

# Reflexos jurídicos do emprego da artilharia antiaérea

---

**Marcos Fernando Theodoro Pinheiro**

Juiz de Direito Substituto da Justiça Militar do Estado de São Paulo

**RESUMO:** O presente trabalho demonstra os aspectos jurídicos do emprego da Artilharia Antiaérea, sob o ponto de vista da legislação interna e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Apresenta também as diversas conjunturas nas quais esta defesa antiaérea pode estar sendo utilizada, passando desde a situação de normalidade institucional, os atos de terrorismo ou mesmo os períodos de conflitos armados. São abordados ainda como se dá o funcionamento do Sistema de Defesa Antiaérea e o sistema de Defesa Aeroespacial, bem como a cadeia de ações que resultam no tiro antiaéreo. As possíveis consequências do tiro antiaéreo são estudadas à luz da estrutura analítica do crime e da responsabilidade civil. Estuda-se também acerca dos órgãos competentes para o julgamento de possíveis crimes que possam ocorrer por ocasião do tiro antiaéreo. Por fim, são estudadas as hipóteses de emprego da Artilharia Antiaérea bem como os principais reflexos jurídicos decorrentes da mesma.

**PALAVRAS-CHAVES:** Artilharia Antiaérea. Tiro Antiaéreo. Reflexos Jurídicos.

**ABSTRACT:** The present text shows the legal aspects of the use of Anti-Aircraft Artillery, from the point of view of domestic legislation and international treaties to which Brazil is a signatory. It also presents the various conjunctures in which this air defense may be being used, going from the situation of institutional normality, acts of terrorism or even periods of armed conflict. Are discussed further how is the functioning of the Antiaircraft and Aerospace Defense systems as well as the chain of actions that result in antiaircraft fire. The antiaircraft fire conse-

quences are studied under the perspective of the criminal and civil results. It also studies about the competent courts for trial possible crimes that may occur during the anti-aircraft fire. Finally, we studied the hypothetical use of the Anti-aircraft Artillery and the main legal consequences arising therefrom.

**KEYWORDS:** Anti-aircraft Artillery; Anti-aircraft shot; Legal Consequences.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O ambiente jurídico – 2.1. Conflito armado internacional – 2.2. Conflito armado não internacional – 2.3. Estado de defesa – 2.3. Estado de defesa – 2.4. Estado de sítio – 2.5. Estado de normalidade institucional – 2.6. E os atos de terrorismo? – 3. O sistema de defesa antiaérea – 3.1. O sistema de defesa antiaérea – 3.2. O sistema de defesa aeroespacial – 3.3. Cadeia de ações que resultam no tiro antiaéreo – 4. Estrutura analítica do crime – 4.1. Tipicidade – 4.1.1. Resultado – 4.1.2. Subsunção à norma penal – 4.1.3. Conduta humana – 4.1.4. Nexo causal – 4.2. Ilicitude – 4.2.1. Legítima defesa – 4.2.2. Estricto cumprimento do dever legal – 4.2.3. Estado de necessidade – 4.3. Culpabilidade – 4.3.1. Imputabilidade – 4.3.2. Dolo – 4.3.3. Culpa – 4.4. Inexigibilidade de conduta diversa – 4.4.1.1. Estado de necessidade exculpante – 4.4.1.2. Coação irresistível – 4.4.1.3. Obediência hierárquica – 4.3.2. Erros essenciais – 4.3.2.1. Erro de direito – 4.3.2.2. Erro de fato – 5. Responsabilidade civil – 6. Competência jurisdicional e política – 6.1. Justiça Militar da União – 6.2. Tribunal do júri? – 6.3. Justiça Federal – 6.4. Tribunal Penal Internacional (TPI) – 6.5. Organizações internacionais de defesa dos Direitos Humanos – 7. Hipóteses de emprego e reflexos jurídicos – 7.1. Conflitos armados (internacionais ou não internacionais) – 7.1.1. Objetivo militar – 7.1.2. – Direito de legítima defesa – 7.1.3. Outros bens que gozam de proteção especial – 7.1.4. Combatentes e guerrilheiros – 7.1.5. Feridos – 7.1.6. Terroristas, espíões e mercenários – 7.1.7. Conclusão parcial – 7.2. Estado de defesa e estado de sítio – 7.3. Situação de normalidade institucional – 7.3.1. Forças adversas advindas do exterior – 7.3.2. Forças adversas atuando em proveito do crime organizado – 8. Conclusão – 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O emprego de aeronaves em atividades ilícitas de toda espécie demanda uma ação enérgica por parte do Estado a fim de coibir tais delitos. Nessa mesma esteira, na seara dos conflitos armados, nações que se encontravam em paz – frise-se, sem que fosse declarada a guerra –, foram alvos de ataques armados, figurando o vetor aéreo, aqui também, como um dos principais meios. Há, ainda, aquelas situações em que o ambiente jurídico não fica perfeitamente delineado, como ocorre no caso dos ataques terroristas.

Nesse ambiente de espectro diverso e variado é que por vezes as Forças Armadas são chamadas a atuar contra aeronaves, quer estejam sendo empregadas por forças inimigas – no caso do estado de beligerância –, quer estejam sendo empregadas por forças adversas – no caso de atividades ilícitas.

Neste breve trabalho, abordaremos apenas os aspectos jurídicos do emprego dos meios terrestres e, em especial, os meios de defesa antiaérea.

Inicialmente, cabe esclarecer que toda atividade humana encontra limites legais e com a atividade militar não é diferente. Desde há muito a comunidade internacional estabeleceu regras impondo comportamentos humanos aos combatentes. Percebeu-se que submeter os inimigos a sofrimentos desnecessários e desproporcionais, além de não se coadunar com o princípio da humanidade, não traz nenhuma vantagem militar. Primeiramente, as regras foram costumeiras e, gradativamente, foram sendo positivadas, havendo atualmente, um arcabouço jurídico vasto e complexo<sup>1</sup>. Algumas dessas normas também são dirigidas ao tempo de paz.

O mesmo se diz do combate à criminalidade ou da manutenção da ordem pública, onde a atuação preventiva e repressiva do Estado encontra rígidos parâmetros legais.

Retornando ao tema principal, por óbvio, o emprego do armamento antiaéreo terá como efeito principal o abate da aeronave hostil. Somente por acaso haverá sobreviventes. Nesse contexto, em que o resultado esperado é a morte é que avultam de importância os reflexos jurídicos da ação militar, qual seja: o tiro antiaéreo.

Tais reflexos jurídicos serão tratados conforme a situação institucional vivida pelo país no momento do fato (*tempus regit actum*). Daí a necessidade de, primeiramente estudá-la, eis que o chefe militar deve conhecê-la perfeitamente, a fim de que estabeleça regras de engajamento adequadas e não cometa abusos.

