FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS

ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

MARIANA BEDA FRANCISCO

ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL EM CASO HIPOTÉTICO DE SINISTRO AÉREO COM ÓBITO À LUZ DO MÉTODO ESTRUTURADO DE RESOLUÇÃO DE CASOS ALEMÃ

Texto provisório apresentado como requisito para a aprovação no Mestrado Profissional em Direito Penal Econômico da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

SÃO PAULO

2023

Introdução

I. Justificativa da escolha do caso e método de análise:

O caso que será objeto de análise no presente trabalho trata de acidade envolvendo o meio de transporte aéreo. Muito embora tenha se iniciado quase no início do século passado, inclusive no Brasil[1], tem sido cada vez mais utilizado[2], devido à segurança[3] e praticidade com que viabiliza um maior deslocamento, em grandes dimensões territoriais e em menos tempo.

Há inclusive notícias de aumento no volume de aquisições de aeronaves no mercado doméstico[4], ocupando o Brasil o segundo lugar no *ranking* de países com o maior número de proprietários de aviões particulares, atrás apenas dos Estados Unidos da América[5].

A aviação é uma atividade complexa, regulada por diversas autoridades públicas, como por exemplo o DECEA (Departamento do Controle do Espaço Aéreo, vinculado ao Ministério da Defesa), a INFRAERO (Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, vinculada ao Ministério de Portos e Aeroportos) e a ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil, autarquia federal de regime especial vinculada ao Ministério da Infraestrutura).

Assim, apesar de haver maiores requisitos[6] para o préstimo de serviços aéreos, que vão muito além de apenas o transporte aéreo de passageiros e cargas[7], o seu

---

[1] O primeiro voo em aeroplano no Brasil, foi também o primeiro na América do Sul e se deu em 7 de janeiro de 1910, em Osasco/SP, no avião batizado de "São Paulo" e pilotado por Dimitri Sensaud de Lavaud. Fonte: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/01/08/osasco-foi-palco-do-primeiro-voo-da-america-latina-ha-110-anos.ghtml.

[2] No ano de 2022, a ANAC registrou o transporte de 82,2 milhões de passageiros em voos comerciais: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/dados-e-estatisticas/mercado-do-transporte-aereo/painel-de-indicadores-do-transporte-aereo/painel-de-indicadores-do-transporte-aereo-2022;

[3] Segundo critério estatístico, considerando-se o volume de voos e quantidade de acidentes, conforme relatórios divulgados pela ANAC (no ano de 2021, a taxa de acidentes para um milhão de decolagens na aviação regular foi de 1,95). Fonte: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/seguranca-operacional/informacoes-de-seguranca-operacional/relatorio-anual-de-seguranca-operacional.

[4] Segundo levantamento da *Bloomberg* línea Brasil, o primeiro semestre de 2023 registrou um aumento de 45% no volume de transação de aeronaves novas e 120% de aeronaves seminovas, comparado ao mesmo período de 2019 (pré-pandemia). Fonte: https://www.bloomberglinea.com.br/2023/08/12/demanda-de-ultrarricos-por-jatinhos-cresce-e-vendas-disparam-no-brasil-em-2023/;

[5] Fonte: https://piaui.folha.uol.com.br/o-brasil-que-anda-de-jatinho/.

[6] Exige-se, por exemplo, para o exercício da função remunerada a bordo de aeronave operada por empresa brasileira no formato de intercâmbio, não só as licenças específicas emitidas pela ANAC, como a nacionalidade brasileira (natos ou naturalizados) (art. 156, §1º, do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA).

[7] Vale anotar que, o art. 201, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/1986), revogado pela Lei n.º 14.368/2022, indicava, dentre outros, os seguintes serviços aéreos: "I - aerofotografia,

uso cada vez mais recorrente no Brasil, inclusive por particulares, tem registrado um aumento considerável na ocorrência de acidentes[8].

E como em casos de sinistro aéreo há, em regra, maior fatalidade e dimensão de danos, se considerados episódios envolvendo outros meios de transporte, foi possível identificar, na resposta do Judiciário aos acidentes aéreos com sinistro e óbito, o fenômeno descrito por SCHÜNEMANN[9] como "*responsabilização penal causal*", em que "*bastava um nexo mágico entre a pessoa e o acontecimento*".

Esse quadro de "*responsabilização penal causal*" acaba atingindo não só pilotos e controladores de voo, que em regra estão mais próximos do episódio, mas também diretores de empresa aérea e da ANAC[10].

É a partir desse contexto que surgiu o incômodo e reflexão a que se debruçará o presente trabalho: até onde, partindo de um sinistro aéreo com óbito, se poderia regredir numa cadeia de eventos para buscar a responsabilização criminal de alguém? É possível que terceiros respondam pela falha e/ou conduta de outrem? Quais são os critérios que justificariam eventual punição? Existem critérios que limitem a possibilidade de responsabilização criminal?

Conforme veremos no presente trabalho, as decisões judiciais proferidas nos casos que inspiraram o complexo de fatos objeto do presente trabalho não enfrentaram todos os critérios de responsabilização penal.

É à dogmática jurídica penal que incumbiu a missão de responder à pergunta que sintetiza todas aquelas que destacamos acima: quais são os critérios que devem orientar a punição de alguém?

