacado como a terceira onda evolutiva do Estado, Direito e Justiça, e em síntese seria um complemento internacional, ao Estado de Direito Constitucional, no sentido de uma **tutela internacional dos direitos humanos**. Assim, doutrinam Gomes e Mazzuoli (2010) que é a Constituição que rege o Estado de Direito Constitucional, por seu turno, o Estado de Direito Internacional, é fruto da vontade e muitos Estados que aprovam os tratados internacionais.

Ressalte-se, que no Estado de Direito Internacional, a proteção dos direitos fundamentais deixa de ser doméstica (*domestic affair*), e passa a ser internacional, assim, a proteção dos direitos humanos é a finalidade precípua dos sistemas jurídicos internacionais.

Destaque-se que no Estado de Direito Internacional possui especial relevância não apenas as leis e a Constituição, mas também o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Por fim, a quarta onda evolutiva do Estado, Direito e Justiça é o **universalismo** caracterizado por possuir **normas supraconstitucionais**, que independem do aceite do Estado para sua aplicabilidade interna. Nesse sentido, as normas de valores universal se sobrepõe as normas domésticas, ainda que sejam normas constitucionais. Nessa esteira de inteligência, a defesa de um direito universal, contrapõe-se ao relativismo cultural. Sob o ponto de vista jurídico a pirâmide de hierarquia normativa passa a conter quatro níveis, quais sejam: a) leis ordinárias; b) tratados de direitos humanos; c) Constituição e tratados de direitos humanos aprovados com quórum qualificado; d) normas supraconstitucionais.

Pelo exposto, a produção legislativa de um Estado moderno fica sujeita à duas compatibilidades verticais materiais, quais sejam: Constituição e Direito Internacional dos Direitos Humanos (GOMES; MAZZUOLI, 2010).

Na lição de Gomes e Mazzuoli (2010), no controle de constitucionalidade é analisada a compatibilidade do texto legal com a constituição, por seu turno, no controle de convencionalidade examina-se a compatibilidade do texto da lei com os

tratados internacionais de direitos humanos. Nessa toada, quando a lei colidir com os com a Constituição ou com os tratados internacionais de direitos humanos não possuirá validade

Do ponto de vista jurídico, a consequência natural do que acaba de ser exposto é que devemos distinguir (doravante) com toda clareza o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade. No primeiro é analisada a compatibilidade do texto legal com a Constituição. No segundo o que se valora é a compatibilidade do texto legal com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país. Todas as vezes que a lei ordinária atritar com os tratados de direitos humanos mais favoráveis ou com a Constituição não valerá. Para realizar o controle de convencionalidade das leis, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional.

Continuam os eminentes juristas destacando que a controle de constitucionalidade e convencionalidade, também possuem o caráter difuso, em que qualquer juiz poderá realiza-lo:

[...] Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito [...] O jurista do terceiro milênio, em conclusão não pode deixar de reconhecer e de distinguir os seguintes controles: (a) controle de legalidade; (b) controle difuso de convencionalidade (ou de supralegalidade); (c) controle concentrado da convencionalidade; (d) controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) [...] A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988, fala-se em não recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou Direito Internacional dos Direitos Humanos), tudo se conduz para a invalidade... Em síntese: tanto a lei (produto da atividade legislativa do Estado) como a própria produção do direito (produto da atividade do legislador e dos juízes) devem ter consonância com a Constituição assim como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos [...]

Nessa esteira de intelecção, para verificar a compatibilidade do abate de aeronaves - tal qual proposto no presente trabalho - com a Constituição e o direito Internacional dos Direitos Humanos cumpre verificar a crítica da comunidade ao fenômeno (abate de aeronaves) e os referidos diplomas normativos.

Os críticos do abate de aeronaves afirmam que este seria incompatível com a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, pois violaria:

(i) a proibição da pena de morte em tempo de paz, atentando contra o direito à vida (art. 5º, XLVII, a, CF/88²⁶; art. 4º CADH²⁷; art. 6º PICD²⁸);

(ii) atentam contra a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF/88²⁹);

(iii) impedem o suspeito a ser submetido ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88³⁰);

²⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVII - não haverá penas:

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

²⁷ **CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS**

Artigo 4. 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.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

²⁸ **PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS**

ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

²⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(iv) defesa da paz (art. 4º, VI, CF/88³¹);

(v) proporcionalidade (art. 5º, LIV, CF/88³²);

Antes de refletir acerca das críticas realizadas pela comunidade em relação ao fenômeno abate de aeronaves é imperativo ressaltar que a proposta sugerida na presente pesquisa, possui dois pilares fundamentais, quais sejam:

(i) Finalidade: o abate deve ter por escopo, impedir o prosseguimento do voo da aeronave classificada como hostil e não ceifar a vida dos ocupantes da aeronave interceptada.

(ii) Proteção do inocente: constatando-se a presença de pessoas a bordo da aeronave hostil, que manifestamente não estejam envolvidas com a ameaça, o abate não poderá ser realizado (exemplo: sequestro de aeronaves em voos comerciais).

4.1 Abate e pena de morte

Primeiramente cumpre diferenciar o abate de aeronaves e a pena de morte, que são institutos que não se confundem, possuindo grandes diferenças, mas que a comunidade jurídica os trata como semelhantes, ou com relação de conteúdo e continente.

³¹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

VI - defesa da paz;

³² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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. 4º e 5º): **a) inviolabilidade da vida (art. 5º, caput); b) proibição da pena de morte em tempo de paz (art. 5º, XLVII, a); c) presunção de inocência (art. 5º, LVII); d) proibição de juízo ou tribunal de exceção (art. 5º, XXXVII, a); e) devido processo legal (art. 5º); f) prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II); g) defesa da paz (art. 4º, VI); h) solução pacífica dos conflitos (art. 4º, VII); i) repúdio ao terrorismo (art. 4º, VII); j) legalidade; l) proporcionalidade; m) inviolabilidade da propriedade (art. 5º, 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 jurídicos. **(grifo nosso)**

Podestá (2005), por seu turno aduz que a conduta daquele que abate uma aeronave, matando seus ocupantes se amolda 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 [...]

Rogando todas as vênias, mas a o abate de aeronave tal qual previsto no Código Brasileiro de Aeronáutica e Decreto nº 5.144/2004 e com as reformas que sugerimos 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 cumpridor de suas decisões, **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 é verdade, 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. Nessa toada:

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

Cumprir 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 vieram à óbito, o que comprova e ratifica que abate de aeronave não se confunde com pena de morte.

Ademais, apenas à 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), utilizado com o objetivo de impedir o prosseguimento do veículo automotor que descumpra 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.

Nesse sentido, analisando articulado que ventilava em seu bojo a inconstitucionalidade do Decreto nº 5.144/2004 que disciplinava os meios coercitivos a serem utilizados antes do tiro de destruição, o Procurador Geral da República elucidou que:

[...] a medida de destruição não guarda relação com a pena de morte. Aliás, sequer pode ser considerada uma penalidade, porquanto não se busca, com sua aplicação, a expiação por crime cometido. Em realidade constitui, essencialmente, medida de segurança, extrema e excepcional, que só reclama aplicação na hipótese de ineficácia das medidas coercitivas precedentes. É importante frisar que tal medida tem por objeto a preservação da segurança nacional e a defesa do espaço aéreo brasileiro [...] **(grifo nosso)**

Repita-se: 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. Confundir pena de morte com tiro de destruição é incorrer em grande erro.

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

4.2 Abate e devido processo legal

Sustentam ainda os opositores do tiro de detenção que este malferiria o devido processo legal, uma vez que, não submeteria o suspeito a um processo com todas suas garantias.

Como é cediço, o devido processo legal pode ser analisado sob a perspectiva substancial, ou formal. No que tange, ao devido processo legal substantivo (princípio da proporcionalidade) esse será examinado mais a frente, já a suposta violação ao devido processo legal formal, será desde já esclarecida.