Acrescente-se que o emprego do vetor aéreo, como sói acontecer, caracteriza o divisor de águas de uma situação para outra, qual seja: da calma para a crise, da paz para a guerra ou, da normalidade institucional para o estado de sítio ou de defesa. Nesse passo, a defesa antiaérea deverá estar em condições de atuar antes mesmo que as autoridades nacionais tomem as medidas necessárias a uma mudança de postura em face da ameaça. É da caserna que “a antiaérea atua no primeiro minuto do combate”.

Daí porque faz-se necessário estar em condições de reagir, imediatamente, migrando de uma situação para outra, sem solução de continuidade. Passemos ao estudo das diversas situações que possam emoldurar o emprego da artilharia antiaérea.

## **2. O AMBIENTE JURÍDICO**

### **2.1. Conflito armado internacional**

Tradicionalmente, pode ser definido como a situação de beligerância entre Estados, é o estado de guerra. A Constituição Federal brasileira trata do tema em diversos dispositivos: art. 84, XIX (cabe ao Presidente da República declarar a guerra no caso de agressão estrangeira); art. 49, II (cabe ao Congresso Nacional autorizar o Presidente da República a declarar a guerra); art. 91, §1º (cabe ao Conselho de Defesa Nacional opinar nas hipóteses de declaração de guerra); art. 137, II (declaração do estado de sítio em caso de guerra ou resposta a agressão estrangeira); art. 148 (instituição de empréstimos compulsórios em caso de guerra externa) e outros.

A Carta das Nações Unidas de 19452 emprega os termos “guerra” (preâmbulo) e outros correlatos, tais como: “ameaça à paz e segurança internacionais” (art. 33, “1”), “ameaça à paz”, “ruptura da paz” ou “ato de agressão” (art. 39) para tratar da situação de beligerância ou sua iminência.

A matéria é tratada de forma mais amíúde pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) e os principais textos normativos são as “Quatro Convenções de Genebra de 1949” e o “Protocolo I Adicional de 19773”, abarcando a guerra – declarada ou não, ou ainda, reconhecida ou não por uma ou todas as partes envolvidas –; os casos de ocupação territorial estrangeira, ainda que sem resistência militar; lutas contra a dominação colonial; e a luta contra regimes racistas4.

A relevância de se delimitar esta situação no presente trabalho, encontra-se no fato de a artilharia antiaérea, ainda que em período de normalidade institucional, poder ser empregada em tempo de paz e enfrentar atos de guerra. Acrescente-se que nessa situação, o emprego dos meios militares encontra limites de atuação bem mais amplos, como será exposto adiante.

### **2.2. Conflito armado não internacional**

A Constituição Federal não trata desta hipótese. Vale dizer, não contempla a chamada “guerra civil”. Todo conflito armado é de todo indesejável – e proibido pela lei interna e internacional – , mormente se este ocorrer no território pátrio e envolver compatriotas. Ocorre que, apesar de indesejável e ilícito, é possível que aconteça. Infelizmente, encontramos diversos episódios na história nacional em que eclodiram conflitos dessa natureza, tais como as Guerras da Independência, a Revolução Farroupilha, a Revolução Constitucionalista de 1932 e muitos outros.

O texto legal que trata desta espécie é o “Protocolo II Adicional de 1977, às Convenções de Genebra de 1949”. Encontram-se nessa situação os conflitos que se desenrolem no território de um Estado, entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes; ou entre grupos armados organizados que, sob a chefia de um comandante responsável, exerçam sobre uma parte de seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e concertadas, aplicando o referido tratado<sup>6</sup>. Tal acordo exclui as situações de tensão e perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados, esporádicos e outros análogos.

Repita-se aqui, o que foi afirmado acerca da relevância do estudo das hipóteses de conflito armado internacional. Reitere-se, nesta hipótese, os limites de atuação da tropa são mais amplos e as implicações jurídicas do emprego do tiro antiaéreo serão expostas a seguir.

### **2.3. Estado de defesa**

Situação prevista na Constituição Federal (art. 136) em que são tomadas algumas medidas restritivas às liberdades individuais e coletivas a fim de preservar ou restabelecer “em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza”.

Para o estado de defesa, as limitações ao tiro antiaéreo são idênticas ao período de normalidade institucional, como será abordado mais abaixo.

### **2.4. Estado de sítio**

Esta situação abrange duas hipóteses elencadas no art. 137 da Constituição Federal (CF/88).

A primeira (art. 137, I da CF/88) é a “comoção de grave repercussão nacional ou a ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia das medidas tomadas durante o estado de defesa”. Nesta hipótese, a tiro antiaéreo receberá o mesmo tratamento jurídico das situações de normalidade institucional.

A outra possibilidade (art. 137, II da CF/88) é a declaração do estado de sítio com base em “guerra externa”. Aplica-se aqui as regras dos conflitos armados internacionais.

Como já afirmado, a nossa Lei Maior não contemplou as hipóteses de guerra civil (conflito armado não internacional). Entretanto, se esta ocorrer, as regras também serão as do DIH, com regramento mais permissivo, onde a tropa atua com maior **liberdade**.

## **2.5. Estado de normalidade institucional**

De forma residual, esta situação abarca todas aquelas não tratadas acima. Vale dizer: se não há guerra externa (conflito armado internacional), guerra civil (conflito armado não internacional), estado de sítio ou de defesa, a situação é de normalidade institucional.

Esta é a hipótese em que normalmente a tropa federal é empregada. Nesta situação as hipóteses que ensejam o tiro antiaéreo são bastante restritas, como será tratado logo a seguir.

## **2.6. E os atos de terrorismo?**

Tema intrincado e controverso é a situação jurídica dos atos de terrorismo. A nossa Carta Magna, em seu art. 4º, inciso VIII, ao tratar dos princípios que regem as relações internacionais menciona o “repúdio ao terrorismo”. Prossegue o legislador constituinte no art. 5º, inciso XLIII, estabelecendo que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”, dentre outras espécies, o “terrorismo”.

O Brasil promulgou a Lei nº 10.744/03 que “Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas

por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo” (grifamos). Tal norma não possui disposições penais, ocupa-se apenas do aspecto indenizatório e da responsabilidade indenizatória do Estado brasileiro. Entretanto, o legislador, no art. 1º, § 4º da referida lei, definiu o “ato terrorista” da seguinte forma:

§ 4o Entende-se por ato terrorista qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional (grifamos).

Convenhamos, a definição não é esclarecedora.

Outros Estados tipificaram o “terrorismo” como crime<sup>7</sup>. Já o legislador brasileiro, assim ainda não procedeu. Neste ponto, foi encaminhado ao Senado Federal um anteprojeto de lei propondo a criação de um novo Código Penal que, na sua Parte Especial, dedica um capítulo a essa espécie. Entretanto, por ora, na seara penal, haja vista o princípio da legalidade<sup>8</sup>, atualmente nem há como atender o comando constitucional de vedar a anistia, a graça ou o indulto aos atos que sejam reputados terroristas.