Não há dúvidas de que há necessidade de critérios gerais e específicos que orientem a decisão do Julgador, que não pode surgir todo-poderoso e decidir conforme

---

aerofotogrametria, aerocinematografia, aerotopografia; (…); III - publicidade aérea; IV - fomento ou proteção da agricultura em geral; (…). VII - provocação artificial de chuva ou modificação de clima;(…)". No carnaval de 2020, foi inclusive noticiada a utilização de aviões para a precipitação de chuvas pela empresa SKOL. Fonte: https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2020/02/skol-cria-acao-com-tecnologia-para-tentar-diminuir-chuvas-durante-o-carnaval-de-sao-paulo.html.

[8] Conforme noticiado: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/primeiro-trimestre-de-2023-tem-maior-numero-de-acidentes-aereos-para-o-periodo-nos-ultimos-cinco-anos/#:~:text=Sem%20considerar%20o%20acidente%20desta,pa%C3%ADs%2C%20com%20832%20mortes%20confirmadas;

[9] SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. Pp. 25-26.

[10] Fonte: https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2013/01/diretor-de-empresa-aerea-sera-julgado-por-acidente-ocorrido-em-2004-no-am.html e https://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2011/07/ex-diretores-da-anac-e-tam-recebem-denuncia-por-acidente-com-airbus-320.html;

o seu livre-arbítrio.

Infelizmente, no Brasil, conforme já denunciado por Ana Cláudia Bastos de Pinho, tem-se o favorecimento de um comportamento subjetivista do intérprete[11], que é um risco à democracia:

> "Embora cada juiz, a decidir, pense algo sobre o que é o direito, não traduz sua concepção, de forma consciente, na decisão; assim os argumentos perdem em consistência e coerência. (…). O poder do juiz segue sem critério seguro de limitação, o que é um risco num sistema democrático, em que todos os poderes do estado necessitam de vínculos de constrangimento."[12]

Não basta ao poderoso lançar abstrata e genericamente, de qualquer modo, motivos para o exercício da coação. É preciso que a sua justificativa seja válida e não contraditória, não podendo decorrer de mera casuística ou arbítrio. É necessário, portanto, um controle intelectual das decisões judiciais, que se dá através da hermenêutica e de enunciados isolados em um sistema geral.

É ao estabelecimento e refinamento desses enunciados que se dedica a dogmática penal. Partindo de princípios normativos, são estabelecidos pressupostos gerais e especiais de punibilidade capazes de confirmar ou excluir a possibilidade de punição. Por isso SCHÜNEMANN caracterizou a dogmática como um "quarto poder":

> "*Devido a essa tarefa da dogmática, a ser levada a cabo por cientistas, de controle intelectual das decisões judiciais, caracterizei a ciência jurídica como uma forma de quarto poder. (…). Em contraposição a isso se tem um controle de todos os três poderes por meio da ciência jurídica dogmática, que não possui nenhum tipo de poder (ou seja, não exerce domínio) e, justamente por isso pode responder a, de outro modo não resolúvel, pergunta "quis custodiet ipsos custodientes?". Apenas assim é possível alcançar uma legítima ruptura do regresso de controle sem fim, que de outro modo se instalaria em um estado de direito marcado pela divisão de poderes. Também aquele que nisso enxerga uma indesejável apoteose da dogmática jurídica não poderá negar que uma*

---

[11] Ainda que o debate tenha se dado no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em questão alheia à esfera penal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 630.147/DF, sobre a (im)possibilidade de retroação da Lei Complementar n.º 135/2010 e reforma da decisão do Tribunal Superior Eleitoral para deferir o registro de candidatura de candidato ao Governo do Distrito Federal nas eleições de 2010, vale relembrar o próprio alerta do Min. Carlos Ayres Britto "*Com todo o respeito, isso está me parecendo um salto triplo carpado hermenêutico*".

[12] PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 29-30.

> *jurisprudência que não se exponha à crítica científica não passa de uma justiça irracional e arbitrária que não pode existir em um estado de direito. Por isso, somente por meio desse controle pode poder judicial, não suficientemente legitimado democraticamente, justificar-se e tornar-se tolerável. E disso decorre forçosamente a necessidade de uma abertura da jurisprudência para o diálogo dogmático com a ciência jurídica*."[13]

O presente trabalho propõe justamente a resolução de um complexo de fatos inspirado no caso julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 1.609.502/MT, em 02/06/2020, verificando a hipótese de responsabilização criminal de dois controladores de voo em hipótese de sinistro da aeronave com óbitos, através do método hermenêutico alemão (*Gutachtenstil*).

O estudo do direito alemão, como um todo (não só na esfera penal), inicia-se com a teoria, mas tem como objetivo a resolução de casos, aplicando-se as teorias, que não são um fim em si mesmas, a problemas concretos, para que se alcance uma solução.

É essa a razão de ser do direito, a de sujeitar o Poder às Razões, garantindo que a coerção (ato de poder impositivo) seja justificada (em especial àquele que sofre a coerção, mas também à sociedade). E mais, a justificativa não pode ser lançada de qualquer modo, mas deve permitir que cada passo do raciocínio jurídico adotado para a imposição de um gravame seja esclarecido.

