



**SOCIEDADE
CRISE E RECONFIGURAÇÕES**

VII CONGRESSO PORTUGUÊS DE SOCIOLOGIA

19 a 22 Junho 2012

Universidade do Porto - Faculdade de Letras - Faculdade de Psicologia e Ciências da Educação

ÁREA TEMÁTICA: ST9 - Segurança Defesa e Forças Armadas

A INTERCEPTAÇÃO AÉREA E O ABATE DE AERONAVES: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E PENAIIS

FARIAS, Andrew Fernandes
Especialista em Ciências Penais
Faculdades Projeção
andrewffarias@gmail.com

SOUSA, Afonso Farias de
Doutor em Desenvolvimento Sustentável
Universidade da Força Aérea
afonsofariasjunior@gmail.com

Resumo

O presente artigo, baseado em pesquisa documental e bibliográfica, tem por objetivo proceder a um exame jurídico das ações militares endereçadas aos procedimentos de interceptação aérea. Foram analisadas a constitucionalidade e a responsabilidade penal do agente de defesa aérea, piloto militar ao qual foi atribuída a missão de interceptação aérea. Inicialmente, verificou-se a constitucionalidade do tiro de destruição sob uma perspectiva pós-positivista, desmistificando algumas afirmações sobre a matéria. Posteriormente, foi evidenciado o choque entre dois princípios constitucionais, soberania e dignidade humana, onde cada um deles sugere uma solução diversa. Para dirimir a controvérsia e a colisão de normas-princípios, utilizou-se a técnica da ponderação de valores. Como resultado da ponderação aludida, restou evidente não haver inconstitucionalidade da questão analisada. Dessarte, a Lei nº 9.614/98 e o Decreto nº 5.144/04 são a escolha acertada, porquanto não caem na tentação da Tirania da Soberania, nem da Tirania da Dignidade Humana, revelando-se uma opção madura de um Estado Democrático de Direito consolidado. A norma é verdadeira síntese, que sopesa ambos os princípios, preserva-os ao máximo e chega a uma conclusão equilibrada e democrática. Para além da constitucionalidade, verificou-se ainda a responsabilidade penal do agente de defesa aérea, utilizando como paradigma a Teoria Constitucionalista do Delito. Dessa análise, constatou-se que, caso o piloto militar proceda em estrita observância ao procedimento legal, não há que se falar sequer em tipicidade penal, quiçá em crime (delito). Como resultado final, o estudo atestou que as normas reguladoras da interceptação aérea estão em perfeita coadunância com a Constituição Federal de 1988, e o agente de defesa aérea que atua dentro de suas determinações não deve ser responsabilizado criminalmente, haja vista que cria risco permitido, atuando em estrito cumprimento de um dever legal, causa excludente da tipicidade material.

Abstract

This article, based on documental and bibliographical research aims at furthering a legal analysis of military actions addressing procedures of aerial interception. The items analyzed were the constitutionality and the penal responsibility of the aerial defense agent, the military pilot who is given the mission of aerial interception. Initially the constitutionality of a destructive shot from the post-positivist view was verified. This demystified some affirmations on the subject. Later the conflict between two constitutional principles arose. The two are sovereignty and human dignity; both of which suggest a different solution. In order to settle the controversy and the clash of principles-norms, a technique of pondering values was used. As a result of the aforementioned pondering, there is no evidence of unconstitutionality on this issue. Thus law no. 9.614/98 and Decree nº 5.144/04 are a correct choice, in as much as they do not follow the path into the Tyranny of Sovereignty nor the Tyranny of Human Dignity; rather a mature option is revealed, that of a democratic State with full rights. The norm is a true synthesis which weighs both principles, preserving them as much as possible and arriving at a democratic, balanced conclusion. Besides the constitutionality, the penal responsibility of the aerial defense agent was checked, using a paradigm of the Constitutionalist Theory of Fault. From this analysis, it is seen that when the military pilot proceeds in strict observance of the legal procedure, there is nothing to be held against him in the typical penal arena, such as a crime or fault. As a final conclusion, the study affirms that the regulating norms of aerial interception are in perfect harmony with the Federal Constitution of 1988, and the aerial defense agent who proceeds according to orders must not be deemed as criminally responsible, being that the risk created is permitted. The agent is acting in strict fulfillment of his legal duty, which is the reason for excluding him from legal measures.

Palavras-chave: Tiro de Destruição. Pós-positivismo. Ponderação de Valores. Teoria Constitucionalista do Delito.

Keywords: Destruction of Tyre. Post-positivism. Weighting values. Constitutionalist Theory of Crime.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu art. 5º, inciso XLVII, alínea *a*, dispõe que não haverá pena de morte no Brasil, salvo nos casos de guerra declarada. Ademais, a Lei Fundamental estabelece que o Brasil rege-se pelo princípio da defesa da paz, e assegura, ainda, aos brasileiros e estrangeiros, dentre outros direitos fundamentais, a presunção de inocência e o devido processo legal.