Devido processo legal formal, pode ser definido como um conjunto de garantias processuais mínimas. Provoque-se: como garantir direitos processuais, se não estamos em um processo, se não será imposta pena?

A FAB quando no exercício dessa missão constitucional está no exercício do poder de polícia. Imperativo esclarecer que a ação da autoridade aeronáutica militar é ato que goza de **autoexecutoriedade**, ou seja, **independe de prévia licença do Poder Judiciário**. É atributo inerente ao poder de polícia, sem o qual este sequer faria sentido.

Mas é claro que posteriormente o ocorrido será submetido ao exame do Poder Judiciário para averiguar a lisura do procedimento.

Advirta-se, ademais que é necessário se diferenciar a via aérea e a via terrestre. A supressão do tiro de detenção, na via aérea, retiraria da República Federativa do Brasil sua **soberania**, destaque-se que esse atributo é alçado pela Constituição vigente como o primeiro **fundamento** da República Brasileira, logo em seu artigo 1º³³ (BRASIL, 1988).

Como exposto alhures, **soberania** é a capacidade do Estado não só ordenar, mas dispor de meios para fazer cumprir suas ordens coativas.

Assim, se o Brasil ordena, por meio de lei (Código Brasileiro de Aeronáutica) que em determinadas hipóteses uma aeronave em sobrevoo no espaço aéreo brasileiro ficará sujeita à medidas de fiscalização, esta aeronave, ao optar, por não se submeter as referidas medidas legais, força o Estado brasileiro à “dispor de meios para fazer cumprir suas ordens coativas”, no intuito de preservar a sua soberania.

³³ 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**:

I - a soberania;

Assim, impedir o Estado brasileiro de utilizar esses meios para fazer cumprir suas ordens é o mesmo que suprimir do Brasil sua soberania no respectivo espaço aéreo.

Realizando a comparação com a via terrestre é como se suprimisse que os policiais realizassem a prisão em flagrante, pois, isso atentaria contra a dignidade da pessoa humana, pois colocaria o infrator em um depósito - cárcere - e em um primeiro momento sem a manifestação do Poder Judiciário. Ou ainda, suprimisse que em uma perseguição terrestre pudessem ser colocados instrumentos que furam pneus no asfalto para que se impedisse o prosseguimento do veículo.

Assim, ao se deparar com um ilícito o policial apenas poderia observar, pois caso resolvesse agir estaria usurpando a função do Poder Judiciário de julgar.

Essa lógica, é a lógica do caos e da inviabilização de uma sociedade organizada soberana.

No entanto, nesse esforço comparativo entra via terrestre e aérea, poder-se-ia dizer que o tiro de destruição se assemelha com o tiro que o órgão persecutor terrestre dispara no pneu do interceptado.

Com clareza solar, o objetivo do tiro de detenção, como já exaustivamente tratado, não é matar quem se encontra no interior da aeronave, mas apenas impedir *manu militari* o prosseguimento do voo.

Imperativo reforçar: não se está falando de processo, crime e pena, mas sim de um instrumento coercitivo de policiamento do espaço aéreo.

Reitere-se não se está imputando um crime, ou querendo se impor uma pena, mas, apenas, executando uma medida de polícia, tal qual, a “cama de faquir”, extração de carros, fechamento de estabelecimentos, etc.

Registre-se ainda que a utilização deste meio coercitivo (abate) é a única forma capaz de fazer com que o Estado preserve a sua soberania, sendo ainda, facultado ao próprio insurgente à sua utilização.

4.3 Abate e presunção de inocência

Dispõe o artigo 5º da Lei Fundamental que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Desse dispositivo se extrai o princípio da presunção de inocência.

O equívoco fundamental dos críticos reside no fato de confundir julgamento condenado/culpado e imposição de pena, com medida de policiamento do espaço aéreo, imprescindível para a manutenção da segurança nacional. Mais uma vez: não se está falando de processo, julgamento ou imposição de pena, mas sim de uma medida coercitiva fundamental de policiamento do espaço aéreo (autoexecutoriedade).

Insista-se: não se está dizendo que o agente rebelde que conduz a aeronave hostil é culpado de um crime e deve ser punido com uma pena, mas sim que essa aeronave é hostil (ela ameaça a segurança nacional) e sofrerá uma medida de policiamento do espaço aéreo, qual seja, o impedimento do prosseguimento do voo, por meio do tiro de detenção, uma vez que, este é a única medida apta para se atingir esse objetivo.

Registre-se que não se pode confundir medidas administrativas do poder de polícia do Estado com julgamento de crime e imposição de pena. O Estado por diversas vezes utiliza medidas administrativas de polícia para consecução das determinações previstas em lei, como por exemplo, guinchar carros parados em locais irregulares, utilização da “cama de faquir”, defesa civil fechando estabelecimentos em que exista risco a integridade física dos ocupantes. Em todos esses casos, não há que se falar em presunção de inocência, à ninguém está sendo imputado um crime, e imposta uma pena.

Em relação à violação da presunção de inocência, verifica-se que o tiro de detenção não viola este princípio, corolário lógico, não malfere o artigo 5º, LVII, da Carta da República.

4.4 Abate e defesa da paz

Afirma-se, ainda, que por conta do abate (tiro de detenção), o Brasil não seria um país de defesa da paz. Verifica-se que a situação é inversa, no sentido de que, **caso não houvesse a norma** o Brasil transformar-se-ia em um pseudo país de defesa da paz, uma vez que, esse comportamento passivo, serviria de proteção à organizações criminosas, grupos terroristas, regimes não amigáveis, e promoveria a guerra, criminalidade e violência.

Ora, suprimindo o tiro de detenção o Brasil concederia seu amplo espaço aéreo para o funcionamento da logística, consumação de crimes (tráfico de drogas, armas, pessoas, contrabando, descaminho, fuga de procurados etc.) e plataforma de lançamento de ataques (armas químicas, biológicas, nucleares, suicidas etc.) para o crime organizado, grupos extremistas, e regimes não alinhados etc.

Outrossim, não se pode olvidar que a Resolução 1373/2001 do Conselho de Segurança da ONU³⁴, incorporado no Brasil pelo Decreto nº 3.976 (BRASIL, 2001),

³⁴ Resolução 1373 (2001)
adotada pelo Conselho de Segurança em 28 de setembro de 2001

"O Conselho de Segurança [...] **Instando os Estados a trabalhar urgentemente em conjunto para prevenir e reprimir atos terroristas**, inclusive por meio de maior cooperação e da implementação integral das convenções internacionais específicas sobre o terrorismo

Reconhecendo a necessidade de os Estados complementarem a cooperação internacional pela adoção de **medidas adicionais para prevenir e reprimir, em seus territórios, por meios legais, o financiamento e a preparação de quaisquer atos de terrorismo**,

Reafirmando o princípio estabelecido pela Assembléia Geral na declaração de outubro de 1970 (resolução 2625 (XXV)) e reiterado pelo Conselho de Segurança na resolução 1189 (1998) de 13 de agosto de 1998, qual seja o de que todo Estado tem a obrigação de abster-se de organizar, instigar, auxiliar ou participar de atos terroristas em outro Estado ou **permitir, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o cometimento desses atos [...]** 2. Decide também que todos os Estados devem:

a) **Abster-se de prover qualquer forma de apoio, ativo ou passivo**, a entidades ou pessoas envolvidas em atos terroristas, inclusive suprimindo o recrutamento de membros de grupos terroristas e eliminando o fornecimento de armas aos terroristas;

b) Tomar as medidas necessárias para prevenir o cometimento de atos terroristas, inclusive advertindo tempestivamente outros Estados mediante intercâmbio de informações;

[...]

determina que os Estados abstenham-se de prover qualquer forma de apoio inclusive **passivos** a entidades ou pessoas envolvidas em atos terroristas. Determinando ainda que os Estados impeçam a movimentação em seu território de terroristas, e ainda por aqueles que financiam, planejam, facilitam ou perpetram atos terroristas, ressaltando ainda a ligação entre o terrorismo internacional e o crime organizado, narcotráfico, e contrabando de materiais mortífero, *verbis*:

Nessa esteira de intelecção, segundo a Resolução 1373 deve o Estado atuar ativamente na prevenção e combate ao terrorismo, não permitindo que seu território seja utilizado para essas atividades, e ainda se abstendo de realizar qualquer apoio ainda que **passivo**.