Segundo a lição de Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro, em sua obra *Terrorismo e Crime Organizado*, editora Quartier Latin, 2009, o terrorismo, de acordo com a motivação que o impulsiona, pode assumir as tipologias de revolucionário, sub-revolucionário, repressivo, separatista, narcocriminal ou tradicionalista-religioso, além de outras subdivisões.

Prossegue o autor, apontando como características do terrorismo a natureza indiscriminada (qualquer pessoa ou instituição pode ser alvo da causa), imprevisibilidade e arbitrariedade (não é possível saber onde e quando irá ocorrer, impondo sentimento de fobia em determinada população), gravidade ou espetacularidade (a despeito de causar menos baixas que a criminalidade comum, a crueldade que caracteriza o terrorismo o distingue no inconsciente coletivo) e caráter amoral e de anomia (os terroristas demonstram desprezo pelos valores morais vigentes).

O assunto é demasiado amplo e o tratamento dispensado pelos Estados, organismos internacionais e doutrinadores não é pacífico. Por isso, não nos aprofundaremos no tema. Limitar-nos-emos a abordar os atos terroristas praticados a bordo de aeronaves, bem como o regime jurídico aplicável.

No caso dos ataques terroristas ao território americano no dia 11/09/2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, por meio da Resolução 1368 de 12/09/20019, considerou aqueles atos como “ameaças à paz e à segurança internacionais” e reconheceu o “direito inerente à legítima defesa individual ou coletiva conforme a Carta da ONU”, o que levou boa parte da comunidade internacional a concordar que se estava diante de um Conflito Armado Internacional, regido portanto, pelas Convenções de Genebra.

Após extenso estudo sobre o tema, o Professor José Cretella Neto, em sua obra *Terrorismo Internacional – Inimigo sem rosto – Combatente sem Pátria*, editora Millenium, 2008, página 273, assim concluiu sobre o caso:

Portanto, para terroristas capturados em solo afegão, durante os combates, o tratamento jurídico adequado deve ser o das Convenções de Genebra e os respectivos Protocolos, enquanto que, a terroristas capturados em outras circunstâncias, deve ser aplicada a lei do Estado onde forem presos – frequentemente, resultado da internalização de tratados firmados por esse Estado – ou, se isso não ocorrer, deverá ser efetuada a extradição dos acusados para países aptos a julgá-los segundo as leis penais internas (grifei).

Conclui-se que dependendo da motivação (ideológica ou criminosa) ou do local onde atue (território próprio ou estrangeiro), o ato terrorista poderá ensejar a aplicação das normas atinentes aos Conflitos Armados (internacionais ou não internacionais), com ampla liberdade de atuação da tropa; ou, ainda, das normas relativas à situação de normalidade institucional, com medidas mais restritivas.

### **3. O SISTEMA DE DEFESA ANTIAÉREA**

Antes de enfrentar os aspectos jurídicos resultantes do tiro antiaéreo, faz-se mister esclarecer o modo pelo qual atua a artilharia antiaérea, a fim de delimitar as responsabilidades. Há uma gama de órgãos que atuam nessa tarefa e é sob as ações humanas de seus integrantes é que pode pesar a responsabilidade jurídica.

Frise-se: da série de ações encadeadas dos diversos órgãos e pessoas é que reside a análise jurídica e repousa a responsabilidade, daí a relevância de abordarmos, também, este aspecto.

#### **3.1. O sistema de defesa antiaérea.**

A estrutura dos meios militares terrestres de combate é integrada por cinco sistemas: manobra, apoio de fogo, mobilidade e contramobilidade, comando, logística e defesa antiaérea. Por sua vez, o sistema de defesa antiaérea destina-se – como próprio nome está a indicar –, à defesa de pontos, áreas sensíveis e instalações de infraestrutura crítica contra ataques aéreos. Subdivide-se nos subsistemas de controle a alerta, de armas e de logística.

O subsistema de controle e alerta destina-se à detecção e identificação das aeronaves que sobrevoam o espaço de responsabilidade de determinada Unidade. Destina-se, também, ao comando e controle do sistema de armas, fornecendo, ainda, o alerta antecipado, designando alvos a serem abatidos e estabelecendo medidas restritivas ou permissivas ao tiro antiaéreo.

Por sua vez, o subsistema de armas, também é capaz de detectar e identificar aeronaves. Ocorre que o faz de forma mais aproximada, no entorno do ponto, aérea sensível ou instalação de infraestrutura crítica defendida por meios de artilharia antiaérea. É o subsistema que executa o tiro.

Já o subsistema de logística, destina-se a fornecer o suporte para o funcionamento dos demais subsistemas. Exerce atividades de pessoal, saúde, transporte, manutenção e suprimento.

### **3.2. O sistema de defesa aeroespacial.**

A par dos sistemas terrestres de combate, a defesa antiaérea também é parte integrante do sistema de defesa aeroespacial que apresenta duas vertentes: o sistema de defesa aeroespacial brasileiro (SISDABRA), e o Sistema de Controle Aerotático (SCAT).

O primeiro (SISDABRA), tem a função de defender o espaço aéreo sobrejacente ao território brasileiro. O segundo (SCAT), só ativado em caso de guerra, destina-se a ao controle do espaço aéreo sobrejacente ao teatro de operações.

Ambos são integrados por órgãos de controle aéreo militares (OCOAM) que se destinam a identificar e alocar alvos ao braço armado do sistema. Ambos também são integrados por meios de detecção (radares, aeronaves tipo AEW) e meios e comunicações capazes de atuar de forma bem mais longínqua do que os meios de detecção da antiaérea. O braço armado de ambos os sistemas é composto por unidades aéreas (dotadas de aeronaves de combate) e antiaéreas (dotadas de mísseis

ou canhões solo-ar, além dos outros subsistemas expostos no item 3.1. acima).

### **3.3. Cadeia de ações que resultam no tiro antiaéreo.**

Assim que uma aeronave ingressa no espaço aéreo ela é detectada por um dos meios do SISDABRA (território nacional) ou do SCAT (teatro de operações). Feita a detecção, uma equipe de militares do órgão de controle aéreo militar (OCOAM) providenciará a identificação. Tal operação poderá resultar numa aeronave amiga (comercial, privada ou militar), inimiga (hostil) ou não identificada.

O passo seguinte, em caso de aeronaves hostis ou não identificadas é a alocação desse vetor para um dos meios do sistema: unidades aéreas (dotadas de aviões de combate) ou antiaéreas.

Alocado o alvo para o sistema de defesa antiaérea, passará a atuar o subsistema de controle e alerta. Serão emitidos comandos pelos Centros de Operações de Artilharia Antiaérea (COAAe) para o acionamento dos radares, os meios de detecção passarão a buscar a aeronave alocada; serão emitidos pelos COAAe, ainda, comandos que restrinjam ou ampliem a execução do tiro, quais sejam: 1) abertura de fogo contra qualquer aeronave que adentre ao volume de responsabilidade; 2) abertura de fogo somente contra aeronaves identificadas como hostis ou não identificadas; e 3) abertura de fogo somente contra aeronaves hostis.