No entanto, a Lei nº 9.614/98 (Lei do Abate) e o decreto 5.144/04 regulamentaram o Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), e estipularam o famigerado Tiro de Destruição, hipótese em que uma aeronave considerada hostil poderá ter seu voo forçadamente interrompido, mediante disparos proferidos pela aeronave interceptadora.

No Brasil, cinco anos após a elaboração do Decreto nº 5.144, nas proximidades de cidade de Cristalina, uma aeronave que transportava 150 quilos de substâncias ilícitas (cocaína), após ser classificada como hostil - segundo os parâmetros legais - foi interceptada por uma aeronave militar da Força Aérea Brasileira.

O piloto da FAB, em estrita observância ao procedimento previsto na Lei nº 9.614/98 e Decreto nº 5.144/04, procedeu a um reconhecimento à distância, e, ato contínuo confirmou a matrícula da aeronave e, em seguida, estabeleceu comunicação. Por fim, determinou que a aeronave pousasse.

Ocorre que a aeronave interceptada não acatou a determinação do piloto militar e prosseguiu em vôo. Assim, o agente de defesa aérea prosseguiu com o procedimento de interceptação, efetuando um tiro de advertência. Tal medida, entretanto, restou infrutífera, pois os transgressores, sem se intimidarem, prosseguiram ignorando as determinações da aeronave interceptadora.

Diante da situação que se apresentava, o piloto militar solicitou autorização do Comandante da Aeronáutica para efetuar a medida (tiro) de destruição. A autorização foi concedida, a medida de destruição foi executada, a aeronave foi alvejada, e, por consequência, realizou um pouso forçado, tendo os seus ocupantes empreendido fuga pela mata

(<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/182/2009/10/30/brasil,i=151654/AERONAVE+COM+CE+RCA+DE+150+KG+DE+COCAINA+E+ALVEJADA+POR+PATRULHA+DA+FAB+PROXIMO+A+CRI+STALINA+E+FAZ+POUSO+FORCADO.shtml>, recuperado em 03 de novembro 2009).

O procedimento supramencionado acarreta dúvida na comunidade jurídica quanto a sua constitucionalidade. Seria o tiro de destruição uma hipótese de pena de morte? O piloto militar executor da medida de destruição poderia ser responsabilizado criminalmente?

2. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ABATE DE AERONAVES

A sociedade civil – e parte da comunidade jurídica - ao tomar ciência do procedimento do Tiro de Destruição (Lei nº 9.614/98 e Decreto nº 5.144/04) ficou alarmada, declarando que se estaria diante do marco da pena de morte em época de paz no Brasil.

Parte da doutrina especializada consignou que tal medida configuraria um retrocesso no tocante aos direitos humanos, verdadeira ofensa ao direito à vida, chegou-se a cogitar até mesmo em direito penal do inimigo, e é claro, violação do princípio da dignidade humana.

Queiroz (2010) sustenta 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’*”.

Assim, a Lei nº 9.614/98 e o Decreto nº 5.144/2004 colocariam em rota de colisão dois princípios constitucionais cardeais: soberania (fundamento axiológico da medida de destruição) e dignidade humana (e suas derivações).

Elucide-se que a solução do conflito entre normas-princípios (mandados de otimização) é diferente da solução do embate entre normas-regras (mandado de definição). Às regras aplica-se a lógica do tudo ou nada (*all or nothing*) enquanto aos princípios aplica-se a lógica da maior ou menor medida (dimensão de peso). O conflito entre princípios é solucionado mediante ponderação de valores; já o conflito entre regras é dirimido, por intermédio, da técnica da subsunção. Dessarte, haja vista que, na espécie vislumbra-se um conflito entre princípios, impõe-se que sua solução se opere mediante a técnica da ponderação de valores, na esteira da lógica da maior ou menor medida.

É de salientar que ambos (soberania e dignidade humana) são valores muito caros para o Estado Democrático de Direito, sendo os dois princípios fundamentais sobre o qual este se assenta. A relevância de tais valores é perfeitamente compreendida quando se observa que, enquanto a soberania é pressuposto e inerente ao próprio Estado, a dignidade da pessoa humana é pressuposto e inerente ao indivíduo.

A existência do Estado Democrático fundamenta-se na soberania, enquanto a existência do indivíduo invoca dignidade. Constata-se, desse modo, que soberania e dignidade humana são os Princípios Cardeais Constitucionais orientadores de toda a sistemática jurídica, impondo-se assim, que qualquer medida que cause impacto, direta ou indiretamente, no Princípio Constitucional da soberania e no Princípio da dignidade humana seja sopesada apropriadamente, para que estes princípios constitucionais fundamentais não sejam esvaziados e postos de lado.

Impõe-se, nesse momento, proceder a duas observações:

1) mesmo o princípio da dignidade humana é ponderável: a) por ser princípio e, sendo assim, deve observar a sua dogmática, que é de ponderação; b) não se pode olvidar o Princípio da Unidade da Constituição, que reza que não existe hierarquia entre normas constitucionais, devendo o intérprete harmonizá-las; c) elucide-se que, caso se aceite que a dignidade é um princípio absoluto, chega-se ao seguinte impasse: Os princípios podem se referir ou a interesses coletivos, ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar, não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais, que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direitos (ALEXY, 2008, p.111);

2) a verificação da constitucionalidade das normas infraconstitucionais que retiram seu fundamento lógico e axiológico da Constituição deve ser resolvida pela ponderação e não por mera subsunção (BARCELLOS, 2008, p.55).