Não se ignora ainda que a Constituição Brasileira manifesta expresso repúdio ao terrorismo e projeta a segurança como direito fundamental de todo e qualquer cidadão.

Nesse sentido, para o Brasil ser um país de defesa da paz é fundamental que não permita que seu território (terrestre, marítimo e espaço aéreo), seja utilizado como instrumento de grupos terroristas e do crime organizado.

4.5 Abate e proporcionalidade

Ávila (2011) ensina que no âmbito do direito as normas se dividem em princípios, regras e postulados normativos. As regras são espécies de normas, com conteúdo descritivo, com pretensão de decidibilidade, e sua aplicação demanda uma

d) **Impedir a utilização de seus respectivos territórios por aqueles que financiam, planejam, facilitam ou perpetram atos terroristas contra outros Estados ou seus cidadãos;**
[...]

g) **Impedir a movimentação de terroristas ou grupos terroristas, mediante o efetivo controle de fronteiras** e o controle da emissão de documentos de identidade e de viagem, bem como por medidas para evitar a adulteração, a fraude ou o uso fraudulento de documentos de identidade e de viagem [...]

4. Ressalta com preocupação a estreita ligação entre o terrorismo internacional e o crime organizado transnacional, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, o contrabando de materiais nucleares, químicos, biológicos e outros materiais potencialmente mortíferos, e, nesse sentido, enfatiza a necessidade de incrementar a coordenação de esforços nos níveis nacional, sub-regional, regional e internacional de modo a fortalecer uma reação global a essa séria ameaça e desafio à segurança internacional; (grifo nosso)

avaliação de correspondência entre a descrição normativa e os fatos. Por seu turno, os princípios são normas finalísticas com pretensão de complementaridade, e sua aplicação demanda um exame entre o estado de coisa a ser promovido e os efeitos decorrentes. Por fim, os postulados normativos são normas que instituem critérios de aplicação de outras normas.

Nesse sentido leciona Ávila (2011):

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção [...] Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau [...] A dissociação entre as espécies normativas, sobre ser havida como hipótese de trabalho para o processo aplicativo, pode ser laborada em razão do seu significado frontal. Nesse sentido, o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado).

Importante esclarecer que os postulados normativos não se confundem com as sobrenormas (Estado de Direito, segurança jurídica), uma vez que, estas incidem sobre as normas no campo semântico ou axiológico, ao passo que os postulados normativos, atuam no âmbito metódico. Nessa linha de raciocínio Ávila (2011) faz com precisão a distinção entre postulados normativos e sobrenormas:

Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semânticas e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo).

Esclareça-se ainda que os postulados normativos funcionam diferentemente dos princípios e das regras, pois: não se situam no mesmo nível; não possuem os

mesmos destinatários; não se relacionam da mesma forma com outras normas. Nesse sentido, Ávila (2011) esmiúça essa forma diferente de funcionar dos postulados normativos, em relação as regras e princípios:

Os postulados funcionam diferentemente dos princípios e das regras. A uma, porque não se situam no mesmo nível: os princípios e as regras são normas objeto de aplicação; os postulados são normas que orientam a aplicação de outras. A duas, porque não possuem os mesmos destinatários: os princípios e as regras são primariamente dirigidos ao Poder Público e aos contribuintes; os postulados são frontalmente dirigidos ao intérprete e aplicador do Direito. A três, porque não se relacionam da mesma forma com outras normas: os princípios e as regras, até porque se situam no mesmo nível do objeto, implicam-se reciprocamente, quer de modo preliminarmente complementar (princípios), quer de modo preliminarmente decisivo (regras); os postulados, justamente porque se situam num metanível, orientam a aplicação dos princípios e das regras sem conflituosidade necessária com outras normas.

Assim, segundo Ávila (2011) a proporcionalidade é um postulado normativo, ou seja, uma norma que diz como aplicar outra norma.

Para Gomes (2009) o tiro de detenção não respeitaria o postulado normativo da proporcionalidade, designado pelo autor como princípio e não postulado:

[...] O **princípio da proporcionalidade** em sentido estrito tem por significação a necessária proporção entre o sacrifício de bens e os males a evitar. Esse é um dos princípios limitadores da atuação do legislador [...] **A chamada lei do abate viola flagrantemente o princípio citado. Não existe nenhuma proporcionalidade na ação de matar o ocupante (ou ocupantes) de um avião, suspeito de tráfico de drogas.** Se outro bem jurídico de igual relevância estivesse em jogo seria diferente. A medida de destruição nos termos do Decreto 5.144/2004, em suma, implica em ostensiva afronta ao texto constitucional e incompatibilidade com princípios do ordenamento jurídico brasileiro [...] **(grifo nosso)**

De forma precípua, faz-se necessário discernir três questões:

A primeira, concerne a questão de que a proporcionalidade não é princípio (norma finalística com pretensão de complementaridade), mas sim postulado normativo (norma metódica que institui critério de aplicação de outras normas).

A segunda reside no fato de que, consoante já exposto, a finalidade do abate de aeronaves (tiro de detenção) não consiste em matar os ocupantes da aeronave hostil, mas sim impedir o prosseguimento do voo.

A terceira, consiste em ressaltar que a proposta exposta nesta pesquisa não trata de impedir forçadamente o prosseguimento do voo de um avião suspeito de tráfico de drogas, mas sim de uma aeronave que ameaça os cidadãos, bens, interesses e serviços nacionais, e coloca em xeque a soberania nacional.

Elucide-se ainda que para além da questão da proporcionalidade deve ser analisada a proibição do excesso, bem como a proibição da insuficiência. O exame não se esgota na categoria da proibição do excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção, por parte do Estado, em relação às agressões a bens jurídicos tutelados.

De um lado, a proibição de excesso, do outro, a proibição da insuficiência. Nesta luta contra a insuficiência, surge o abate de aeronaves (tiro de detenção), que serve como instrumento para o Estado brasileiro proveja defesa à nação e preserve sua soberania.

Como consignou-se alhures, a Constituição da República concedeu posição de destaque à soberania, projetando-a como o primeiro **fundamento** da República Brasileira.

Assim, é incontroverso que a vedação do tiro de detenção, suprimiria da República Federativa do Brasil, sua **soberania** sobre seu espaço aéreo, uma vez que o Brasil não teria mais condições de impor as suas decisões no respectivo espaço aéreo.

Nessa senda, o artigo 1º da Constituição e o artigo 11 do Código Brasileiro de Aeronáutica não teriam mais valor, seriam apenas um papel manchado de tinta, sem qualquer força normativa.

Art. 11. O Brasil exerce **completa e exclusiva soberania** sobre o **espaço aéreo** acima de seu território e mar territorial.

Reafirme-se: impedir o Estado brasileiro de utilizar o tiro de detenção para fazer cumprir suas ordens democraticamente decididas (lei) é o mesmo que retirar do Estado brasileiro sua soberania, sobre seu espaço aéreo.

Os críticos à lei asseveram ainda que a medida é excessiva e imoderada. Em que pese tal afirmação ser sedutora, não merece prevalecer.

Para averiguar o eventual excesso e desproporção da medida impõe-se submeter, o tiro de detenção ao crivo do postulado da proporcionalidade.