A proposta de resolução de um complexo de fatos através do sobredito método surge relevante justamente pela alarmante carência de justificação das decisões judiciais no Brasil. Um estudo publicado em 2022 pelo Grupo de pesquisas Observatório de Precedentes Penais, em parceria com o Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)[14], destacou que a carência de fundamentação das decisões judiciais proferidas pelas instâncias primárias quando da imposição de prisão, regime e forma de execução de pena são, nessa ordem, os temas que mais ensejaram a concessão de *Habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal nos anos de 2018 e 2019.

A utilização desse método, ou ao menos da correta justificação do raciocínio

---

[13] SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018. pp. 46-47.

[14] Fonte: https://observatoriopenal.com.br/;

jurídico adotado, até mesmo pelas partes, impactaria diretamente a realidade do Judiciário brasileiro tal qual se verifica hoje.

E o método segue a seguinte linha: a partir de um complexo de fatos (premissa menor), propõe-se uma hipótese de incriminação (o crime que teria sido praticado) que é confirmada ou excluída quando da verificação da presença ou ausência dos pressupostos de responsabilidade penal (premissa maior), que seriam: tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade[15].

Esse raciocínio de análise encontra inclusive respaldo no art. 41, do Código de Processo Penal, que prevê como requisito a qualquer acusação: (1) narrativa fática, com todas as suas circunstâncias (premissa menor) e (2) classificação do crime (premissa maior):

> "Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a **exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias**, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, **a classificação do crime** e, quando necessário, o rol das testemunhas."

Importante anotar que "classificação do crime" é justamente o correto preenchimento das categorias do delito, sendo este o seu conceito "*agrupar coisas da mesma espécie para que formem classes categorias ou grupos distintos*"[16], e não a mera capitulação ou definição jurídica (termo este que é utilizado pelo legislador, em hipótese de análise diversa, no art. 383, do CPP, evidenciando que não se trata de sinônimo).

A mera narrativa fática, sem a demonstração de que estariam presentes os pressupostos de responsabilização criminal (tipicidade, antijuridicade e culpabilidade) não autorizam a acusação de uma pessoa, nem a sua sujeição ao processo penal.

É dizer, o legislador impôs não só ao acusador a necessidade de subsumir – corretamente - os fatos à hipótese de incrimação, para que a denúncia ou queixa sejam recebidas, mas também impôs ao julgador o dever de absolver se a denúncia for inepta (art. 395, do CPP) e se não estiverem presentes os pressupostos de responsabilidade penal (art. 397, do CPP):

---

[15] Admite-se aqui o modelo tripartido de crime "*fato típico, injuridicidade (ilicitude jurídica), culpabilidade, punibilidade*" HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, René Ariel Dotti – 7. Ed – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, vol. I, Tomo I, p. 5.

[16] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 293.

> "Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
> **I - for manifestamente inepta;**
> II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
> III - faltar justa causa para o exercício da ação penal. (…)
> Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, **o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar**:
> **I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;**
> **II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente**, salvo inimputabilidade;
> **III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime**; ou
> IV - extinta a punibilidade do agente."

Aliada à preocupação do legislador, tem-se que na jurisprudência, ainda que não seja tão comum, ante a ausência de quaisquer dos elementos que constituem o delito, tem-se determinado o trancamento da ação penal[17], pela ausência de justa causa.

Evidente, portanto, que a proposta de resolução de caso através da aplicação da teoria na prática surge relevante e tem como contribuir com o fomento de debate mais analítico no processo, cujo benefício vai além da maior confiabilidade no Judiciário, pelo controle intelectual de suas decisões, mas também contribui para a localização da controvérsia e qualificação do debate no processo.

II. Caso controle[18]:

No dia 29/11/2006, o piloto e copiloto da Aeronave "E/L" apresentaram o plano de voo ao serviço de tráfego aéreo brasileiro com partida de São José dos Campos/SP, previsão de acionamento dos motores às 17h30 e destino a Manaus/AM.

A rota se iniciaria na aerovia UW2, com entrada no ponto fixo PCL (correspondente à cidade de Poços de Caldas/MG) até o BRS (correspondente à Brasília/DF) e nível de cruzeiro F370 (correspondente à altitude de 37.000 pés).

---

[17] STF, HC n.º 177.508/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 18/05/2023: "Agravo regimental em habeas corpus. 2. Penal e processual penal. 3. crimes contra o sistema financeiro nacional. Evasão de divisas. **4. Trancamento de ação penal.** 5. Alegação de existência de indícios de autoria e materialidade. Não demonstrada. **6. Ausência de conduta típica. Distinção entre simples movimentação financeira e manutenção de depósitos acima do limite legal.** 7. Agravo regimental a que se nega provimento.".

[18] Inspirado no caso do Recurso Especial n.º 1.609.502/MT, julgado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Ribeiro Dantas, em 02.06.2020, com modificações.

Ao chegar no ponto BRS, a “E/L” ingressaria na aerovia UZ6, descendo o nível de cruzeiro (altitude) para F360 (36.000 pés) até TERES (ponto virtual da aerovia UZ6 de auxílio à navegação), ocasião em que subiria para o nível F380 (38.000 pés) até Manaus/AM.