Após essas observações, retorne-se a *vexata quaestio*: O procedimento do Tiro de Destruição é Constitucional? Ou de outro modo: como deve ser resolvido o conflito entre Soberania e Dignidade Humana (direitos fundamentais decorrentes)? O Tiro de Destruição viola os direitos fundamentais decorrentes da dignidade humana, tais como proibição da pena de morte em época de paz, devido processo legal, defesa da paz, proporcionalidade?

A corrente majoritária (críticos) entende que o procedimento legal do tiro de destruição é inconstitucional. A seguir, analisar-se-á os argumentos sustentados:

a) Aplicação da técnica da subsunção para solução da controvérsia: subsunção entre Princípio da dignidade humana (e preceitos decorrentes: vida, liberdade, devido processo legal, defesa da paz, etc.), na condição premissa maior, e lei que prevê o abate, na qualidade de premissa menor. Após esta subsunção chegam à conclusão de que o procedimento que prevê o tiro de destruição é inconstitucional;

b) A Lei do Abate padece de uma inconstitucionalidade manifesta por violar os seguintes núcleos da dignidade humana: b1) a proibição da pena de morte em tempo de paz, atentando contra o direito à vida; b2) presunção de inocência; b3) devido processo legal; b4) defesa da paz; e b5) proporcionalidade.

Com a devida vênia, os argumentos não merecem prosperar. Doravante, explicitar-se-ão as razões.

De forma precípua, destaque-se que, para chegar à conclusão da inconstitucionalidade do procedimento da lei do abate, os críticos se valem da técnica da subsunção (da lógica do tudo ou nada, afeta as regras), ou seja, empreendem a técnica inidônea. No caso, há colisão de dois princípios constitucionais, e portanto, deve-se proceder à ponderação de valores, e não subsunção.

Reitere-se, a técnica utilizada (subsunção) é inadequada para a solução do caso. Como exposto, tal procedimento é aplicável para colisão de regras, e não de princípios. Ademais, forçoso trazer à baila que tal exegese simplesmente ignora os Princípios Instrumentais de interpretação constitucional, quais sejam: **relatividade** (não existem princípios absolutos, pois cada qual encontra limite em outros preceitos também consagrados na Constituição), **unidade** (o princípio da unidade impõe que nas resoluções de problemas jurídico-constitucionais a constituição seja interpretada como um todo unitário, evitando antagonismo entre suas normas), **harmonização** (no caso de colisão de normas constitucionais, cabe ao intérprete coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito realizando, uma redução proporcional do âmbito de proteção de cada um deles), **força normativa**, haja vista que para assim concluírem colocam de lado a soberania, esvaziando-a por completo.

Está-se encarando a dignidade humana como um valor absoluto que nega por completo a soberania (violação ao princípio da relatividade, unidade, harmonização). Outrossim, retira por completo a eficácia do princípio da soberania (violação da força normativa e princípio da relatividade, unidade, harmonização). É como se desse vida à combatida tese de norma constitucional inconstitucional, considerando a soberania uma norma constitucional, mas no presente caso, inconstitucional, uma vez que colidiria com a dignidade humana. Com todas as *vênias*, salta aos olhos o equívoco da respeitável interpretação fustigada.

Como é cediço, os princípios surgiram para serem ponderados, e quando não se reconhece aos princípios capacidade de produzir qualquer efeito fragiliza-se a estrutura do Estado Democrático de Direito, o que traz acentuado desequilíbrio em detrimento dos elementos de justiça (BARCELLOS, 2008, p.80).

Nessa esteira de intelecção, uma vez que se trata de uma colisão entre dois princípios extremamente importantes para o Estado Democrático de Direito, ambos devem ser preservados ao máximo e, em hipótese alguma, esvaziados.

Assim, não é soberania ou dignidade humana, mas soberania e dignidade humana, na medida do jurídica e faticamente possível.

Saliente-se, ainda, que malgrado os críticos, de forma sedutora, alegarem que a Lei do Abate (Lei do Tiro de Destruição) viola: 1) proibição da pena de morte em tempo de paz, atentando contra o direito à vida; 2) presunção de inocência; 3) devido processo legal; 4) defesa da paz; 5) e proporcionalidade; tais argumentos não merecem prosperar. Para elucidar a celeuma, destaca-se o seguinte:

Primeiro: é de fundamental importância diferenciar a pena de morte do procedimento de Interceptação Aérea, previsto na Lei nº 9.614/98 e Decreto nº 5.144/04. Enquanto a pena de morte é uma **sanção imposta** pelo Estado para aquele que violou a legislação, o procedimento de interceptação aérea previsto na lei do abate é um **meio coercitivo** de que se vale o Estado, **facultando sua utilização ao próprio interceptado**; outrossim, na pena de morte necessariamente, o condenado virá a óbito. Já na interceptação aérea, o interceptado não necessariamente terá sua integridade física atingida; na pena de morte o objetivo é matar o condenado; no tiro de destruição o objetivo é impedir o prosseguimento do voo da aeronave hostil (malgrado o nome, “tiro de destruição”, a finalidade do referido procedimento não é a destruição da aeronave interceptada com a morte de seus integrantes, mas tão somente, impedir *manu militare* o prosseguimento do voo da aeronave hostil, como restou patente nos diversos procedimentos executados). **Assim, pena de morte e tiro de destruição possuem naturezas diferentes, são aplicadas de forma diferente, possuem objetivos**

diferentes, e conseqüências diferentes. Em suma: são institutos que não se confundem. Confundir pena de morte com tiro de destruição é incorrer em grave erro. A interceptação aérea prevista na Lei nº 9.614/98 e no Decreto nº 5.144/04 não se confunde com pena de morte.

Segundo: a Lei do Abate não atenta contra o Princípio da Presunção de Inocência. *Data maxima venia*, tal argumentação incorre em grave equívoco. O patente vício da argumentação dos opositores da norma vigente reside no fato de que o tiro de destruição ocorre não por ser o agente presumidamente um infrator, mas porque quando ele ignora e descumprir a ordem da autoridade aeronáutica, opondo-se a soberania pátria, é **flagrantemente um infrator**. **Terceiro:** não há violação ao devido processo legal, haja vista que não se trata de processo ou de aplicação de pena. Demais disso, acrescente-se que o agente militar está em exercício do poder de polícia.

Quarto: a dinâmica do tiro de destruição não atenta contra a defesa da paz, muito pelo contrário, **caso não houvesse a norma**, o Brasil se transformaria em um pseudo país de defesa da paz (art. 4º, VI, CF/88), quando em verdade tutelaria e alimentaria o caos e a transgressão – organizações criminosas - no momento em que, ao invés de combatê-la em seu território, protege-os, concedendo o seu grande espaço aéreo. Assim, a norma faz com que o Brasil seja um país que realmente defende a paz.

Quinto: como não existe, na via aérea, outro meio de impedir o prosseguimento de um voo de uma aeronave senão com o tiro de destruição, esta medida, por óbvio, se revela uma medida proporcional: é adequada (atinge o fim proposto, impede o prosseguimento do voo), necessária (é a única, que consegue obstar o prosseguimento sendo por conseguinte a menos gravosa), e é proporcional em sentido estrito (soberania nacional, integridade patrimonial da coletividade e a periclitância da vida da coletividade preponderam sobre a efetiva integridade patrimonial da aeronave, ou periclitância da integridade física dos infratores).

Rebelam-se, ainda, os críticos, afirmando que há flagrante desrespeito aos princípios internacionais, mais notadamente o princípio da passagem inofensiva. Contudo, tal fundamento não merece prosperar, pois, a passagem inofensiva não pode, sob nenhum pretexto, ser confundida com passagem clandestina.

Embora se conceda preferência aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana (nesse sentido se posiciona a comunidade jurídica hodierna) é imprescindível admoestar que dar prevalência não significa fazer com que impere a dignidade sobre outro princípio (esvaziando-o), ainda mais sobre Princípio da Soberania, que detém especial relevo. Deve-se ter em mente, demais disso, os ineludíveis Princípios Instrumentais de Interpretação Constitucional.

Caso a norma que disciplinasse a Interceptação Aérea fosse mais rígida, ou seja, impusesse o tiro de destruição àquela aeronave que adentrasse no espaço aéreo brasileiro sem plano de voo, em rota de tráfico de drogas, consistindo o tiro de destruição no lançamento de um projétil na aeronave interceptada, com o objetivo de extingui-la, e matar seus ocupantes, sem sombra de dúvidas estar-se-ia sob a égide da Tirania (Ditadura) da Soberania. Esta seria utilizada como subterfúgio para que abusos fossem explorados pelo Estado.

Realizando um giro de cento e oitenta graus, caso fosse declarada a inconstitucionalidade da Lei nº 9.614/98 e Decreto nº 5.144/98 (normas que regulamentam o tiro de destruição), por violação da dignidade humana, indubitavelmente estar-se-ia vivendo sob o manto da Tirania (Ditadura) da dignidade humana. Atente-se para o fato de que a dignidade humana serviria como escudo para que ilícitos fossem cometidos. Dessa forma, em nome da dignidade humana, barbáries seriam perpetradas. Ora, não há qualquer dúvida de que escudar práticas delituosas não é o objetivo dos Direitos Fundamentais. Repita-se: a soberania tem o *status* de Princípio Fundamental. Assim, como simplesmente desconsiderá-la?

Na altura da evolução histórica da humanidade, atinge o ser humano um nível de amadurecimento que não permite tirania de qualquer valor, até mesmo da dignidade humana. O Estado Democrático exige limites a qualquer valor que seja.

Aqueles que entendem ser a norma em vigor inconstitucional, estão na verdade esvaziando a soberania nacional. Conclusão esta inaceitável para um Estado Constitucional Democrático de Direito, que deve

preservar sua soberania, máxime quando insculpida no rol de Princípios Fundamentais. Consigne-se: não é o que eu quero, ou como gostaria que fosse, é o que a Constituição determina.