Para Ávila (2011) o exame da proporcionalidade é aplicado quando existir uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, nesse caso devem ser realizados os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

No mesmo sentido ensinam Mendes, Coelho e Branco (2009), que para atender a proporcionalidade, a medida a ser adotada deve ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Adequada significa que a medida deve ser idônea para atingir o fim proposto; necessidade significa optar pela medida menos gravosa dentre as idôneas para atingir o fim proposto; e por fim proporcionalidade em sentido estrito significa preponderar pelo valor de maior relevância, dentre os em conflito (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Dessa forma, para verificar a proporcionalidade do tiro de detenção cumpre submetê-lo aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Como exposto alhures no exame de adequação, cumpre verificar a relação empírica entre o meio e o fim, ou seja, o meio deve levar à realização do fim (ÁVILA, 2011). Ainda segundo Ávila (2011) “um meio é adequado quando promove minimamente um fim”.

No que tange a presente análise tem-se que o meio é o tiro de detenção, ou seja, impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil. Por seu turno o fim é salvaguardar a soberania nacional sobre o respectivo espaço aéreo, protegendo cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais.

Realizando o exame de adequação entre o meio e fim, constata-se que o tiro de detenção (meio), salvaguarda a soberania nacional sobre o respectivo espaço aéreo, protegendo os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais (fim).

Assim, constata-se que o tiro de detenção passa pelo exame da adequação, ao se verificar que essa medida é apta a atingir o fim proposto.

Realizado o exame de adequação, passa-se ao exame de necessidade. Quanto ao exame de necessidade leciona Ávila (2011) que “um meio é necessário quando não houver meios alternativos que possam promover igualmente o fim sem restringir na mesma intensidade os direitos fundamentais afetados”.

Nessa esteira de intelecção, cumpre verificar se dentre aquelas medidas que poderiam ser utilizadas para atingir o fim proposto (salvaguardar a soberania nacional sobre o respectivo espaço aéreo, protegendo os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais) o tiro de detenção é a medida menos restritiva aos direitos envolvidos.

Como exposto alhures, **soberania** é a capacidade do Estado não só ordenar, mas **dispor de meios para fazer cumprir suas ordens coativas**.

Assim, na hipótese de uma aeronave hostil ingressar no espaço aéreo brasileiro e ao ser interceptada pelo agente de defesa aérea, não acatar suas ordens,

indaga-se o que fazer? Nada? Apenas acompanhar a aeronave hostil? Efetuar o tiro de detenção?

Optando-se por nada fazer, ou apenas por acompanhar a aeronave hostil, tais opções retirariam do Brasil a respectiva soberania, uma vez que, por mais que o Brasil ordenasse o que a aeronave hostil deveria fazer, não disporia de meios para fazer cumprir suas ordens. Assim, se o piloto da aeronave hostil, não acatasse as ordens do Estado brasileiro, nada poderia ser feito.

Ademais, registre-se que além de retirar do Brasil a respectiva soberania sobre seu espaço aéreo, tais medidas ainda comprometeriam a defesa nacional e consequentemente deixariam vulneráveis os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais. Apenas à título ilustrativo, a aeronave hostil poderia: (i) servir de plataforma para ataques químicos, biológicos ou nucleares; (ii) está servindo para a prática de crimes (tráfico de drogas, armas etc.); (iii) realizando serviço logístico para organizações criminosas ou grupos terroristas.

Verifica-se assim, que as opções de nada fazer ou de apenas acompanhar a aeronave hostil sequer são adequadas para atingir o fim proposto, qual seja, salvaguardar a soberania nacional, protegendo os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais.

Assim, **o tiro de detenção é a única medida capaz de atingir o fim proposto** (salvaguardar a soberania nacional, protegendo cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais), não existem medidas alternativas.

Diante do presente cenário, em que não existem meios alternativos que possam promover o fim proposto, constata-se que o tiro de detenção passa pelo exame de necessidade, apresentando-se como a medida menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade.

Por fim, deve-se proceder ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, cotejando a importância da realização do fim, com a intensidade da restrição do direito.

No que tange ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, a indagação fundamental segundo Ávila (2011) é: o grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais?

Nesse ponto, é necessário clareza para identificar qual é o fim que se busca promover e realizar, e qual o direito que está sendo restringido com a medida e de que forma o direito está sendo restringido.

No presente exame, o fim que se busca com a medida (tiro de detenção) é preservar a soberania brasileira sobre seu espaço aéreo e proteger os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais. Ao não ser permitido o tiro de detenção, além do Brasil perder soberania sobre seu espaço aéreo, a aeronave hostil poderá por exemplo vilipendiar cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais.

Ressalte-se que a soberania é o primeiro fundamento da República Federativa do Brasil, estando inscrita logo no artigo 1º, inciso I da Constituição Federal.

Assim, o fim que se busca promover com o tiro de detenção é a preservação da soberania nacional, **bem como** da incolumidade dos cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais. Por outro lado, o direito que está sendo restringido com a medida é a livre circulação no espaço aéreo, e a incolumidade física do transgressor recalcitrante, observando-se que a execução da medida é facultada ao próprio infrator.

Nessa senda, à toda evidência que a livre circulação no espaço aéreo, bem como, a preservação da incolumidade do transgressor recalcitrante, não poderão suprimir a soberania nacional, e preponderar sobre a incolumidade dos demais cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais.

Destarte, a importância do fim (salvaguarda a soberania nacional e proteção dos cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais) justifica a intensidade da restrição dos direitos (livre circulação no espaço aéreo e incolumidade do transgressor).

Pelo exposto, após submeter o tiro de detenção aos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito constata-se que a medida é proporcional devendo ser adotada pelo Estado brasileiro para a salvaguardar da soberania nacional e proteção dos cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais.

4.6 Da passagem inocente

Cumpra ainda advertir, em relação ao equívoco em torno do princípio internacional da passagem inofensiva, no sentido de que, este não se confunde com passagem clandestina, assim a aeronave em sobrevoo pelo espaço aéreo nacional ao não se submeter aos comandos do Estado brasileiro, deixa de ser inocente e passa a ser hostil, ficando sujeita as medidas de policiamento do espaço aéreo.

Desta feita, chega-se a conclusão inarredável que o abate de aeronaves (tiro de detenção), tal qual proposta na presente obra é compatível tanto com a Constituição, como com os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, não devendo prosperar as críticas de setores da comunidade jurídica.

4.7 Compatibilidade do abate de aeronaves com a ordem jurídica interna e internacional

Pelo exposto, resta claro que o abate de aeronaves não viola a ordem jurídica interna e internacional.

Como destacado alhures, o abate de aeronaves não se confunde com pena de morte, possuindo diferenças, ontológicas, teleológicas e consequenciais. Ademais, não atenta contra o devido processo legal e presunção de inocência, uma vez que Força Aérea Brasileira quando no exercício de sua missão constitucional, realiza o procedimento no exercício do poder de polícia, que é um ato que goza de **autoexecutoriedade**, ou seja, **independe de prévia licença do Poder Judiciário**.

Por fim, reitere-se que, o abate de aeronaves é uma medida juridicamente proporcional, uma vez que, salvaguarda a soberania nacional sobre o respectivo espaço aéreo, protegendo os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais

(adequação), é a única medida capaz de atingir o fim proposto (necessidade), e a importância do fim (salvaguarda a soberania nacional e proteção dos cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais) justifica a intensidade da restrição dos direitos (livre circulação no espaço aéreo e incolumidade do transgressor).

Destarte, confirmado que o abate de aeronaves não viola a ordem jurídica interna e internacional (segunda hipótese) e que o Brasil não possui um sistema legal que viabiliza o enfrentamento eficaz das ameaças à defesa nacional, via espaço aéreo (primeira hipótese) é imprescindível a edição de atos normativos que alterem essa perigosa realidade.

5. CONCLUSÃO

A pesquisa revela que o abate de aeronaves (tiro de detenção) é uma medida de fundamental importância para a segurança da população, dos bens, interesses nacionais, além de ser imprescindível para que o Brasil não perca soberania sobre seu espaço aéreo.