A aerovia UZ6, ao contrário da UW2 (unidirecional), é uma “via de mão-dupla”, cujo fluxo é organizado por altitudes e, os níveis de voo pares (F360 e F380) são reservados para o sentido Brasília-Manaus enquanto o sentido inverso de voo ocupa os níveis ímpares (F370).

O plano de voo foi aprovado pelo Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo - CINDACTA 1[19] e, após o recebimento da autorização, os pilotos decolaram a Aeronave “E/L” às 17h54.

Às 18h51, a Aeronave “E/L”, fez contato com o controlador de voo “C1”[20] (sargento), em exercício naquela função há nove meses e, responsável na ocasião pelo monitoramento daquela aeronave pelo console n.º 8, informando o nível de cruzeiro F370.

Às 18h55, ainda com o *transponder* operante[21], a “E/L” ingressou na “contramão” da aerovia UZ6, pois manteve o nível de cruzeiro F370 e não abaixou para F360, conforme plano de voo e sentido de deslocamento Brasília-Manaus, aumentando o risco de colisão com outras aeronaves.

Além da informação prestada minutos antes pelos pilotos da “E/L” ao controlador de voo “C1”, surgia constantemente exibido no monitor de console n.º 8 o *data tag* (etiqueta com o marcador de posição da aeronave e informações como a altitude real

---

[19] O CINDACTA 1 é responsável pelo monitoramento do tráfego aéreo dentro de um polígono que abrange os estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Goiás, Espírito Santo, São Paulo, Sul do estado de Tocantins e parte sul do estado de Mato Grosso. Fonte: https://www2.fab.mil.br/cgna/index.php/unidades.

[20] Trata-se de um profissional civil ou militar cuja habilitação técnica depende de licença emitida pelo DECEA (Departamento de Controle do Espaço Aéreo da Força Aérea Brasileira), nos termos da Instrução do Comando da Aeronáutica – ICA 100/18: https://publicacoes.decea.mil.br/publicacao/ICA-100-18;

[21] A abreviação de “*TRANSmitting resPONDER”*, aparelho - transmissor respondedor - que interage com os radares secundários do controle aéreo e com “*transponderes”* de outras aeronaves, funcionando de forma integrada com o TCAS (*Trafic Alert and Colision Avoidance System*), emitindo e captando informações sobre a posição e deslocamento das aeronaves. Assim, enquanto no sistema de radar primário a antena em solo recebe um eco do sinal transmitido por ela mesma (o sinal vai e volta quando é refletido passivamente na superfície do alvo, exigindo maior potência para conseguir vencer a distância entre antena e aeronave, trazendo apenas a informação da posição do objeto que gerou o eco), no sistema de radar secundário – *transponder* - a antena em solo recebe um sinal que é ativamente transmitido pelo alvo (só ida, entre antena e aeronave, quando é captada e interpretada pelo *transponder* que faz nova transmissão, permitindo maior alcance de detecção que um radar primário e o préstimo de outras informações, conforme demanda, por ex. altitude, velocidade, direção).

e velocidade) e, ao lado direito do monitor, o *strip* (resumo do plano de voo aprovado).

Às 19h01, por erro dos pilotos, o *transponder* da aeronave “E/L” ficou inoperante, informação que foi exibida nos monitores da aeronave “E/L” com a mensagem “TCAS off”, mas também constou do console n.º 8, que passou a exibir a aeronave “E/L”, simbolizada por uma pequena cruz, sem o círculo ao seu redor.

Mesmo responsável pela vigilância do radar, o controlador “C1” nada fez, deixando de alertar os pilotos e de solicitar que acionassem o equipamento.

Às 19h17, o controlador “C1” passou o seu posto ao controlador “C2” (sargento), deixando de informar que a aeronave “E/L” apresentou altitude incompatível com o plano de voo e que o *transponder* estava inoperante (inexistindo informações de altitude real desde a sua desativação).

Às 19h26, o controlador “C2” verificou a situação do *transponder* e realizou a primeira de quatro tentativas inexitosas de comunicação com a aeronave “E/L”, utilizando-se de apenas uma única frequência, não programando no seu console, nem se valendo das outras cinco frequências auxiliares da carta de rota dos pilotos.

Assim, pela insistência em apenas uma frequência, o controlador “C2” impediu e dificultou a comunicação entre a aeronave “E/L” e o Centro de Comando de Tráfego Aéreo.

Entre 19h48 e 19h52 os pilotos fizeram doze tentativas de comunicação com o CINDACTA 1, através de outras frequências que não estavam programadas no console n.º 8 (mensagens não chegaram, não foram ouvidas).

Às 19h56, a ponta da asa esquerda da aeronave “E/L” (*winglet*) tocou a Aeronave “B/G”, que fazia o trajeto Manaus – Brasília, ocasionando a queda e destruição do avião “B/G”, com a morte de todas as 154 pessoas a bordo e o pouso de emergência da aeronave “E/L”, cujos seis passageiros ao todo, sobreviveram.