Outrora, o Estado Brasileiro encontrou-se refém da tese que em nome da soberania e da defesa da sociedade perpetravam-se excessos e rigor incomensuráveis e, não raro, os direitos fundamentais eram veementemente violados.

Na atualidade, como em um movimento pendular de antítese, indo ao extremo oposto, em nome da dignidade humana e dos direitos fundamentais, cometem-se excessos e arbítrios, que acrescem ao caos, e suprimem a soberania, ao ponto de aquele que viola a soberania nacional e se volta ao cometimento de ilícitos utilizando o espaço aéreo brasileiro, como caminho seguro para sua empreitada não poder ser incomodado, nem sequer ameaçado de sofrer uma constitucional coação.

Lembre-se de igual modo que declarar a inconstitucionalidade das normas ataca também a teoria dos poderes implícitos. A Teoria dos Poderes Implícitos (*implied powers – Mc Culloch VS Maryland*) - já utilizada como fundamento pela Suprema Corte - preleciona que, ao atribuir uma determinada competência a um órgão, ou o estabelecimento de um fim a ser por ele atingido, a Constituição, implicitamente, confere a ele os poderes necessários à execução dessa competência ou a consecução desse fim. Ou seja, sempre que a Constituição outorga um poder, uma competência, incluídos estão implicitamente todos os meios necessários a sua efetivação. Assim, a Constituição, ao incumbir a FAB de garantir a soberania do espaço aéreo, lhe confere, implicitamente, os meios necessários para que esse fim seja atingido. E para que esse fim seja alcançado, a interceptação aérea - nos moldes que hoje está disposta - se revela imprescindível.

Pelo exposto, infere-se que, caso a Lei fosse mais rígida, sacrificaríamos o Princípio da dignidade humana em prol da Soberania, hipótese que não se coaduna com um Estado Democrático. Contudo, retirar do sistema jurídico a Lei nº 9.614/98 e o Decreto nº 5.144/2004, é medida tão absurda quanto à primeira, pois: 1) atenta contra a exegese dos princípios (técnica da ponderação), haja vista que, a soberania seria sacrificada em relação à dignidade humana; 2) transgride os Princípios Instrumentais de Interpretação Constitucional (relatividade, unidade, harmonização, força normativa), uma vez que, em que pese a dignidade ter que prevalecer, não pode esvaziar a soberania e retirar sua eficácia; 3) retira da Aeronáutica sua missão constitucional de garantir a soberania no espaço aéreo brasileiro, violando assim a teoria dos poderes implícitos. Destarte, nenhuma dessas medidas deve ser adotada.

De outra sorte, a normas que regulamentam o tiro de destruição são verdadeiras sínteses que preservam tanto o Princípio da Soberania como o Princípio da dignidade humana e normas derivadas.

3. RESPONSABILIDADE CRIMINAL DO AGENTE DE DEFESA AÉREA EXECUTOR DA MEDIDA DE DESTRUIÇÃO

Como exposto alhures, com o advento do Decreto nº 5.144/2004 que regulamentou o art. 303, §2º do Código Brasileiro de Aeronáutica – Tiro de Destruição – operou-se um grande clamor em determinados setores da sociedade que advogavam a inconstitucionalidade da medida.

Urge salientar que dentro da própria Força Aérea Brasileira pairavam dúvidas e incertezas: realizado o procedimento previsto no decreto, culminando este com o abate da aeronave hostil, vindo os seus tripulantes a óbito - em virtude da ação de defesa aérea - estaria aqui configurado algum crime? Teria o piloto da Força Aérea cometido um homicídio doloso? Homicídio culposo? Lesão corporal seguida de morte? Fato atípico?

Com o fito de responder as indagações levantadas, passa-se agora a analisar a responsabilidade criminal do piloto da Força Aérea à luz da Teoria Constitucionalista do Delito, que considera como crime o fato formal e materialmente típico e antijurídico.

A Teoria Constitucionalista do Delito, elaborada pelo jurista brasileiro Luiz Flávio Gomes, tem uma matiz pós-positivista, ao passo em que, reconhecendo a força normativa da constituição, funda-se na integração entre Direito Penal e Constituição.

Elucidando uma das principais características da Teoria, qual seja a composição da Tipicidade Penal, leciona GOMES (2009, p. 161):

- (a) da primeira dimensão (formal) fazem parte: (a.1) conduta; (a.2) resultado naturalístico (nos crimes materiais); (a.3) nexo de causalidade e (a.4) adequação típica formal (subsunção do fato à letra da lei);
 (b) da segunda dimensão (material) fazem parte: (b.1) juízo de valoração (desaprovação) da conduta e (b.2) juízo de valoração (desaprovação) do resultado jurídico (desvalor do resultado) [...]
 (c) a terceira dimensão (subjética), que só é exigida nos crimes dolosos, é composta (c.1) do dolo e, eventualmente, (c.2) de outros requisitos subjetivos específicos