Emitido o alerta para o subsistema de armas, este executará o tiro, conforme os parâmetros estabelecidos pelo sistema de controle e alerta.

Por óbvio, existe a possibilidade de o vetor hostil se furtrar de todos ou parte dos elos desse sistema, fazendo com que alguns órgãos atuem de forma autônoma, decidindo e atuando de forma isolada.

A relevância de tratarmos dessas minúcias, reside no fato de que tais condutas humanas, em caso do abate de aeronave, serão analisadas à luz da estrutura analítica do crime.

## **4. ESTRUTURA ANALÍTICA DO CRIME**

Os reflexos jurídicos do tiro antiaéreo podem – ou não – afetar as esferas criminal, civil e administrativa, todas independentes entre si. Neste tópico, abordaremos os

aspectos criminais.

Segundo a doutrina majoritária, crime é fato típico, ilícito e culpável.

#### **4.1. Tipicidade.**

A tipicidade é integrada por uma conduta humana (comissiva ou omissiva), um resultado, entre a conduta e o resultado deve haver um nexo de causalidade e, por fim, deve haver a subsunção da conduta a um tipo penal.

##### **4.1.1. Resultado.**

Trazendo o conceito analítico do crime para a atividade militar em apreço, os resultados previsíveis e oriundos do tiro antiaéreo são os danos na aeronave e as lesões corporais ou óbitos dos tripulantes ou ocupantes desse vetor aéreo. Admitese, ainda, como resultados os danos às propriedades e lesões corporais ou óbitos nas pessoas que forem atingidas pelas munições que não acertarem o alvo ou que não se autodestruam antes de atingir esses bens. Acrescente-se a isso, os efeitos da queda e explosão da aeronave.

##### **4.1.2. Subsunção à norma penal.**

Os resultados do tiro antiaéreo, podem se amoldar aos tipos penais militares do homicídio (art. 205 do CPM), da lesão corporal (art. 209 do CPM), do dano (art. 259 do CPM) e outros.

##### **4.1.3. Conduta humana**

Somente o ser humano pode figurar no polo passivo de uma ação penal e, por consequência, ser autor de crime<sup>10</sup>. Para que haja crime, é essencial que exista uma conduta comissiva – um fazer – ou omissiva – um deixar de fazer.

Como será exposto abaixo, são exemplos de condutas humanas comissivas que provocam o tiro antiaéreo municiar o canhão, abastecer o gerador, fazer a pontaria, designar o alvo, alocar o alvo, emitir o alerta antecipado e outras. São exemplos de condutas omissivas: deixar de delimitar o setor de tiro, deixar de determinar o “cessar fogo”, caso verifique que a aeronave tida como hostil é amiga, sendo possível fazê-lo e outras.

#### 4.1.4. Nexo causal

De acordo com o mandamento da norma inserta no art. 29 do CPM, considera-se causa “a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Neste ponto, a lei penal militar adotou a teoria da equivalência das condições, também conhecida como a teoria da *conditio sine qua non*.

Não se diferencia causa de condição. Para que se saiba se determinado antecedente é causa do resultado, deve-se recorrer ao chamado juízo hipotético de eliminação, que se faz da seguinte forma: indaga-se se determinado comportamento não tivesse ocorrido, o resultado teria surgido mesmo assim. No caso do tiro antiaéreo, faríamos o raciocínio:

- se cada integrante guarnição do canhão não tivesse tomado todas as medidas necessárias ao tiro (abastecimento, ligar o gerador, fazer a pontaria recíproca, liberar o registro de tiro e segurança, colocado o armamento em controle remoto e outros), o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?

- se o comandante da seção não tivesse apertado o botão “fogo” no painel do equipamento de direção de tiro, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?

- se o comandante do dispositivo de defesa antiaérea, atuando no COAAe, não tivesse designado o alvo para o comandante da seção, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?

- se o oficial de ligação terrestre não tivesse designado o alvo para o COAAe, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?

- se o oficial alocador de armas não tivesse alocado o alvo para a artilharia antiaérea, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?

- se o graduado responsável pela identificação da aeronave, não a tivesse identificado como inimiga, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?

Como a resposta a todas as indagações é positiva, de acordo com o art. 29 do CPM, todos esses militares causaram a morte dos integrantes da aeronave abati-

da. Advirta-se que de acordo com a lei, o retrocesso na cadeia causal é ilimitado, abrangendo, inclusive, o fabricante do armamento e da munição. Para que se evite um retrocesso infinito, deve ser feita a análise do aspecto psicológico (subjetivo), recaindo a imputação sobre os agentes que atuaram com dolo ou culpa.

## **4.2. Ilicitude**

É a contrariedade da conduta humana à norma penal. Via de regra, todo fato típico também é ilícito. Entretanto, há hipóteses em que apesar de o fato ser típico, encontra-se amparado por uma excludente. São elas o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

### **4.2.1. Legítima defesa**

A título de exemplo, pode ser que para preservar direito próprio ou alheio (vida), todos os integrantes do sistema de defesa antiaérea tenham abatido a aeronave hostil, provocando a morte dos ocupantes daquele vetor, repelindo aquela injusta agressão (o vetor iria chocar-se contra um ponto defendido, onde havia diversos civis), que era atual (estava acontecendo) ou iminente (estava por ocorrer), usando moderadamente os meios (o tiro antiaéreo, era o único meio disponível para fazer cessar aquela agressão). Tem-se aqui a legítima defesa na forma do art. 44 do CPM.

### **4.2.2. Estrito cumprimento do dever legal**

A hipótese acima também pode se enquadrar no estrito cumprimento do dever, eis que os artilheiros antiaéreos tinham o dever de proteger aquelas pessoas e bens que ocupavam a instalação defendida.

### **4.2.3. Estado de necessidade**

O Código Penal Militar, no que toca ao estado de necessidade, adota a teoria diferenciadora, havendo duas espécies, o estado de necessidade justificante (art. 43 do CPM), que exclui a ilicitude, e o estado de necessidade exculpante (art. 39 do CPM), que exclui a culpabilidade.

No estado de necessidade, há uma ponderação de valores, sacrificando-se um bem jurídico, a fim de proteger outro. Também a título de exemplo, pode ser que para

preservar direito próprio ou alheio (vidas de milhares de civis que participam de uma solenidade em um estádio), de perigo certo e atual (ataque terrorista suicida a bordo de aeronave), abata-se o vetor aéreo hostil, fazendo que com a queda da aeronave ocorra sobre área industrial, danificando o patrimônio alheio e, eventualmente, algumas vidas, e o mal causado (algumas vidas e dano patrimonial), é consideravelmente inferior ao mal evitado (morte de milhares de civis). Tem-se aqui o estado de necessidade justificante (art. 43 do CPM).