Verificou-se, após o acidente, que o controlador “C1” além de não ter condições técnica-profissionais suficientes para ser controlador, tendo demorado muito mais que a turma para ser aprovado/homologado, após várias tentativas, na data dos fatos, estava responsável pela vigilância em outros dois setores.

Hipótese de incriminação: os controladores de voo “C1” e “C2” podem ser responsabilizados criminalmente?

III.1. Pré-análise e localização das controvérsias dogmáticas no caso

controle:

Como já anotado, a análise parte da premissa menor (narrativa fática), propondo-se, na sequência, a hipótese de incriminação.

O complexo de fatos apresentado no caso controle revela as condutas dos controladores de voo “C1” e “C2” e a ocorrência de dois **resultados**: a queda e destruição da aeronave “B/G” (sinistro), com a morte de todos os seus 154 passageiros.

Assim, a princípio, temos as seguintes hipóteses de incriminação: **atentado contra a segurança do transporte aéreo, na forma qualificada** (arts. 261, §1º c.c. arts. 263 e 258, todos do CP), assim como os delitos de **perigo para a vida ou saúde de outrem** (art. 132, do CP), de **homicídio simples** (art. 121, *caput* do CP) e **dano** (art. 163, *caput*, do CP).

O crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo, na sua forma qualificada pelos resultados sinistro e morte, é o delito mais grave em quantidade de pena de reclusão de 4 a 12 anos em dobro (8 a 24 anos), enquanto o homicídio simples prevê de 6 a 20 anos e perigo para a vida ou sáude de outrem e dano, preveem ambos as penas de detenção, o primeiro de três meses a um ano e o segundo de um a seis meses, ou multa.

Além disso, é o único crime que contempla ambos os resultados (sinistro da aeronave e morte), surgindo o mais completo, motivo pelo qual será o primeiro a ser analisado.

Ao final, após a análise de todas as hipóteses de incriminação, faremos a análise do concurso de crimes.

III.1.a. Breves considerações sobre o crime do art. 261, do CP:

> **“Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo**
> Art. 261 - Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:
> Pena - reclusão, de dois a cinco anos.
>
> **Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo**
> § 1º - Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe

> de embarcação ou a queda ou destruição de aeronave: Pena - reclusão, de quatro a doze anos. (…).
>
> **Forma qualificada**
> Art. 263 - Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258. (…)
>
> **Formas qualificadas de crime de perigo comum**
> Art. 258 - Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço. (…)."

Trata-se de **crime de perigo concreto**, previsto no Título VIII do Código Penal, "dos crimes contra a incolumidade pública", cujo grupo de delitos de punição antecipada, como o incêndio (art. 250, do CP), não sofre um questionamento generalizado quanto a sua legitimidade, mas sobre o conceito de perigo (concreto)[22].

Sobre esse delito, HUNGRIA[23], além de caracterizar como crime de perigo comum ou contra a incolumidade pública, comenta que a criminalização de atos (dolosos ou culposos) potencial ou efetivamente prejudiciais à segurança dos meios de transporte coletivo (de pessoas ou coisas) remonta aos arts. 216 a 219, do Código Penal da Turgóvia (cantão suíço) de 1841, que incriminava a ação (dolosa ou culposa) de danificar estradas de ferro, criar perigo de desastre ferroviário, impedir ou embaraçar a utilização dos serviços ferroviário e telegráfico e causar naufrágio ou submersão de embarcações.

Sobre a identificação do perigo, HUNGRIA[24] anota que a exposição a perigo deve, em qualquer hipótese, atentar contra a segurança dos transportes mencionados no artigo e que, "*se não periclita tal segurança, não existirá o crime em questão (sem prejuízo da configuração de simples crime de dano)*.", concluindo que se deve cotejar o *caput* com o §1º e averiguar se os fatos nele indicados criam efetivamente a

---

[22] GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão. *Revista do Instituto de Ciências Penais,* Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 11-34, 2020. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p11-34, p. 19.
[23] HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro: 1958. v. IX. pp. 58-59.
[24] HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro: 1958. v. IX. p. 78.

possibilidade do dano extensivo, como por exemplo, o desastre aviatório.

Como o complexo de fatos trouxe os resultados sinistro e morte, não há controvérsia quanto à verificação da ocorrência de uma concreta exposição a perigo e possibilidade de antecipação da punição. Diferentemente seria, portanto, se não houvesse, no caso, os resultados sinistro e morte.

O processo de análise do delito se orienta pelo modelo tripartido formado por tipo (ou tipicidade), antijuridicidade culpabilidade.

Os tipos penais estabelecem, em regra, qual conduta, resultado, meio de execução, condições e circunstâncias especiais (se houver) sujeitariam alguém à ameaça de pena.

Nas hipóteses de resultado, deve haver uma relação causal deste com a conduta para que se possa atribuir a alguém a responsabilidade por tal resultado.

Ainda no plano do tipo objetivo, a teoria da imputação objetiva acresce à causalidade os requisitos de criação de um risco proibido e a realização desse risco no resultado:

I. Tipicidade

1. Tipo objetivo:

a) Objeto da conduta: embarcação ou aeronave, própria ou alheia e navegação marítima, fluvial ou aérea.