Como destacado, a Constituição Federal de 1988, assegura a 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.

Nessa senda, para que a FAB possa cumprir sua missão de resguardar de forma eficaz os céus brasileiros contra ameaças à população, bens e interesses nacionais é imprescindível que exista um aparato normativo capaz de viabilizar essa ação operacional realize-se coma a agilidade e velocidade que a situação requer.

Contudo, constatou-se que o aparato normativo é deficiente não prevendo regras de engajamento claras para as situações mais delicadas na contemporaneidade, como por exemplo, terrorismo.

Consequentemente, essa realidade: (i) coloca em xeque a soberania brasileira sobre seu espaço aéreo; (ii) põe em risco a segurança da população, bens

e interesses brasileiros; (iii) expõe a autoridade aeronáutica militar a uma posição de vulnerabilidade profissional e jurídica.

Urge modificar o atual panorama, antes que a tragédia anunciada ocorra.

Assim, com o escopo de alterar o atual sistema de normas relativo ao abate de aeronaves (preservando a soberania nacional, salvaguardando a segurança da população, bens e interesses nacionais, e colocando a autoridade aeronáutica militar em uma posição de segurança jurídica), sugeriu-se a edição de um anteprojeto de lei para modificar o Código Brasileiro de Aeronáutica e a edição de um decreto, com regras de engajamento claras que ampliam a possibilidade de utilização do tiro de detenção.

Por fim, foi realizado uma verificação de compatibilidade do abate de aeronaves (tiro de detenção), tal qual proposto na presente pesquisa, com a Constituição e Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, oportunidade em que se verificou que o abate de aeronaves é uma medida compatível com a ordem jurídica interna e internacional não violando o direito à vida (pena de morte em época de paz), devido processo legal, presunção de inocência, defesa da paz e proporcionalidade, sendo inclusive uma medida necessária para que a República Federativa do Brasil, não perca seu primeiro fundamento, qual seja: soberania!

Para tanto, sugere-se como políticas públicas:

(i) a confecção de um projeto de Lei (APÊNDICE-A) que altere o §2º do artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica, alterando as expressões: a. “legalmente previstos” para “previstos em Decreto do Poder Executivo”; b. “medida de destruição” para “medida de detenção”.

(ii) A edição de um Decreto (APÊNDICE-B) com fundamento nos Decretos nº 5.144/2004 e Decreto nº 8.758/2016³⁵, que fixe regras de engajamento claras e

³⁵ Art. 1º Ficam estabelecidos os procedimentos a serem observados pelos órgãos que compõem o Sistema de Defesa Aeroespacial Brasileiro, com relação a aeronaves suspeitas ou hostis,

que possam apresentar ameaça à segurança, no período de realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016.

Parágrafo único. Consideram-se os períodos de realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016, respectivamente, de 24 de julho a 24 de agosto de 2016 e de 31 de agosto a 21 de setembro de 2016. ([Redação dada pelo Decreto nº 8.787, de 2016](#))

Art. 2º Para os fins deste Decreto, é classificada como aeronave suspeita aquela que, no espaço aéreo brasileiro, se enquadre em uma das seguintes situações:

I - voar com infração das convenções, dos atos internacionais ou das autorizações para tal fim;

II - voar sem plano de voo aprovado;

III - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação ou não cumprir as regras ou as determinações do controle de tráfego aéreo ou das autoridades de defesa aeroespacial;

IV - não exibir marcas de nacionalidade, matrícula, bandeira ou insígnia;

V - adentrar sem autorização em espaço aéreo segregado, áreas restritas ou proibidas estabelecidos pelos órgãos de controle de tráfego aéreo;

VI - manter as luzes externas apagadas em voo noturno;

VII - voar sob falsa identidade;

VIII - voar de maneira a deixar dúvidas quanto à intenção de cometer ato hostil;

IX - efetuar manobras que evidenciem a intenção de se evadir do interceptador;

X - estar sequestrada ou sob suspeita de sequestro;

XI - estar furtada ou roubada, ou sob suspeita de furto ou roubo;

XII - interferir no uso do espectro eletromagnético sem a devida autorização; ou

XIII - realizar reconhecimento aéreo ou sensoriamento remoto sem a devida autorização.

Art. 3º As aeronaves classificadas como suspeitas, nos termos do art. 2º, estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito.

§ 1º As medidas de averiguação deverão determinar ou confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, vigiar o seu comportamento, e consistem na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave suspeita, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou de sinais visuais convencionados em legislação internacional e de conhecimento obrigatório de todos os aeronavegantes.

§ 2º As medidas de intervenção, que serão executadas após as medidas de averiguação, consistem na determinação à aeronave suspeita para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§ 3º As medidas de que trata o § 2º deverão ser executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle de solo pelas autoridades competentes.

§ 4º As medidas de persuasão, que serão executadas após as medidas de intervenção, consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave suspeita, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.

§ 5º Se as medidas coercitivas previstas neste artigo se mostrarem impraticáveis, em razão do contexto e da ameaça, a aeronave será reclassificada como hostil, nos termos do art. 4º.

Art. 4º Para os fins deste Decreto, será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição, aquela que se enquadre em pelo menos uma das seguintes situações, quando estiverem voando no espaço aéreo brasileiro:

I - não cumprir as determinações emanadas das autoridades de defesa aeroespacial, após ter sido classificada como suspeita;

II - atacar, manobrar ou portar-se de maneira a evidenciar uma agressão, colocando-se em condição de ataque a outras aeronaves;

III - atacar ou preparar-se para atacar qualquer instalação militar ou civil ou aglomeração pública;

IV - lançar ou preparar-se para lançar, em território nacional, sem a devida autorização, quaisquer artefatos bélicos ou materiais que possam provocar dano, morte ou destruição; ou

V - lançar paraquedistas, desembarcar tropas ou materiais de uso militar no território nacional sem a devida autorização.

Art. 5º As situações urgentes e excepcionais relacionadas às aeronaves suspeitas ou hostis serão solucionadas pelo Comandante da Aeronáutica.

amplie as hipóteses em que é permitido o tiro de detenção, para além da hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Art. 6º A medida de destruição consistirá no emprego de armamento com a finalidade de impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso.

Art. 7º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios aéreos e antiaéreos sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - Comdabra;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos, sempre que possível; e

III - autorização de aplicação da medida de destruição, cuja competência fica delegada ao Comandante da Aeronáutica.

Art. 8º Para os fins deste Decreto, serão consideradas aeronaves:

I - aviões de asas fixas ou rotativas;

II - balões;

III - dirigíveis;

IV - planadores;

V - ultraleves;

VI - aeronaves experimentais;

VII - aeromodelos;

VIII - Aeronaves Remotamente Pilotadas - ARP;

IX - asas-deltas; e

X - parapentes e afins.

Art. 9º O [Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004](#), permanece aplicável para as hipóteses nele previstas.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto et al. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo - 2ª Ed. 2010**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Estado-Maior da Aeronáutica. Portaria 1.597/GC3, de 10 de outubro de 2018. Aprova a reedição da DCA 11-45 Concepção Estratégica - Força Aérea 100 (DCA 11-45). **Boletim do Comando da Aeronáutica**, Brasília, n. 180, 15 out. 2018. Disponível em: http://www.fab.mil.br/Download/arquivos/DCA%201145_Concepcao_Estrategica_Forca_Aerea_100.pdf. Acesso em: 22 de abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946. Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21713.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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Decreto n. 7.722, de 20 de abril de 2012. Dispõe sobre a execução no Território Nacional das Resoluções nº 1540 (2004), e nº 1977 (2011), adotadas pelo

Conselho de Segurança das Nações Unidas em 28 de abril de 2004 e em 20 de abril de 2011, as quais dispõem sobre o combate à proliferação de armas de destruição em massa e sobre a vigência do Comitê 1540. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/D7722.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Decreto n. 8.758, de 10 de maio de 2016. Regulamenta a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, para estabelecer procedimentos a serem observados com relação a aeronaves suspeitas ou hostis durante os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8758.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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9614.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/LCP/Lcp97.htm. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. **Livro Branco de Defesa Nacional**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/2012/mes07/lbdn.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Estrutura e Competência do Ministério da Defesa**. Disponível: https://www.defesa.gov.br/conheca_md/index.php?oqueue. Acesso em: 10 out. 2009.