Dessa forma, para a Teoria Constitucionalista do Delito o tipo penal abrange:

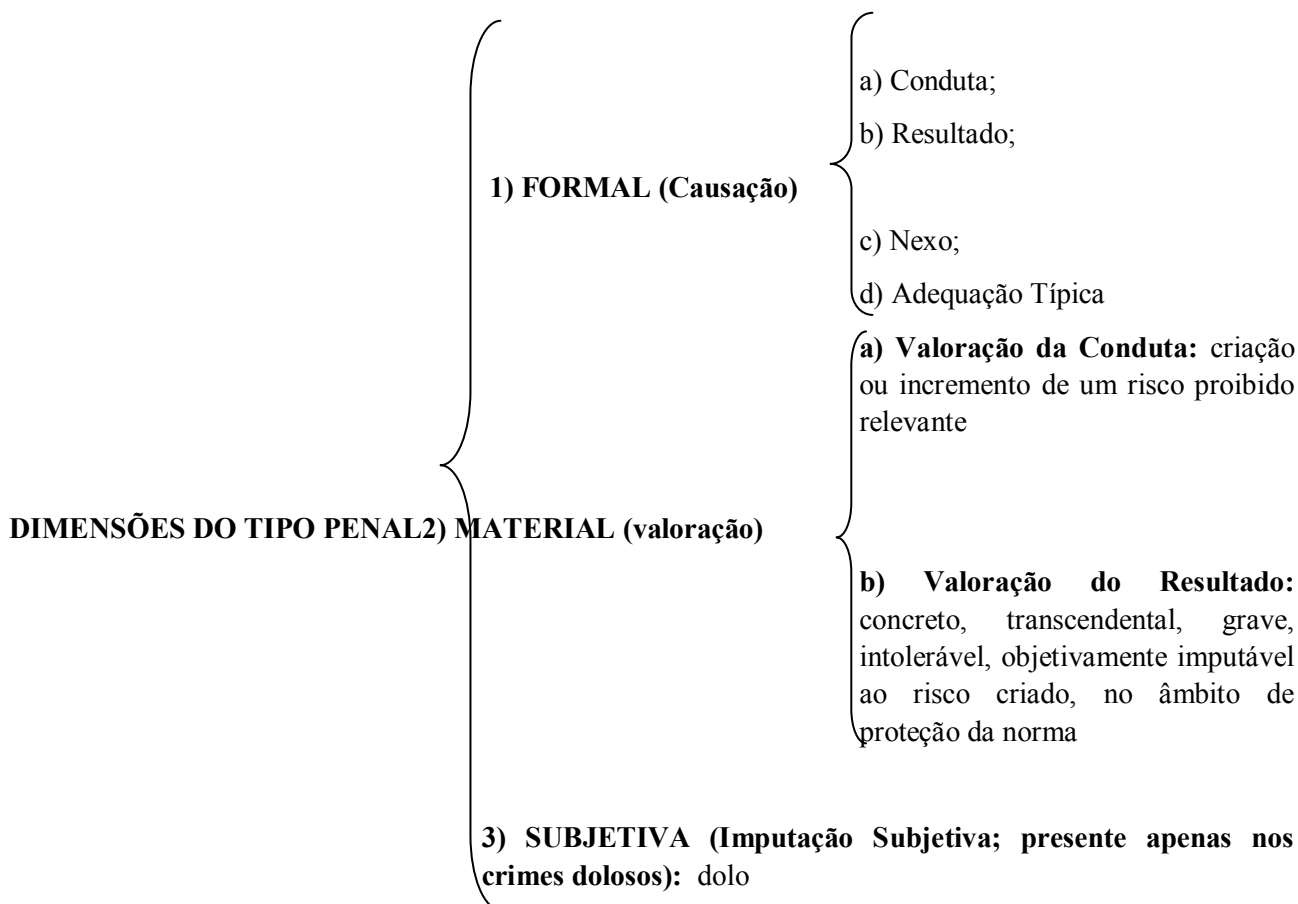


Imagem 1 – Dimensões da Tipicidade Penal para a Teoria Constitucionalista do Delito

A ausência de qualquer uma dessas dimensões implica na atipicidade do fato. Assim, para que se possa falar em crime, mister verificar se, no caso fático sob análise, há a presença de um fato formal e materialmente típico e ilícito.

Colocadas tais premissas, reitera-se a indagação formulada no início do presente capítulo: Comete algum crime, o piloto militar que, realizando o procedimento de interceptação aérea, detém a aeronave hostil através da execução do tiro de destruição, levando à óbito seus ocupantes?

Indubitavelmente que qualquer análise jurídico-penal para avaliar se uma conduta (fato) corresponde a um delito depende da análise pormenorizada do caso concreto, e todas suas nuances, passando-o pelo substratos do crime e, ao final chegando a uma conclusão. No entanto, sem a pretensão de esgotar a casuística, mas apenas buscando traçar parâmetros de segurança, tratar-se-á aqui de três casos hipotéticos que ilustraram as consequências para o Piloto Militar.