Sobre o conceito de embarcação ou aeronave, não há controvérsia no caso concreto, mas vale anotar que o Código Brasileiro de Aeronáutica, prevê o conceito de aeronave:

> "Art. 106. Considera-se aeronave todo aparelho manobrável em vôo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas."

Sobredito conceito abrange então todos os veículos movidos por reação aerodinâmicas como os aeroplanos (aviões), planadores, ultraleves, helicópteros e veículos aéreos não tripulados (VANT) ou remotamente pilotados, desde que aptos ao transporte coletivo de pessoas ou carga, mas exclui balões e dirigíveis, movido por reações aeroestáticas[25].

No caso dos balões, o legislador previu o art. 262, do CP:

---

[25] HONORATO, Marcelo. Crimes aeronáuticos. 4. Ed. Reformulada e atualizada – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 18-19.

> "**Atentado contra a segurança de outro meio de transporte**
> Art. 262 - Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento:
> Pena - detenção, de um a dois anos.
> § 1º - Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de dois a cinco anos.
> § 2º - No caso de culpa, se ocorre desastre:
> Pena - detenção, de três meses a um ano."

A esse respeito, HUNGRIA acrescenta que o "*transporte público*" previsto no art. 262, do CP, significa, na verdade, "*transporte coletivo*" (de pessoas e coisas), pois "*Não deixa de ser transporte público o transporte coletivo gerido por empresa particular (titular de concessão ou autorização).*"

O caso concreto cuidou da colisão entre duas eronaves que efetuavam o transporte coletivo de pessoas, hipótese prevista no art. 261, do CP e não no 262.

b) Conduta: expor a perigo ou dificultar navegação (+).

Já com relação às condutas, é preciso **distringuir se foram comissivas ou omissivas**, até porque os pressupostos de responsabilização por omissão e comissão não coincidem. Nesse sentido, HILGENDORF[26]:

> "A delimitação entre ação e omissão deve ser verificada, como usual, na conduta delitiva. **No entanto, não se classifica um comportamento como omissão pelo mero fato de que o autor não cumpre as exigências da norma de cuidado. Essa situação caracteriza, pelo contrário, uma violação comissiva do dever de cuidado**. **Por isso, uma conduta só constituiu uma omissão quando o ponto central da reprovabilidade residir precisamente na não-realização da conduta imposta pela norma de cuidado** (→ §11 nm. 11)".

Também alertando pela relevante distinção entre ação e omissão, ESTELLITA[27]:

> "(...). Em uma passagem muito referida, adverte Jakobs para o fato de que, sob o ponto de vista da lógica as normas, a afirmação de que nos crimes comissivos (culposos) o autor teria deixado ("omissão") de observar os cuidados comandados (gebotene) está errada: nos crimes comissivos, o comando emitido pela norma não é "atue

[26] HILGENDORF, ERIC. VALERIUS, Brian. Direito Penal**:** Parte Geral. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 366.
[27] ESTELLITA, Heloísa. A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes: uma notícia sobre a discussão e as soluções propostas, p. 110 *in* Coleção 80 anos do Código Penal: volume I: parte geral / Miguel Reale Júnior e Maria Thereza de Assis Moura, coordenadores. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

> cuidadosamente", mas "omita um atuar descuidado". O autor ilustra com um exemplo: no âmbito da comissão não se determina "use fósforos com cuidado" - pois inexiste um dever de usar fósforos! -, mas se proíbe o uso descuidado dos fósforos. (...)".

Já CIRINO[28], anota três critérios para facilitar a distinção entre ação e omissão:

> "a) o critério da causalidade, pelo qual existe ação se há determinação causal do resultado; **existe omissão de ação se um juízo de valor indica que alguém deveria ter agido**; b) o critério do risco, pelo qual existe ação se há criação ou elevação de risco para o bem jurídico; existe omissão de ação se não há criação ou elevação de risco para o bem jurídico; c) o critério do dolo, pelo qual existe ação se há uma atividade dirigida contra a vítima; existe uma omissão de ação se **não há intervenção em processo causal independente criador de perigo para a vítima**;"

A partir também da premissa de que a característica da omissão é negativa e de que seu conceito é a **não realização da conduta salvadora[29]**, temos que o **Controlador "C1"** não estabeleceu comunicação com os pilotos, realizando conduta **omissiva**.

Já o **Controlador "C2"** insistiu em estabelecer comunicação com os pilotos através de uma única frequência, impedindo também a realização de contato dos pilotos com a torre de controle, realizando conduta **comissiva**.

Com relação a "C1" é necessário ainda confirmar se ele, que revelou conduta omissiva, ostenta a posição de garante. O fundamento está no art. 13, §2º, do Código Penal:

> "**Relação de causalidade**
>
> Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (…)
>
> **Relevância da omissão**
>
> § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:
>
> a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou

[28] CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. 7. Ed. Rev. Atual. Ampl., Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017, p. 194.

[29] CAMPANA, Felipe Longobardi. A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão. 1 ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023, p. 39.

> vigilância;
>
> b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
>
> c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado."

A partir do art. 13, §2º, do Código Penal, o dever de garantidor decorre de três fontes legais (lei, assunção prévia e comportamento anterior arriscado), mas também de um fundamento material, consistente no compromisso específico e efetivo de contenção de determinados riscos contra certos bens jurídicos[30].