### 4.3. Culpabilidade

É a reprovabilidade ou censurabilidade da conduta humana típica e ilícita. É integrada pela imputabilidade e pela inexigibilidade de conduta diversa. Para a lei penal militar (art. 33 do CPM), de orientação causalista, a culpabilidade é integrada, também, pelo elemento psicológico, qual seja, o dolo e a culpa.

#### 4.3.1. Imputabilidade

Em poucas linhas, é a capacidade penal. O autor dos fatos deve ter atingido a maioridade, ser maior de 18 anos e . Advirta-se que as normas contidas nos artigos 50 e 51 do CPM, não foram recepcionadas pela nova Constituição, estando derrogadas, por força do art. 228 da CF/88:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial.

Apenas de passagem, caso haja militares menores de dezoito anos, como os voluntários, nos termos da Lei do Serviço Militar, alunos ou cadetes, estes, são inimputáveis, responderão por seus atos na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ainda nesse ponto, há quem entenda que por força do ECA, nem poderiam manusear armas.

No que toca aos menores de quinze anos, como os alunos das escolas preparatórias e do Colégio Naval, a matéria foi objeto de tratado internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)<sup>11</sup> que em seu art. 38 veda a participação em conflitos, daqueles que não tenham completado essa idade. No mesmo sentido o art. 77, “2” do Protocolo I à Convenções de Genebra de 1949 e art. 8º, § 2º, alínea “b”, inciso XXVI do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional.

Ainda quanto à imputabilidade, o agente deve, ao tempo da ação, ser capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 48 do CPM). É o chamado sistema biopsicológico adotado pela lei penal militar: a imputabilidade só é excluída se o agente, em razão da enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético jurídico e autodeterminação.

#### **4.3.2. Dolo**

Conforme as teorias adotadas pelo CPM em seu art. 33, I, dolo é a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (teoria da vontade, dolo direto) ou de realizar a conduta assumindo o resultado (teoria do assentimento, dolo indireto).

Mais uma vez, a título de exemplo, no caso do artilheiro antiaéreo, quando do tiro, o dolo é a vontade de realizar a conduta (municiar, apertar o botão fogo, disparar o míssil, etc.) e produzir o resultado (queda da aeronave, morte dos ocupantes, etc.): dolo direto. Ou ainda, a vontade de realizar a conduta (disparo do míssil, etc.), assumindo – admitindo – o resultado (queda da aeronave em área habitada, tiros que não atinjam o alvo provocando outros danos, etc.).

#### **4.3.3. Culpa**

Na forma do art. 33, II do CPM, é a falta de cautela, atenção ou cuidado, bem como a ausência de previsibilidade. Trazendo para o emprego da antiaérea, imaginemos as seguintes situações:

- o militar que se esquece de acionar o sistema IFF e abate aeronave amiga, terá agido com culpa, ao atuar com a falta de cautela e atenção necessários;

- já o militar que deixa de limitar o setor de tiro em que haja bens a serem protegidos, supondo que não executaria disparo em determinada direção e acaba tendo que executar o disparo, provocando danos (pessoais ou materiais), terá agido com a falta de previsibilidade (culpa consciente ou inconsciente, conforme o caso).

#### **4.4.4. Inexigibilidade de conduta diversa**

Comporta uma série de situações que excluem a responsabilidade penal. Veja-

mos.

#### **4.4.1.1. Estado de necessidade exculpante**

É a hipótese prevista no art. 39 do CPM, em que para a proteção de direito próprio ou alheio, pertencente à pessoa que possua estreitas relações de afinidade, sacrifica-se direito de terceiro, ainda que superior ao direito protegido. Tem-se aqui, também, como já exposto no item 4.2.3 acima, ponderação de valores. Não se vislumbra uma aplicação prática no caso do emprego da tropa antiaérea.

#### **4.4.1.2. Coação irresistível**

Tem-se aqui uma imposição contra a qual o agente não pode resistir. O agente atua mediante vontade de outrem sem que possa reagir. Por exemplo, age com uma arma na cabeça. Neste caso não há responsabilidade penal de quem executa a ação.

Por exceção, é possível ao comandante militar, em situações extremas, atuar com violência de forma a compelir seus subordinados a cumprirem o dever, com o intuito de salvar a unidade, executar serviços e manobras urgentes ou evitar o desânimo, o terror, a desordem ou o saque. Nesse “ponto, o art. 42, parágrafo único do CPM menciona a figura do comandante de navio, aeronave ou praça de guerra” como os destinatários desse permissivo legal.

#### **4.4.1.3. Obediência hierárquica**

É a situação da grande maioria dos integrantes do sistema de artilharia antiaérea. Ainda que seus chefes sejam responsabilizados, aquele que municionou o canhão, abasteceu o gerador ou executou o tiro, se estava sob o mando de algum superior, ficará isento da responsabilidade penal. O § 1º do art. 38 do CPM estabelece que “responde pelo crime, o autor da coação ou da ordem”.

É certo que os subordinados não devem obedecer as ordens manifestamente ilegais, por força do mandamento contido no art. 38, § 2º do CPM, ocorre que no meio castrense, em situações de crise, durante as operações militares, a obediência deve ser cega.

#### **4.3.2. Erros essenciais**

No Direito Penal Militar, os erros essenciais podem assumir a forma do erro de direito e do erro de fato, diferentemente do que ocorre com o Direito Penal comum, que possui institutos próprios (erro de tipo e de proibição), que são substancialmente diferentes.

#### **4.3.2.1. Erro de direito**

É possível que o militar atue pensando estar agindo de forma lícita, por força de uma falsa compreensão da lei, quer seja por ignorância ou por erro de interpretação. Examinemos o exemplo de um soldado, isolado e armado com um míssil, e acreditando ser possível valer-se da Lei do Abate, atinge a aeronave, matando todos os seus ocupantes.

Como será exposto abaixo, a Lei do Abate<sup>12</sup> não se aplica à artilharia antiaérea.

Se se entender que o erro é escusável, uma vez que o agente eram um soldado com baixo nível de instrução, sua pena será atenuada ou substituída por outra menos grave, conforme determina o art. 35 do CPM.