A art. 5º do Decreto nº 5.144/04 admoesta, com clareza meridiana, deixando indene de dúvida - consoante já tratado em tópicos passados - que a finalidade, o objetivo do tiro de destruição não é outro senão **impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil**, *litteris*:

Art. 5º A medida de destruição consiste no **disparo de tiros**, feitos pela aeronave de interceptação, **com a finalidade de provocar danos e impedir o prosseguimento do vôo da aeronave hostil** e somente poderá ser utilizada como último recurso e após o cumprimento de todos os procedimentos que previnam a perda de vidas inocentes, no ar ou em terra.

À luz dessa advertência, examinem-se os casos hipotéticos que se seguem:

PRIMEIRO CASO HIPOTÉTICO: O piloto da aeronave de defesa aérea interceptadora, em desconformidade com o procedimento legal, ao invés de disparar tiros na aeronave classificada como hostil, com inequívoco *animus neccandi*, dispara míssil, ou outro artefato bélico de maior poder de fogo, levando seus ocupantes a óbito.

SEGUNDO CASO HIPOTÉTICO: O piloto da aeronave de defesa aérea interceptadora viola dever de cuidado e descumpre o procedimento legal, quer seja não efetuando os procedimentos de comunicação, quer seja não efetuando o Tiro de Advertência, quer agindo sem autorização da autoridade, quer acidentalmente disparando projétil diverso de tiro com poder de fogo maior, causando a morte dos integrantes da aeronave hostil.

TERCEIRO CASO HIPOTÉTICO: O piloto de defesa aérea, em estrita obediência ao procedimento legal efetua a medida de destruição e causa a morte dos integrantes da aeronave hostil.

Agora passemos a um cotejo entre os casos narrados e os substratos do crime (fato formal e materialmente típico e antijurídico).

No **primeiro caso hipotético**, quando do exame da **primeira dimensão**, a conduta do agente de defesa aérea causou o resultado jurídico morte, tendo tal resultado derivado da conduta do piloto militar. Outrossim, a referida situação fática amolda-se ao tipo legal do art. 205 do Código Penal Militar. Assim, constata-se a presença da tipicidade formal da conduta. No entanto, como é cediço, a verificação da tipicidade formal, em que pese ser necessária, não é suficiente para afirmar a existência de um evento típico. Necessário se faz o exame da tipicidade material. Quando da análise da **tipicidade material** - que compreende a valoração da conduta e a valoração do resultado - ao verificar se o agente de defesa aérea criou um risco permitido ou proibido, constata-se, de forma incontestada, que a conduta perpetrada pelo piloto da aeronave interceptadora criou um **risco proibido**, pois a legislação não prevê disparo de míssil ou artefato bélico análogo, mas sim disparo de tiros. Procedendo à valoração do resultado: constata-se que o resultado foi desvalioso, haja vista que foi concreto, transcendental (pois, afetou bem jurídico de terceiros e não bem jurídico próprio), grave e intolerável (sacrificou um dos maiores bens jurídicos da pessoa humana, a vida), objetivamente imputável ao risco criado e que estava inserido no âmbito de proteção da norma. Por fim, deve-se proceder à análise da dimensão subjetiva da tipicidade, haja vista que houve a intenção de matar (*animus neccandi*). No caso em apreço, o dolo resta configurado, eis que o agente, atuando com vontade consciente quis praticar a infração penal, ou seja, o agente previu o resultado desvalioso (morte) e dirigiu sua conduta na busca de realizá-lo (dolo direto, teoria da vontade). Verificada a tipicidade penal, passa-se ao segundo substrato do crime, a **antijuridicidade penal**. Considerando que o Piloto Militar perpetrou sua conduta não amparado por nenhuma causa justificante (causa excludente da ilicitude) como legítima defesa, e estado de necessidade, corolário lógico, impõe reconhecer que o fato, além de típico, é ilícito. Destarte, após submeter o primeiro caso hipotético ao paradigma dogmático, verificou-se tratar-se de conduta formal e materialmente típica e antijurídica, configurando, de forma incontroversa, o delito de homicídio, previsto no art. 205 do Código Penal Militar, a ser julgado pela justiça militar (art. 9º, II, alínea c, e parágrafo único do Código Penal Militar).

No tocante ao **segundo caso hipotético**, aqui fixar-se-á como pressuposto que o agente buscava proceder nos ditames da legislação de regência, mas por descuido, gera o resultado morte com a medida de destruição.

Relativamente à tipicidade formal, verifica-se que a conduta do agente de defesa aérea causou o resultado jurídico morte, tendo tal resultado derivado da conduta do piloto militar. Outrossim, a referida situação fática amolda-se ao tipo legal do art. 206 do Código Penal Militar. Assim, constata-se a presença da tipicidade formal da conduta. Quanto à tipicidade material, a valoração da conduta, indica que o agente criou um **risco proibido**, ao inobservar os preceitos legais. De igual modo, o resultado é desvalioso, porquanto, concreto, transcendental, grave e intolerável, objetivamente imputável ao risco criado, o resultado estava no âmbito de proteção da norma. Como não se trata de delito doloso não se verifica a dimensão subjetiva. No que tange à antijuridicidade penal, considerando que o Piloto Militar perpetrou sua conduta não amparado por nenhuma causa justificante, corolário lógico impõe reconhecer que o fato, além de típico, é ilícito. O segundo caso hipotético narra uma conduta formal e materialmente típica e antijurídica, configurando o delito de homicídio culposo, previsto no art. 206 do Código Penal Militar, a ser julgado pela justiça militar (art. 9º, II, alínea c e parágrafo único do Código Penal Militar).