A averiguação do compromisso se daria em dois fenômenos, o da confiança de proteção pelos potenciais afetados e, do abandono pelos potenciais intervenientes que poderiam conter o risco.

No caso concreto, verifica-se tanto a hipótese de confiança, por parte dos pilotos, no controle de "C1", quanto pelo abandono por parte de intervenientes, revelando que detinha o controle do risco em suas mãos e deveria ter agido como barreira de contenção do risco.

c) Resultado: queda e destruição da aeronave e morte (+).

O resultado previsto pelo tipo aconteceu na hipótese, inexistindo qualquer dúvida conceitual.

Ainda que tenhamos confirmado a conduta omissiva para "C1" e comissiva para "C2", é necessário o preenchimento de outros critérios para que se confirme, ou exclua, a tipicidade objetiva no caso concreto.

d) Causalidade: o art. 13, *caput,* do Código Penal adota a teoria da equivalência (*conditio sine qua non*), ou seja, comprotamento (omissivo ou comissivo) segundo o qual não teria acontecido o resultado. Se "C1" tivesse comunicado os pilotos sobre o nível de cruzeiro equivocado ou inativação do *transponder*, os resultados sinistro e morte, decorrentes da colisão, teriam sido evitados. O mesmo se diga com relação a "C2", se tivesse utilizado outras frequências para se comunicar com os pilotos, teria logrado inclusive receber as tentativas de contatos que fizeram, evitando-se os resultados queda e destruição da aeronave e morte, decorrentes da colisão (+).

Vale anotar que se admite aqui a causalidade na omissão, tema que dispensa

---

[30] CAMPANA, Felipe Longobardi. A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão. 1 ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023, p. 72.

maior aprofundamento, conforme anotado por ROCHA[31]:

> "Convém enfatizar que o emprego de qualquer das principais e verdadeiras teorias sobre a causalidade (equivalência, condição conforme a lei e condição INUS) conduz a ilação de que a omissão pode ser causa de um resultado. Contudo, ainda que se entenda de forma contrária, deve-se ter em mente a advertência feita por Luís Greco. (…). Primeiramente, é possível empregar, sem problema, a expressão mais curta e elegante "causalidade da omissão" em lugar das complicadas locuções "quase-causalidade" ou "causalidade hipotética". Em segundo lugar, nossa atenção, enquanto os juristas, deve estar voltada para questões mais importantes, que relevem para a solução de problemas concretos. Com isso, fica claro que o mais importante não é a discussão sobre a admissibilidade ou não da causalidade em crimes omissivos impróprios"

E de fato, GRECO[32] conclui que um resultado pode ser imputado objetivamente na omissão se a realização da conduta tivesse diminuído a ocorrência do risco do resultado, critério que deve ser acrescido à causalidade, surgindo como pressuposto adicional limitador da punibilidade.

e) **Imputação objetiva:** é, segundo GRECO[33], o conjunto de pressupostos genéricos que fazem de causação uma causação objtivamente típica, quais sejam: (1) a criação de um risco juridicamente desaprovado e (2) a realização do risco no resultado.

IV. Sumário provisório:

Introdução

1. Justificativa do caso e método de análise
2. Caso controle (inspirado em caso concreto de sinistro aéreo com óbito)
3. Pré-análise e localização da controvérsia dogmática (análise da presença ou ausência de cada um dos pressuposto de responsabilização em cada uma das hipóteses de incriminação)

---

[31] ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, pp. 169-170.

[32] GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. Tradução Ronan Rocha – 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 81.

[33] GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. Tradução Ronan Rocha – 1 ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 81.

4. Resolução do caso controle

Conclusão

V. Bibliografia provisória:

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de omissão imprópria. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMPANA, Felipe Longobardi. A tentativa nos crimes omissivos: um estudo sobre o desvalor da conduta na omissão. 1 ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito penal: parte geral. 7. Ed. Rev. Atual. Ampl., Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2017.

DANTAS, Flávia Tavares. A investigação de acidentes aeronáuticos e a apuração da responsabilidade penal. Conexão SIPAER – Revista, Brasília, DF, v.4, n.1, out. 2012.

ESTELLITA, Heloísa. A distinção entre ação e omissão no caso dos comportamentos ambivalentes: uma notícia sobre a discussão e as soluções propostas in Coleção 80 anos do Código Penal: volume I: parte geral / Miguel Reale Júnior e Maria Thereza de Assis Moura, coordenadores. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ESTELLITA, Heloisa. Responsabilidade de Dirigentes de Empresas por Omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades por ações, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. Madri; Barcelona; Buenos Aires; São Paulo: Marcial Pons, 2017.

ESTELLITA, Heloisa. TEIXEIRA, Adriano. GÓES, Guilherme. Guta(achtenstil) em materia penal: um roteiro inicial. Working Paper. Out. 2020.

EUA. *Memorandum of understanding between the National Transportation Safety Board and the Federal Bureau of Investigation*. 2005.

GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão. Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 11-34, 2020. DOI: 10.46274/1809-192XRICP2020v5p11-34.