BRASIL. Ministério da Defesa. Força Aérea Brasileira. **Entendendo o tiro de destruição**. Disponível em: <http://www.fab.mil.br/portal/capa/index.php?page=leidoabate>. Acesso em: 10 out. 2009.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Estratégia Nacional de Defesa**. Brasília, 2012. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/END-PND_Optimized.pdf. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. **Política Nacional de Defesa**. 2012. Disponível em: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/2012/mes07/pnd.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

CANOTILHO, J.J. G. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DALLARI, D. A. **Elementos de teoria geral do estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DEPARTAMENTO DE CONTROLE DO ESPAÇO AÉREO. Dispõe informações acerca do DECEA. Disponível em: <http://www.decea.gov.br/unidades/cindacta-iv/>. Acesso em: 10 out. 2009.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FEITOSA, G. R. P.; PINHEIRO, J. A. O. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. **Revista Brasileira Política Internacional**, Brasília, v. 55, n.1, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA FILHO, M. G. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, V.1.

FERREIRA, M. R. **A Constitucionalidade da Lei 9.614/98 (Lei do Abate)**. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1046>. Acesso em: 15 abr. 2010.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. O. **Direito Supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, L. F. **Lei do abate: inconstitucionalidade**. [2009?] Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 11 fev. 2010.

GUIN, U. K. **The ones who walk away from omelas**. Canadá: Kobo editions, 2017.

JASPER, F. N. H. **Aeronáutica, Força Aérea ou Comando da Aeronáutica?** Rev. UNIFA, Rio de Janeiro, v. 26, n. 32, p. 59 - 67, jul. 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KANT, E. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70. 1986. p. 77.

LUIZ, E. Criminosos fogem pela mata. **Correio Brasiliense**, Brasília, 30 out. 2009. Disponível em: <http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia182/2009/10/30/brasil,i=151654/AERONAVE+COM+CERCA+DE+150+KG+DE+COCAINA+E+ALVEJADA+POR+PATRULHA+DA+FAB+PROXIMO+A+CRISTALINA+E+FAZ+POUSO+FORCADO.shtml>. Acesso em: 04 mar. 2010.

LUIZ, E. Aeronave com cerca de 150 kg de cocaína é alvejada por patrulha da FAB. 30/10/2009. **Correio Braziliense**. Acesso em: 03 nov.2009. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia182/2009/10/30/brasil,i=151654/AERONAVE+COM+CERCA+DE+150+KG+DE+COCAINA+E+ALVEJADA+POR+PATRULHA+DA+FAB+PROXIMO+A+CRISTALINA+E+FAZ+POUSO+FORCADO.shtml>.

MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, G. F. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESQUITA, I. M. Lei do tiro de destruição. SEMINÁRIO DE ESTUDOS: PODER AEROESPACIAL E ESTUDOS ESTRATÉGICOS. 8., 2009, Rio de Janeiro. **Anais** [...]. Rio de Janeiro: Programa de Pós-graduação em Ciências Aeroespaciais. UNIFA.

NO CÉU e na terra. **Jornal da Unicamp**. [S.l: 2000?]. Disponível em: http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/agosto2003/ju226pg12.html. Acesso em: 10 out. 2009.

NYE JUNIOR, J. **Understanding International Conflicts**: an Introduction to Theory and History. 6. Edition, New York, Longman, 2007.

PIO XII. **Carta Encíclica Divinis Redemptoris**. 1937. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19370319_divini-redemptoris.html. Acesso em: 29 out. 2018.

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

QUEIROZ, P. **Seriam as leis inúteis?** 2009. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/15842>. Acesso em: 11 fev. 2010.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

REALE, M. **Teoria do Direito do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins, 2000.

RODRIGUES FILHO, J. M. F. **A legislação do abate de aeronaves**. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5735/a-legislacao-do-abate-de-aeronaves>. Acesso em: 29 out. 2018.

RUDZIT, G. O debate teórico em segurança internacional Mudanças frente ao terrorismo? **Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v.5, n.2, jul-dez, 2005.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

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

STRECK, L. L. **Compreender direito II**: desvelando as obviedades do discurso jurídico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TELLES JUNIOR, G. **Iniciação à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOMÉ, L. L. **O 11 de Setembro e o “terrorismo de novo tipo”**. 2003. Disponível em: https://www.janusonline.pt/arquivo/2003/2003_2_2_1.html. Acesso em: 29 out. 2018.

APÊNDICE A – ANTEPROJETO DE LEI QUE ALTERA O CBA

Exposição de Motivos nº

Brasília, de de .

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à superior deliberação de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei que altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, em seu o artigo 303, §2º, objetivando a salvaguarda da soberania nacional sobre o respectivo espaço aéreo, a proteção dos cidadãos, bens, serviços e interesses pátrios, além de proceder uma adequação terminológica, evitando interpretações equivocadas e concedendo uma maior segurança jurídica a Autoridade encarregada da tomada de decisão em relação ao abate de aeronaves.

Propõe-se a realização de duas alterações no artigo 303, §2º da Lei nº 7.565/1986.

A primeira alteração, pretende a modificação da expressão “Esgotados os meios coercitivos **legalmente** previstos” para “Esgotados os meios coercitivos previstos em **Decreto do Poder Executivo**”.

A expressão “legalmente previstos” pode ensejar questionamentos acerca da legalidade dos meios coercitivos serem disciplinados por um decreto, uma vez que, tecnicamente decreto não é lei, mas sim ato administrativo ainda que com caráter normativo.

Assim, alterando-se a expressão “legalmente previstos” para “Decreto do Poder Executivo” colocar-se-ia uma pá de cal na controvérsia, e conceder-se-ia uma maior segurança jurídica ao sistema normativo, evitando questionamentos que vulneram a defesa nacional, ao passo que também resguardaria juridicamente a tomada de decisão por parte da autoridade pública (Presidente da República ou autoridade por ele delegada).

Ademais, consigne-se que o mais adequado é que os meios coercitivos sejam disciplinados por Decreto e não por outra lei, seja em razão do tecnicismo da matéria, seja em razão do dinamismo da realidade e velocidade da tecnologia.

A segunda alteração, pretende a modificação da expressão “a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à **medida de destruição**” para “a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à **medida de detenção**”.

Muitas das críticas desferidas à legislação que disciplina o abate de aeronaves ocorre em razão dos analistas ignorarem que a finalidade do abate é apenas impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e **não** explodir a aeronave interceptada, ceifando a vida de seus ocupantes.

Ocorre que, a expressão “medida de destruição” favorece essa elucubração equivocada acerca do procedimento, alimentando a ideia errônea de que o procedimento tem por finalidade ceifar a vida dos ocupantes da aeronave, que será explodida (destruída) pela aeronave de interceptação.

Assim, com o escopo de adequar a expressão utilizada com a realidade e finalidade do procedimento, e evitar interpretações equivocadas, revela-se salutar alterar a expressão “medida de destruição” para “medida de detenção”.

Como é cediço a finalidade do abate é apenas deter a aeronave hostil, que não reconhecendo o Estado brasileiro como soberano, ignora a ordem do órgão responsável pelo policiamento do espaço aéreo.

São essas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a Vossa Excelência o anexo projeto de lei em questão.

LEI Nº , DE DE DE

Altera o §2º do artigo 303 da Lei nº 7.565, de
19 de dezembro de 1986.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O §2º do art. 303, da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar, com a seguinte redação:

"Art. 303.