#### **4.3.2.2. Erro de fato**

Creio que neste ponto reside a maior possibilidade de incidência de eventos envolvendo o tiro antiaéreo. É possível que aeronaves se furtem aos meios de detecção, sendo percebidas somente pelos sistemas de armas. As distâncias percorridas pelos vetores aéreos são gigantescas, atingem milhares de quilômetros. Os responsáveis pela identificação não as visualizam, examinam um sinal na tela e analisam parâmetros como velocidade, altura de voo e outros. Muito raramente ocorre a identificação visual. Os voos podem ocorrer no período noturno, o que dificulta a observação. O tráfego no espaço aéreo brasileiro é intenso. Aeronaves comerciais ou privadas podem ser utilizadas nos ataques. Quando o vetor aéreo atinge o alcance dos meios de detecção da artilharia antiaérea, o tempo de reação é bastante exíguo, chegando a ser menor que uma dezena de segundos<sup>13</sup>. Até aqueles que guarnecem os sistemas de armas, chegam a executar o disparo, sem visualizar o alvo, confiando nos sistemas automáticos de direção de tiro. Neste cenário, a probabilidade de erro é enorme.

O instituto do erro de fato, previsto no art. 36 do CPM, “isenta de pena” aquele que supõe, por “erro plenamente escusável, a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima”.

Nessas circunstâncias, o militar que abrir fogo contra aeronave amiga ou civil, imaginando – dede que sua conduta seja escusável – estar executando o tiro contra vetor hostil, ficará isento da pena, vale dizer: fica excluído o dolo e, por consequência, a culpabilidade, não havendo que se falar em crime. Se o erro, a falsa percepção da realidade, derivar de culpa, o autor dos fatos responderá por crime culposos.

## 5. RESPONSABILIDADE CIVIL

A par da responsabilidade penal, figura a responsabilidade civil. Todo ilícito penal também é um ilícito civil. Havendo condenação criminal transitada em julgado, a decisão judicial (sentença ou acórdão) poderá ser executada afim de que se obtenha indenização ou obrigação de fazer (reconstruir, reparar, fornecer atendimento de saúde e outros). É a chamada ação civil ex delicto prevista no art. 63 do CPP comum, combinado com o art. 3º, “a” do CPPM e art. 475N do Código de Processo Civil: “São títulos executivos judiciais: (...) II – a sentença penal condenatória transitada em julgado”.

Ainda que não haja responsabilidade penal a apurar, havendo dano (abate da aeronave, morte, lesões, danos a pessoas e bens localizados em terra e que tenham sido avariados ou feridos pelas munições que não atingiram o alvo ou pela própria queda da aeronave) e este sendo provocado pela ação da artilharia antiaérea (nexo causal), a responsabilidade do Estado é objetiva, não se devendo perquirir sobre a presença de dolo ou culpa. É o mandamento contido no art. 37, § 6º da CF/88:

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Havendo culpa ou dolo por parte do militar, este poderá ser acionado, de forma regressiva pelo Estado, a fim de indenizar o dano provocado por sua ação. Ressalte-se que os parâmetros do Direito Penal e do Direito Civil, no que tange à dolo e culpa são diferentes. As esferas penal e civil são independentes. É possível absolvição no crime e condenação no civil. Apenas por exceção – quando se reconhece a inexistência do fato ou a negativa de autoria – é que a decisão criminal vincula a

civil. Vejamos o que estabelece o art. 935 do Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência de fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

## 6. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL E POLÍTICA

Os quatro primeiros órgãos elencados abaixo possuem natureza jurisdicional. Já aqueles que serão mencionados no item 6.5 têm natureza política.

### 6.1. Justiça Militar da União

Compete à Justiça Militar da União, processar e julgar os crimes militares praticados pelos militares federais ou ainda, por civis, quando atentarem contra as instituições militares federais. Apenas de passagem, para que o crime seja militar, é necessário que encontre tipicidade na Parte Geral do CPM e que incida numa das hipóteses do art. 9º (tempo de paz) ou do art. 10 (tempo de guerra) do mesmo Código.

Via de regra, o artilheiro antiaéreo, se praticar crime nessa condição, incidirá na hipótese do art. 9º, II, alínea “c” do CPM:

Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

(...)

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

### 6.2. Tribunal do júri?

O art. 9º, parágrafo único do CPM subtraiu a competência da Justiça Militar para processo e julgamento dos crimes contra a vida, tendo como vítimas civis. A questão ainda não se encontra assentada no âmbito da Justiça Militar da União. Há julgados declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade desse dispositivo legal<sup>14</sup>. Já no âmbito estadual, a Emenda Constitucional nº 45/2004 pôs fim à ce-leuma, com a nova redação dada ao § 4º do art. 125 da CR/88, que expressamente prevê a competência do júri, quando a vítima for civil.

Ocorre que a matéria não é pacífica, um caso de repercussão pode reacender a polêmica. Atualmente, a tendência é que seja considerada competente a Justiça Militar da União.

### **6.3. Justiça Federal**

A atividade militar (tiro antiaéreo), em face do emprego dos meios altamente le-sivos que utiliza, poderá ensejar a propositura de ações cíveis (não penais), como exposto no item 5 acima. O órgão jurisdicional competente, consoante a norma do art. 109 da CF/88 é a Justiça Federal. Além disso, os crimes praticados pelos militares no exercício de suas funções e que não encontrarem adequação ao CPM, também serão julgados por esse ramo do judiciário. Há, ainda, a possibilidade que esse ramo da justiça julgue os crimes dolosos contra a vida de civis, praticados por militares no exercício de suas funções, se esta competência for reconhecida como do júri, como exposto no item 6.2 supra. Ressalte-se que, neste último caso, o ór-gão competente é o tribunal do júri federal.

### **6.4. Tribunal Penal Internacional (TPI)**

A competência do TPI se encontra estabelecida no Estatuto de Roma (ER)<sup>15</sup> em seu art. 5º, que enumera os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. A competência dessa corte internacional é complementar e subsidiá-ria à jurisdição interna e só atuará se o Estado onde ocorram os crimes for omissivo, parcial ou não tiver condições de apurar, processar e julgar as violações ao direito penal internacional. Acrescente-se que o TPI se ocupa de graves, reiteradas e sis-temáticas violações.

É possível que no desempenho das missões atinentes ao artilheiro antiaéreo, este viole tais normas. Esclareça-se que a grande maioria dos bens protegidos pelo ER já se encontram tipificados como crimes no ordenamento jurídico brasileiro.

Repita-se, somente se o Estado brasileiro não apurar os fatos adequadamente é que incidirá a competência do TPI. Frise-se que o que se espera é um processo justo. Não se coaduna com o espírito do ER perseguição, rigor abusivo nem tampouco leniência ou corporativismo. Deve haver justiça, quer condenando ou absolvendo.

Cabe esclarecer que só podem figurar como réus no TPI pessoas naturais, os Estados não são processados nessa corte. Nesse ponto, avulta de importância a responsabilidade dos comandantes

### **6.5. Organizações internacionais de defesa dos Direitos Humanos**

Como já afirmado acima, as organizações internacionais de defesa dos Direitos Humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos não são órgãos jurisdicionais. Conforme conceitua o Professor Francisco Rezek, em sua obra Direito Internacional Público, publicado pela editora Saraiva, 9ª edição, são órgãos de natureza política. Existe a possibilidade de o Estado brasileiro figurar no polo passivo de contendas internacionais e vir a ser alvo de resoluções e recomendações, com o objetivo de fazer cessar determinada atividade militar e indenizar os danos provocados.