GRECO, Luís. Dogmática e ciência do direito penal. *In* As razões do direito penal. Quatro estudos. Org. e Trad. Eduardo Viana, Lucas Montenegro e Orlandino Gleizer. Marcial Pons, 2019.

GRECO, Luís. Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. Dolo sem vontade. In: SILVA DIAS, Augusto et al (orgs.). Liber Amicorum de José de Sousa e Brito. Coimbra: Almedina, 2009, p. 885-903.

HILGENDORF, Eric. VALERIUS, Brian. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HONORATO, Marcelo. Crimes aeronáuticos. 4. Ed. Reformulada e atualizada – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do Concurso Aparente de Normas Penais – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Elementos Fundamentais da Doutrina do Concurso de Leis Penais e Suas Repercussões no Direito Penal Brasileiro Contemporâneo *in* Direito penal e processual penal contemporâneos / coordenação Eugênio Pacelli, Nefi Cordeiro, Sebastião dos Reis Júnior – São Paulo: Atlas, 2019.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Edição Revista Forense, Rio de Janeiro: 1958. v. IX.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, René Ariel Dotti – 7. Ed – Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, vol. I, Tomo I.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PUPPE, Ingeborg. A distinção entre dolo e culpa. Barueri: Manole, 2004.

PUPPE, Ingeborg. A imputação objetiva do resultado a uma ação contrária ao dever de cuidado. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. In: PUPPE, Ingeborg. Estudos sobre imputação objetiva e subjetiva no direito penal. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 19-40.

PUPPE, Ingeborg. Causalidad. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. In: PUPPE, Ingeborg; PASTOR MUÑOZ, Nuria (Coord.). El derecho penal como ciencia. Método, teoría del delito, tipicidad y justificación. Buenos Aires: B de F, 2014. p. 209-225.

PUPPE, Ingeborg. Definiciones y subsunciones. Trad. Juan Pablo Montiel. Enfoques penales, Buenos Aires, n. 1, [n.p.], 2017. Fonte: https://crimint.org/wp-content/uploads/2019/01/Puppe-Definiciones-y-subsunciones-5.pdf;

PUPPE, Ingeborg. El resultado y su explicación causal en derecho penal. InDret Penal, Barcelona, n. 4, 2008. Fonte: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/578_es.pdf;

PUPPE, Ingeborg. El sistema de imputación objetiva. InDret Penal, Barcelona, n. 1, p. 588-613, 2021. Fonte: https://indret.com/wp-content/uploads/2021/01/1604.pdf;
QUARCH, Tilman. Introdução à hermenêutica do direito alemão: der Gutachtenstil. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 1/2014, p. 251-285, Out – Dez/2014. Fonte: http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/157;
ROCHA, Ronan. A relação de causalidade no direito penal. Coleção Ciência Criminal Contemporânea - vol. 8 - Coordenação: Cláudio Brandão - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
RÖNNAU, Thomas. Lições fundamentais de teoria do delito. Editores Izabele Kasecker, Eduardo Viana, Heloísa Estellita. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2023.
SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes – 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
SILVA SÁNCHES, Jesús-Maria. El delito de omisión. Concepto y sistema. 2 ed. Colección Maestros del Derecho Penal, nº 12. Buenos Aires: B de F, 2006.
TAVARES, Juarez. Teoria do crime culposo. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
VIANA, Eduardo. Dolo como compromisso coginitivo. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VI. Tópicos pendentes para a versão definitiva:

Proposta a análise de caso controle formulado a partir de caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da hipótese de incriminação do delito mais grave em quantidade de pena, qual seja, o atentado contra a segurança do transporte aéreo, na forma qualificada.

É preciso, ainda na hipótese de incriminação do delito de atentado contra a segurança do transporte aéreo na forma qualificada, desenvolver a pré-análise com relação à estrutura do delito (em especial apresentando quais as posições dominantes, seus resultados e adotando uma posição, refutando aquelas que não forem adotadas).

Na sequência, esboçaremos a resolução do caso com relação aos dois

controladores de voo “C1” e “C2” e, na sequência, analisaremos os demais delitos, encerrando a análise com o concurso de crimes e confirmação ou exclusão da punibilidade.

Foram também selecionados outros dois casos[34] inspirados em processos criminais também submetidos a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça e envolvendo sinistro aéreo e óbito, para, havendo tempo hábil, acrescentarmos à análise, inclusive considerando a possibilidade de remição aos tópicos previamente desenvolvidos.

[34] O primeiro, inspirado no caso da Apelação n.º 0008823-78.2007.4.03.6181, julgada pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Rel. Des. Fed. Paulo Fontes, em 20.06.2017, com modificações. Vale anotar que o caso fora submetido à apreciação da 6ª Turma do Superiro Tribunal de Justiça no RHC n.º 39.709/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, e o segundo, inspirado no caso da Apelação n.º 0019428-49.2013.4.01.3200, julgada pela 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Rel. Des. Fed. Ney Bello, em 18.07.2017, com modificações. Vale anotar que o caso fora submetido à apreciação da 3ª Seção Superior Tribunal de Justiça no CC n.º 121.810/AM, Rel. Min. Laurita Vaz.