.....

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

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

APÊNDICE B – DECRETO QUE AMPLIA AS HIPÓTESES EM QUE PERMITIDO O TIRO DE DETENÇÃO

Exposição de Motivos nº

Brasília, de de .

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à superior deliberação de Vossa Excelência o anexo Projeto de Decreto, objetivando a salvaguarda da soberania nacional sobre o respectivo espaço aéreo, a proteção dos cidadãos, bens, serviços e interesses pátrios, e a concessão de uma maior segurança jurídica a Autoridade encarregada da tomada de decisão em relação ao abate de aeronaves.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (BRASIL, 1986), através da Lei nº 9.614/98, positivou a possibilidade do abate de aeronaves, nominando-o de “medida de destruição”.

Dispõe o CBA que uma aeronave poderá ser detida pela autoridade aeronáutica militar: 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; para averiguação de ilícito.

Ademais, o CBA estabelece que a autoridade aeronáutica militar poderá empregar os meios que julgar necessário para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado, e esgotado os meios coercitivos a aeronave será classificada como hostil ficando sujeito à medida de destruição.

Por seu turno, para a aeronave ser classificada como hostil devem ter sido esgotados os meios coercitivos legalmente previstos. Ocorre que, o Código Brasileiro de Aeronáutica, não diz 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. Ocorre que o referido Decreto apenas regulamenta e autoriza o abate (medida de destruição) para as aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de entorpecentes, deixando de fora várias outras hipóteses que ameaçam os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais, como por exemplo aeronave suspeita de terrorismo.

Por conta da própria realidade ínsita ao espaço aéreo (dimensão; constituição; dificuldade de interceptação, etc), este torna-se uma plataforma suscetível para que atos hostis e contrários ao interesse nacional sejam praticados.

Tanto é assim, que em 2001 um grupo terrorista valendo-se da vulnerabilidade própria do espaço aéreo, o utilizou para praticar uma agressão contra a maior potência militar do globo terrestre, referência em tecnologia, segurança e defesa. Lamentavelmente, a operação foi exitosa, matando cerca de 2.753 (duas mil setecentos e cinquenta e três) pessoas e conseguindo destruir as Torres Gêmeas, que eram o símbolo do poder econômico dos Estados Unidos da América.

Na atualidade, com o advento da tecnologia, o terrorismo merece uma preocupação ainda maior, *vide* a possibilidade de utilização de aeronaves e do espaço aéreo para as práticas de atos hostis, além da proliferação de armas não convencionais (químicas e biológicas) e a disseminação de artefatos nucleares.

Após os atentados terroristas às Torres Gêmeas nos Estados Unidos da América, os analistas passaram a diferenciar o terrorismo clássico, de um novo tipo de terrorismo, chamado por alguns de hiperterrorismo ou terrorismo pós-moderno, uma vez que aquele é dotado de um alto grau de crueldade.

Incontroverso que o atual perfil do terrorismo detém diversas características dignas de atenção, contudo, dentre elas, temos três que merecem um especial destaque, quais sejam: a) Imprevisibilidade: não se sabe quando, onde e como ocorrerá o ataque; b) Gravidade: objetiva-se causar um dano devastador, atingindo

um grande número de pessoas; c) Amoralidade: completa indiferença pelos valores da moral judaico-cristã e civilização ocidental. O ser humano singularmente considerado não é concebido como um fim em si mesmo, mas sim como um meio para se atingir um fim, violando a antológica fórmula Kantiana, com raízes na Torá judaica e Pentateuco Cristão.

Com relação a gravidade, é imperativo reconhecer que na atualidade a tecnologia permitiu que indivíduos possuam em suas mãos poderes destrutivos, que outrora apenas os Estados detinham. Ademais, cogente sublinhar que terrorismo não marca dia e hora para ocorrer, o que demanda que o Estado esteja com seu arcabouço normativo e operacional apto para prontamente fazer frente a essa ameaça.

A Resolução 1373 do Conselho de Segurança da ONU, incorporada no território nacional através do Decreto nº 3.976, exorta os Estados à adotarem medidas para a prevenção e combate do terrorismo, devendo os Estados não permitirem, em seu território, atividades organizadas com o intuito de promover o terrorismo, e ainda, determina que os Estados não promovam qualquer apoio ainda que passivo.

Dispõe ainda a resolução que os Estados devem impedir a utilização de seu território por aqueles que financiam, planejam, facilitam ou perpetram atos terroristas contra outros Estados ou seus cidadãos, ressaltando a estrita ligação entre o terrorismo internacional e o crime organizado transnacional, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro e o contrabando de materiais nucleares, químicos, biológicos e outros materiais mortíferos.

Nessa esteira de inteligência, segundo a Resolução 1373 deve o Estado atuar ativamente na prevenção e combate ao terrorismo, não permitindo que seu território seja utilizado para o preparo dessas atividades, e ainda se abstendo de realizar qualquer apoio ainda que passivo.

Imperativo salientar que em relação à ordem jurídica vigente, a Constituição de 1988, em seu artigo 4º, inciso VIII estabelece que a República Federativa do Brasil repudia o terrorismo.

Por seu turno, a Política Nacional de Defesa, em plena conformidade com a norma Constitucional, considera o terrorismo um risco à paz e segurança, e reconhece a necessidade prevenir e combater a ameaça terrorista.

Acrescente-se ainda que a Estratégia Nacional de Defesa, em perfeita consonância com a Lei Fundamental, destaca que o Estado Brasileiro tem como obrigação garantir nível adequado de segurança ao País, tanto em tempo de paz como em conflito, devendo o país dispor de estrutura ágil capaz de prevenir ações terroristas.

Nessa perspectiva, a possibilidade de utilização de aeronaves e o respectivo espaço aéreo para os fins de apoio, logística e plataforma para atentados, revelam grandes desafios para que o Estado brasileiro e os órgãos de Defesa Nacional consigam manter a segurança pátria.

À título de ilustração, o vasto espaço aéreo Brasileiro pode ser utilizado como caminho para o transporte de artefatos nucleares, tráfico de drogas, tráfico de armas e demais atividades que financiam os grupos terroristas e facções criminosas. Não se pode olvidar a questão mais grave: a utilização do espaço aéreo como plataforma para ataques químicos, biológicos, suicidas, etc.

Acrescente-se ainda que a Constituição Federal de 1988 consagrou a segurança como um direito e garantia fundamental. Em consonância com a Constituição de 1988 o Livro Branco de Defesa Nacional dispõe claramente que uma das atribuições do Estado é prover segurança e defesa para a sociedade.

Pelo exposto, constata-se que o Estado Brasileiro possui o dever constitucional fundamental de garantir segurança a seus cidadãos e estrangeiros que estejam no país, e para garantir essa segurança, o Brasil deve adotar medidas e ações para a proteção de seus cidadãos, bens, serviços e interesses.

Contudo, atualmente o abate de aeronaves apenas poderá ser executado contra aeronaves suspeitas de tráfico ilícito de substância

entorpecente. Assim, o espaço aéreo brasileiro está praticamente desguarnecido sob o ângulo jurídico.

A situação é dramática e tecnicamente pode-se dizer que atualmente o Brasil não possui soberania sobre seu espaço aéreo, na medida em que não dispõe dos meios necessários para que suas ordens sejam cumpridas. Ilustra-se: se uma aeronave hostil (não suspeita de tráfico) adentra ao território nacional, e o agente de defesa aérea determina o pouso obrigatório (ordem), na hipótese do piloto da aeronave hostil não cumprir e ignorar a medida, a princípio o agente de defesa aérea (Brasil) nada poderá fazer.

Nessa esteira de inteligência, o espaço aéreo 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 aérea brasileira está gravemente comprometida, sob o ponto de vista jurídico. Provoca-se: de que adianta 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: a segurança - direito e garantia fundamental de todo cidadão - é praticamente inexistente, ante ataques via o espaço aéreo brasileiro!