Apesar de não ser este o escopo principal de determinados organismos como o Conselho de Segurança da ONU, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e outros, existe, ainda, a possibilidade destes tomarem decisões gravosas contra o Estado brasileiro, em caso de violações ao Direito Internacional como um todo, e em especial aos Direitos Humanos. Frise-se que nesses foros internacionais, ao contrário do que ocorre com o TPI, quem figura no polo passivo da demanda é o Estado e não o indivíduo.

## **7. HIPÓTESES DE EMPREGO E REFLEXOS JURÍDICOS**

### **7.1. Conflitos armados (internacionais ou não internacionais)**

Inicialmente, advirta-se que as regras aplicáveis aos conflitos internos e internacionais são praticamente as mesmas, ao menos no que tange aos pontos que serão abordados neste trabalho.

Ainda que a artilharia antiaérea seja empregada em situação de normalidade insti-

tucional, se houver um ataque contra o território nacional, o regime jurídico será o aplicável aos conflitos armados, aparelhado por extensos, complexos e esparsos diplomas internacionais, destacando-se as já citadas Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977. Acrescente-se aos tratados internacionais, a legislação interna, integrada, principalmente, pelo Código Penal Militar e pelo Código de Processo Penal Militar.

No que tange ao emprego da artilharia antiaérea, destacam-se algumas normas. Vejamos apenas as principais.

### **7.1.1. Objetivo militar**

As ações militares – no caso em tela, o tiro antiaéreo – deve se limitar aos objetivos militares. Objetivos militares são aqueles que pela sua natureza, localização, finalidade e utilização, se destruídos, capturados ou neutralizados, ofereçam vantagem militar. Vejamos alguns exemplos para elucidar a questão:

- natureza: uma escola, uma igreja, uma aeronave comercial de carga, uma aeronave comercial de passageiros, um helicóptero civil, uma aeronave militar de qualquer espécie;
- localização: em um centro urbano, próximo a um centro de comando militar, em uma rota comercial, sobrevoando o volume de responsabilidade de um dispositivo de defesa antiaérea;
- finalidade: educar pessoas, celebrar cultos religiosos, transportar passageiros, desempenhar missões militares (apoio aéreo, ataques, etc.);
- utilização: armazenar munições, transporte comercial, reconhecimento aéreo, ataque aéreo.

Aplicando o conceito:

- se uma escola está localizada em um centro urbano para educar pessoas, será considerada um bem civil e não poderá ser atacada; já se apesar de ser escola, estiver localizada próxima a um centro de comando militar, poderá sofrer danos colaterais, uma vez que a parte, ao escolher essa posição para a instalação militar, abdicou da proteção a esse bem civil;

- se a igreja estiver sendo utilizada para cultos religiosos, será um bem civil e não poderá ser atacada; já se estiver sendo utilizada como uma posição de mísseis, poderá sofrer ataque;

- se a aeronave é comercial e está sendo utilizada para esse fim, não poderá ser atacada; se o fim for militar, perde a imunidade;

- já a aeronave militar, pela sua própria natureza, em ambiente de conflito armado, justifica o seu abate, ressalvadas algumas hipóteses como as aeronaves sanitárias.

O conceito de objetivo militar encontra-se estampado no art. 52 do Protocolo I às Convenções de Genebra. O artilheiro antiaéreo deve aplicá-lo sob duas óticas. Primeiramente, quando dispõe no terreno os diversos órgãos, poderá estar abdicando da proteção conferida a alguns bens civis. Depois, quando executa o tiro, só está autorizado a alvejar objetivos militares.

Por óbvio, como já exposto acima, a atividade de identificar o vetor aéreo hostil, é extremamente crítica e sujeita a falhas que, via de regra, no ambiente de conflito armado, são descupáveis.

### **7.1.2. Direito de legítima defesa**

De qualquer forma, se houver um ataque aéreo, ainda que em tempo de paz e em situação de normalidade institucional, a artilharia antiaérea poderá reagir, por força do que dispõe o art. 51 da Carta das Nações Unidas:

Art. 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança...

Não se deve confundir a legítima defesa no contexto do direito conferido ao Estado de se defender de um ataque com a excludente de ilicitude da legítima defesa exposta no item 4.2.1 acima.

### **7.1.3. Outros bens que gozam de proteção especial**

Não podem ser alvo da artilharia antiaérea as aeronaves sanitárias (art. 24 e seguintes do Protocolo I). A mesma proteção recebem aqueles que saltarem de paraquedas das aeronaves em perigo ou após receberem o fogo antiaéreo (art. 42 do Protocolo I): por óbvio se se tratar de tropa paraquedista, não gozam dessa imunidade.

Como já mencionado acima, os bens culturais e religiosos recebem proteção especial. Acrescente-se a esse rol as obras que liberam forças perigosas e o meio ambiente (artigos 52 a 56 do Protocolo I). Espera-se que ao estabelecer a defesa antiaérea de uma barragem hidrelétrica ou de uma usina nuclear, o reator ou o vertedouro não estejam no setor de tiro. Espera-se, ainda, que um bem cultural como o Cristo Redentor, localizado Corcovado, o Museu de Arte de São Paulo (MASP) ou a Basílica de Nossa Senhora Aparecida também não estejam no setor de tiro antiaéreo.

#### **7.1.4. Combatentes e guerrilheiros**

Os combatentes – no caso da antiaérea, a tripulação sobrevivente ao tiro – tem o direito de participar do conflito. Se capturados ou se renderem devem ser feitos prisioneiros de guerra e repatriados oportunamente. Não serão julgados, a menos que pratiquem crimes. Frise-se, combater em defesa da sua pátria não é crime. O mesmo se aplica aos guerrilheiros, no mais das vezes são considerados combatentes.

#### **7.1.5. Feridos**

Os feridos – no caso da antiaérea, a tripulação sobrevivente ao tiro – devem receber tratamento médico. Após o restabelecimento, farão jus ao correspondente estatuto, conforme tenha sido sua atuação (mercenário, combatente, espião, etc.).

#### **7.1.6. Terroristas, espiões e mercenários**

São espécies diversas. O espião é o agente que obtém informações de forma dissimulada<sup>16</sup>. Já o mercenário é aquele que atua no combate mediante vantagem pessoal. Já o terrorista foi tratado no item 2.5 acima.

Nenhum deles faz jus ao estatuto do prisioneiro de guerra. São considerados criminosos. Deverão ser processados e julgados por seus atos. As normas aplicáveis são as vigentes na República Federativa do Brasil. Ressalte-se que o espião, para o

país de origem é um herói, mas se for capturado no estrangeiro, será um criminoso.