Por derradeiro, cogente verificar a conduta do piloto militar, que efetua o procedimento de interceptação aérea obedecendo rigorosamente suas disposições, **terceiro caso hipotético**. No tocante à tipicidade formal, verifica-se que a conduta do agente de defesa aérea causou o resultado jurídico morte, tendo tal resultado derivado da conduta do piloto militar. Outrossim, a referida situação fática amolda-se ao tipo legal do art. 205 do Código Penal Militar (homicídio). Assim, constata-se a presença da tipicidade formal da conduta. Quanto à tipicidade material, a valoração da conduta indica que o agente criou um **risco permitido**, pois estava em estrito cumprimento de um dever legal, afastando, assim, a tipicidade material, e como corolário lógico a tipicidade penal e o crime, não havendo razão para continuar as demais dimensões e substratos de crime. Isso porque, em que pese tenha causado a morte, a conduta do Piloto Militar não é desvaliosa, tendo em vista que é determinada por lei, não podendo o delito de homicídio ser imputado ao piloto da aeronave interceptadora. Assim, trata-se de **fato atípico**. Corroborando todo o exposto, são as lições de GOMES (2009, p. 239-240):

O estrito cumprimento de um dever legal afasta a responsabilidade penal do agente (mais precisamente, a tipicidade material). Requisitos: três são os requisitos do estrito cumprimento de dever legal (dois são objetivos e um é subjetivo). Primeiro requisito: cumprimento de dever legal: a lei penal (art. 23, III) fala em dever legal [...] Dever legal é o imposto por lei (ou medida provisória), regulamento ou não posteriormente em outros diplomas normativos. Segundo requisito: estrito cumprimento: o agente que cumpre o dever legal deve-se manter rigorosamente dentro da lei. Qualquer tipo de excesso será rigorosamente castigado [...] Terceiro requisito: aspecto subjetivo: é a consciência do agente de que cumpre um dever legal [...] quem cumpre dever legal não cria risco proibido para o bem jurídico. Ao contrário cria risco permitido (autorizado, ou melhor imposto, determinado por lei). Falta desaprovação da conduta (não há criação de risco proibido) nessa situação. Também por esse fundamento não há que se falar em tipicidade no caso de estrito cumprimento de dever legal.

Em síntese, o piloto da Força Aérea Brasileira que cumpre rigorosamente os procedimentos previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica e no Decreto nº 5.144/2004, quando executa a medida de destruição, mesmo que cause a morte dos tripulantes da aeronave hostil, não comete homicídio, haja vista que está atuando em estrito cumprimento de um dever legal, é dizer, gera um **risco permitido** (sua conduta é determinada por lei). Ora, se vivemos em uma **ordem** jurídica, a Legislação Repressiva (Código Penal e Código Penal Militar) não pode incriminar uma conduta que é determinada por outra lei (Código Brasileiro de Aeronáutica).

4. CONCLUSÃO

Nessa senda, resta claro que a Lei nº 9.614/98 e o Decreto nº 5.144/04 é a escolha acertada, porquanto, não sucumbe à tentação da Tirania da Soberania, nem da Tirania da Dignidade Humana, revelando-se uma escolha madura de um Estado Democrático de Direito consolidado. A norma é verdadeira síntese, que sopesa ambos os princípios, preserva-os ao máximo e chega a uma conclusão equilibrada e democrática.

No que tange à responsabilidade penal do piloto militar que efetua a medida de execução, com espeque na Teoria Constitucionalista do Delito, constata-se que se o piloto militar proceder em estrita observância ao procedimento legal não há que se falar, sequer, em tipicidade penal, quicá em crime (delito).

Ex positis, o presente estudo conclui que as normas reguladoras da interceptação aérea estão em perfeita consonância com a Constituição Federal de 1988, e o agente de defesa aérea que atua dentro de suas determinações não deve ser responsabilizado criminalmente, haja vista que cria risco permitido, atuando em estrito cumprimento de um dever legal, causa excludente da tipicidade material.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. (5 Ed.) . (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores.

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

Constituição da República Federativa do Brasil.
(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, recuperado em, 12, maio, 2012).

Código Brasileiro de Aeronáutica, de 19 de dezembro de 1986. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7565.htm, recuperado em, 12, maio, 2012).

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*. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm, recuperado em, 12, maio, 2012).

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*. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9614.htm, recuperado em, 12, maio, 2012).

Gomes, Luiz Flávio & Molina, Antonio Garcia Pablos de (2009). *Direito Penal: parte geral, volume 2*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Queiroz, Paulo. Seriam as leis inúteis? (Recuperado em, <http://jusvi.com/artigos/1582>)