Assim, pode se concluir que a atual ausência normativa 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 praticamente impede qualquer ação.

Acrescente-se ainda a questão relativa a concessão de uma maior segurança jurídica à autoridade competente pela tomada de decisão em relação ao abate (Presidente da República ou autoridade por ele delegada).

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 do 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).

Ocorrer que, tal raciocínio reforça a insegurança jurídica deixando o Presidente da República, autoridade aeronáutica militar e o piloto, reféns da interpretação do hermeneuta de gabinete.

Revela-se pouco crível que, em questões de curto espaço de tempo, a autoridade aeronáutica militar 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.

Apenas à título ilustrativo, basta a 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. Pode-se citar ainda: ataques suicidas, com uma aeronave carregada com explosivos de alto poder destrutivo etc.

Destarte, 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 (fato típico, ilicitude ou antijuridicidade e culpabilidade).

Com todas as vênias, a prevalecer o raciocínio supracitado, a insegurança jurídica seria a regra, o que conduziria à vulnerabilidade da defesa e segurança nacional.

Diante desse panorama, importa questionar o que é melhor para fins de preservação da defesa e segurança nacional (direito a garantia fundamental de todo cidadão brasileiro): a) normas claras que disciplinem com limpidez o procedimento, finalidade, hipóteses de cabimento do abate, ou; b) que a situação se resolva em cada caso concreto, por meio de verificação de juízos de proporcionalidade?

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

Nessa senda, diante desse cenário, constata-se: quanto mais clara for a norma, menor será a insegurança jurídica, e maior o nível de segurança 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, não estabelecendo a lei critérios claros, a segurança nacional (direito e garantia fundamental) resta comprometida, tendo em vista que, a autoridade aeronáutica militar 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 verbal³⁶), na ocasião comandante do então COMDABRA, atual COMAE, advertiu acerca da necessidade de uma lei que regule as regras de

³⁶ Palestra ministrado 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.

engajamento, e respalde o procedimento de abate, externando também, uma preocupação sobre a posterior responsabilidade jurídica da autoridade aeronáutica militar que determinar o abate.

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 responsável: (i) não determinar o abate e responder criminalmente, em se concretizando 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 esteira de intelecção, para que o aparato normativo brasileiro viabilize a reação adequada e eficaz dos meios operacionais, na prevenção e combate as ameaças e ataques à nação é imprescindível que a legislação seja clara e inequívoca sobre a temática.

Indaga-se: é melhor possuímos uma norma clara que estabeleça com limpidez o procedimento e as hipóteses de ação ou que a situação se resolva em cada caso concreto com alto grau de subjetividade?

O arcabouço legislativo deve servir como instrumento para a defesa aeroespacial, viabilizando uma ação eficaz dos meios operacionais, e não como óbice.

Nessa esteira de intelecção, confeccionou-se o Projeto de Decreto que segue em anexo ampliando as hipóteses de cabimento do abate de aeronaves, com o objetivo de: **(i) salvaguardar a soberania nacional sobre o respectivo espaço aéreo; (ii) proteger os cidadãos, bens, serviços e interesses nacionais; (iii) conceder segurança jurídica para que o Presidente da República (ou autoridade por ele delegada), possa tomar a decisão mais acertada diante do caso concreto.**

São essas, Senhor Presidente, as razões que me levam a submeter a Vossa Excelência o anexo projeto de Decreto em questão.

DECRETO Nº , DE DE DE

Regulamenta a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, para estabelecer procedimentos a serem observados com relação a aeronaves suspeitas ou hostis em voo no espaço aeroespacial brasileiro.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, **caput**, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos § 1º, § 2º e § 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986,

DECRETA:

Art. 1º Ficam estabelecidos os procedimentos a serem observados pelos órgãos que compõem o Sistema de Defesa Aeroespacial Brasileiro, com relação a aeronaves suspeitas ou hostis, que possam apresentar ameaça à segurança nacional.

Art. 2º. A aeronave poderá ser detida pela autoridade aeronáutica militar, 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 (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V - para averiguação de ilícito.

Parágrafo único. Em qualquer das hipóteses previstas no *caput*, a autoridade aeronáutica militar poderá determinar a mudança de rota e pouso obrigatório da aeronave interceptada.

Art. 3º Para os fins deste Decreto, é classificada como aeronave suspeita, aquela que, no espaço aéreo brasileiro, se enquadre em uma das seguintes situações:

I – não cumpra as regras ou as determinações do controle de tráfego aéreo ou das autoridades de defesa aeroespacial;

II - voar com infração das convenções, dos atos internacionais ou das autorizações para tal fim;

III - voar sem plano de voo aprovado;

IV - omitir aos órgãos de controle de tráfego aéreo informações necessárias à sua identificação ou não cumprir as regras ou as determinações do controle de tráfego aéreo ou das autoridades de defesa aeroespacial;

V - não exibir marcas de nacionalidade, matrícula, bandeira ou insígnia;

VI - adentrar sem autorização em espaço aéreo segregado, áreas restritas ou proibidas estabelecidos pelos órgãos de controle de tráfego aéreo;

VII - manter as luzes externas apagadas em voo noturno;

VIII - voar sob falsa identidade;

IX - voar de maneira a deixar dúvidas quanto à intenção de cometer ato hostil;

X - efetuar manobras que evidenciem a intenção de se evadir do interceptador;

XI - estar sequestrada ou sob suspeita de sequestro;

XII - estar furtada ou roubada, ou sob suspeita de furto ou roubo;

XIII - interferir no uso do espectro eletromagnético sem a devida autorização; ou

XIV - realizar reconhecimento aéreo ou sensoriamento remoto sem a devida autorização.

Art. 4º As aeronaves classificadas como suspeitas, nos termos do art. 3º, estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito.

§ 1º As medidas de averiguação deverão determinar ou confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, vigiar o seu comportamento, e consistem na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave suspeita, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou de sinais visuais convencionados em legislação internacional e de conhecimento obrigatório de todos os aeronavegantes.

§ 2º As medidas de intervenção, que serão executadas após as medidas de averiguação, consistem na determinação à aeronave suspeita para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§ 3º As medidas de que trata o § 2º deverão ser executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle de solo pelas autoridades competentes.

§ 4º As medidas de persuasão, que serão executadas após as medidas de intervenção, consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela

aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave suspeita, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.

§ 5º Se as medidas coercitivas previstas neste artigo se mostrarem impraticáveis, em razão do contexto e da ameaça, a aeronave será reclassificada como hostil, nos termos do art. 4º.

Art. 5º A aeronave suspeita de acordo com o artigo 2º que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de detenção.

Art. 6º As situações urgentes e excepcionais relacionadas às aeronaves suspeitas ou hostis serão solucionadas pelo Comandante da Aeronáutica.

Art. 7º A medida de detenção consistirá no emprego de armamento com a finalidade de impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil e somente poderá ser utilizada como último recurso, sendo vedada sua utilização quando manifesta a presença de inocentes a bordo da aeronave interceptada.

Art. 8º A medida de detenção terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios aéreos e antiaéreos sob controle operacional do Comando de Operações Aeroespaciais - COMAE;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos, sempre que possível; e

III - autorização de aplicação da medida de destruição, cuja competência fica delegada ao Comandante da Aeronáutica.

Art. 9º Para os fins deste Decreto, serão consideradas aeronaves:

I - aviões de asas fixas ou rotativas;

II - balões;

III - dirigíveis;

IV - planadores;

V - ultraleves;

VI - aeronaves experimentais;

VII - aeromodelos;

VIII - Aeronaves Remotamente Pilotadas - ARP;

IX - asas-deltas; e

X - parapentes e afins.

Art. 10º Fica revogado o Decreto nº 5.144/2004.

Art. 11 Este Decreto entra em vigor noventa dias após a data de sua publicação.