### **7.1.7. Conclusão parcial**

Em que pese a complexidade do arcabouço jurídico que regula a situação de conflito armado, a liberdade de atuação da tropa é grande. Os danos colaterais porventura existentes são mais toleráveis. A atividade militar provocará danos de toda ordem e o combatente, atuando em respeito às leis da guerra, estará agindo sob o manto da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever (art. 42, IV do CPM).

### **7.2. Estado de defesa e estado de sítio**

No estado de defesa, as regras vigentes, no que toca à execução do tiro antiaéreo, são as mesmas para a situação de normalidade institucional. As restrições a alguns direitos individuais previstos no art. 136 da CF/88 praticamente não interferem nas operações antiaéreas. Em caso de lesão a bem jurídico (vida, patrimônio e outros), as excludentes de responsabilidade (civil e penal) são as expostas nos itens “4” e “5” acima.

O mesmo se diz em relação ao estado de sítio em caso de grave comoção nacional estabelecido no art. 137, I da CF/88, praticamente não interfere nas operações antiaéreas. Já se o motivo do estado de sítio for a guerra (art. 137, II) as regras são as já expostas no item 7.1 acima.

### **7.3. Situação de normalidade institucional**

Muito provavelmente, esta é a situação em que a artilharia antiaérea será empregada, haja vista a atual conjuntura nacional. Nesse contexto, observa-se uma crescente participação do Brasil no campo internacional: abriga embaixadas de praticamente todos os Estados, é signatário dos mais importantes tratados internacionais, possui tropa no exterior, recebe chefes de Estado oriundos de todos os matizes políticos e ideológicos, pleiteia assento permanente do Conselho de Segurança das Nações Unidas e tem abrigado importantes eventos políticos e desportivos. Já no campo interno, em que pese o desenvolvimento econômico e social que a nação brasileira vem experimentando, o crime organizado é um dos principais problemas nacionais.

Nesse cenário, no que toca ao emprego da artilharia antiaérea, existe a possibilidade do emprego em duas vertentes: forças adversas oriundas do exterior; e forças adversas atuando em proveito do crime organizado.

### **7.3.1. Forças adversas advindas do exterior**

Tendo em conta a natureza pacífica do povo e do Estado brasileiro, a hipótese de emprego da artilharia em caso de guerra, para fazer face à aeronaves de combate é extremamente remota. Mas, se houver, as regras são as aplicáveis aos conflitos armados, como já exposto acima.

Entretanto, como o país abriga embaixadas de praticamente todos os Estados, inclusive daqueles que são antagônicos a determinados grupos extremistas, é possível um ataque aéreo terrorista. Acrescente-se a isso, os grandes eventos desportivos que abrigarão chefes de estados, atletas de renome e multidões de espectadores de todas as nações. Temos aqui uma série de alvos compensadores para o terrorismo.

Havendo ataque aéreo terrorista às instalações que abrigarem eventos, embaixadas e outras, as regras aplicáveis também são as dos conflitos armados.

### **7.3.2. Forças adversas atuando em proveito do crime organizado.**

Aqui as regras para o tiro antiaéreo são bem mais restritivas. Em caso de lesão a bens jurídicos como a vida, o patrimônio e outros são as tratadas nos itens “4” e “5” acima. Digo mais, como o resultado do tiro, muito provavelmente será a morte dos ocupantes da aeronave, as hipóteses de permissivo legal para o tiro são raríssimas. O ordenamento jurídico pátrio não permite que a morte seja o método de combate ao crime.

Normalmente, o vetor aéreo é utilizado como meio de transporte pela criminalidade. Nessas circunstâncias, eis que não há violência ou grave ameaça, é incabível o tiro antiaéreo. Somente se a aeronave estiver atentando contra a vida ou a integridade de alguém é que estará autorizado o tiro. Cito como por exemplo helicópteros servindo de base de fogos para alguma empreitada criminosa. Neste caso o tiro antiaéreo fica autorizado, havendo a exclusão do crime, dependendo do caso concreto, fazendo valer um dos institutos explicados no item “4” supra.

No que tange à Lei do Abate, entendo que não se aplica à artilharia antiaérea.

Não adentrarei nos aspectos acerca de sua constitucionalidade, legalidade e aplicabilidade aos meios aéreos. Para tanto, recomendo a leitura do artigo A Soberania do Espaço Aéreo e o Tiro de Detenção, de autoria do Brigadeiro Maurício Pazini Brandão, na obra Direito Militar, Doutrina e Aplicações, editora Elsevier, edição 2011.

Vigora no Brasil o princípio da legalidade e a lei – o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) – em seu art. 303, §§ 1º e 2º, este último incluído pela Lei nº 9.614/98 (Lei do Abate), estabelece que esgotados os meios coercitivos previstos para compelir o pouso, esta será classificada como hostil, “ficando sujeita à medida de destruição”.

Essa lei foi regulamentada por meio do Decreto nº 5.144/04, que em seu art. 6º estabelece os meios e o pessoal que executarão a medida. Vejamos:

Art. 6º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDABRA;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo COMDABRA;

Notem que a execução deverá ser feita por pilotos e controladores, condição que os artilheiros antiaéreos não ostentam.

## **8. CONCLUSÃO**

Como se percebe, o tema é extremamente complexo e não há solução única. Acrescente-se que este singelo trabalho não esgota o tema. Somente o caso concreto, com as peculiaridades e especificidades das circunstâncias do momento institucional nacional e internacional e em face da atuação da força adversa é que determinarão o adequado emprego da artilharia antiaérea.

## 9. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. Comentários ao Código Penal Militar. 7. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

BRANT, L. N. C. Terrorismo e Direito. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CRETELLA NETO, J. Terrorismo Internacional. Campinas: Editora Millennium, 2008.

CRUZ, I. S. e MIGUEL, C. A. Elementos de Direito Penal Militar. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DOTTI, R. A. Curso de Direito Penal. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

EXÉRCITO BRASILEIRO. Manual de Campanha C-44-1 - Emprego da Artilharia Antiaérea. Brasília: Estabelecimento General Gustavo Cordeiro de Farias.

EXÉRCITO BRASILEIRO. Manual do Equipamento de Direção de Tiro (EDT) FILA. Rio de Janeiro: Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea.

KRIEGER, C. A. Direito Internacional Humanitário. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

LEGISLAÇÃO brasileira. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>.

MELLO, C. D. A. Direitos Humanos e Conflitos Armados. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

MEZZANOTI, G. Direito, Guerra e Terror. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

NEVES, C. R. C. e STREIFINGER, M. Manual de Direito Penal Militar. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROSSETTO, E. L. Código Penal Militar Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, A. Código Penal Militar Comentado. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

SILVA, J. A. Curso de Direito Constitucional positivo. 36. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SOUSA, M. T. C. Direito Internacional Humanitário. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

VERGUEIRO, L. F. T. Terrorismo e Crime Organizado. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

