

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.458.012 - MT (2013/0302524-7)

RECORRENTE : JAN PAUL PALADINO
RECORRENTE : JOSEPH LEPORE
ADVOGADOS : FRANCISCO PEREIRA DE QUEIROZ
PHILIPPE ALVES DO NASCIMENTO E OUTRO(S)
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
RECORRIDO : OS MESMOS
ASSIST. AC : ROSANA PRATES DE AMORIM GUTJAHR
ADVOGADO : DANTE D'AQUINO

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de recursos especiais interpostos, respectivamente, por JOSEPH LEPORE e JAN PAUL PALADINO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região.

Consta dos autos que os pilotos americanos JOSEPH LEPORE (comandante) e JAN PAUL PALADINO (co-piloto) foram condenados, pelo Juízo Federal da Vara Única da Subseção Judiciária de Sinop/MT, ambos, às **penas de 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de detenção, em regime semiaberto, sendo substituídas por duas restritivas de direitos** – prestação de serviço comunitário e proibição do exercício da profissão –, pelo crime de atentado contra a segurança de transporte aéreo previsto no art. 261, § 3.º, c.c. o art. 263, com pena cominada no art. 258, c.c. o art. 121, § 3.º, todos do Código Penal, em decorrência de suas condutas que contribuíram para o trágico acidente aéreo ocorrido em 29 de setembro de 2006, com 154 mortes, quando o avião Boeing/737-800, prefixo PR-GTD, da companhia Gol Transportes Aéreos S/A, colidiu em pleno vôo, sob o céu do Estado de Mato Grosso, com o jato Embraer/Legacy 600, prefixo N600XL.

Inconformados, apelaram os Réus, o Assistente de Acusação e o Ministério Público Federal. A Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, por maioria, deu parcial provimento aos recursos, para **reduzir as penas para 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, negando-se-lhes a substituição por penas restritivas de direitos**, consoante acórdão de fls. 5189/5219 e fls. 5223/5247. O voto-vencido aplicava pena mais grave, no patamar de quatro anos de detenção. Eis a ementa do julgado:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO. COLISÃO AÉREA. CASO GOL. VOO 1907. RAZÕES RECURSAIS DA ASSISTÊNCIA EM SEGUNDO GRAU. CULPA. DESLIGAMENTO DO TRANSPONDER. NEGLIGÊNCIA. INSTRUMENTO ANTICOLISÃO DESLIGADO. DOSIMETRIA. AGRAVANTE.

Superior Tribunal de Justiça

INOBSERVAÇÃO DE DEVER INERENTE À PROFISSÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MEDIDA INSUFICIENTE.

1. O assistente da acusação pode oferecer razões recursais em segundo grau.

2. A ausência das razões não impede o conhecimento da apelação. O Tribunal deverá apreciar o que foi posto nas alegações finais.

3. Descabe aludir litigância de má-fé, quando a defesa exerceu seu direito como considerou apropriado, sem extrapolar a razoabilidade dos pedidos.

4. É admissível a culpa inconsciente, quando o agente não prevê o resultado, embora este seja previsível. Se o agente não assume o risco de produzir o resultado, mas tão só age com negligência ou imprudência, há culpa e não dolo eventual. O dolo eventual exige que o agente haja consentido no resultado.

5. Desligamento do instrumento essencial à navegação segura – transponder – (imprudência, prática de ato perigosa) e negligência (falta de precaução) subsequente no monitoramento do painel de instrumentos, mormente quanto ao sinalizador de possíveis colisões (TCAS) que se encontrava igualmente desligado, comprovam a conduta culposa e dão suporte à condenação. Culpa inconsciente.

6. Penas-base aplicadas de forma exagerada, próximas ao máximo cominado no tipo incriminador, desconsiderando o art. 59 do Código Penal.

7. Tratando-se de acusados primários, de bons antecedentes, com personalidades normais e condutas sociais sem qualquer mácula e o comportamento das vítimas terem sido desinfluentes para a prática do crime, a pena-base, ainda assim, pode ficar superior ao mínimo cominado ao crime, se presente negativamente qualquer circunstância judicial (CP, art. 59).

8. O motivo que impede a redução da pena-base aquém do mínimo legal cominado no tipo incriminador (Enunciado 231 da Súmula do STJ) é o mesmo que veda a elevação dessa sanção acima do máximo previsto (precedente STF - HC 100.371/CE).

9. Inaplicável a agravante prevista no art. 61, II, g do Código Penal, uma vez que o verbo ali descrito é violar, cujo sentido é de ofensa voluntária, dolosa, não se coadunando com a conduta culposa descrita na denúncia, motivo da condenação.

10. Incidência da causa de aumento contida no § 4º do art. 121 do Código Penal, se o homicídio culposo resulta de inobservância de regra técnica de profissão. Inobservância e não falta.

11. As consequências do crime não podem ser sopesadas para efeito de vedação à substituição da pena privativa de liberdade, diante da proibição de interpretação da lei penal in pejus e porque o legislador penal, no inciso III do art. 44, diferentemente do art. 40, não incluiu essa circunstância judicial no rol a ser examinado pelo Juiz antes de conceder ou negar o benefício.

12. A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ainda que a política criminal moderna caminhe no sentido de evitar ao máximo o encarceramento e o crime tenha sido culposos com pena de detenção, o que recomendaria a troca, pode não ser aplicada na medida de

Superior Tribunal de Justiça

que seja insuficiente na espécie, diante da culpabilidade gravíssima e das circunstâncias graves relativas aos réus.

13. *Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não deve ser aplicada se não preenche os requisitos de prevenção individual e geral, positiva e negativa do crime.*" (fls. 5240/5241)

Seguiu-se a oposição de embargos de declaração pelas partes, mas foram rejeitados, nos termos do acórdão de fls. 5312/5318.

A Defesa, ainda inconformada, interpôs recursos extraordinário e especial, este com fulcro na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando, em síntese própria:

"(a) Contrariedade aos artigos 155, 381, III, e 386, VII, do Código de Processo Penal, uma vez que houve erro sobre critério de apreciação e valoração da prova;

(b) Contrariedade aos artigos 59 e 68 do CP e ao artigo 381, III, do Código de Processo Penal, porque a majoração da pena-base não encontra respaldo legal;

(c) Contrariedade aos artigos 1.º, 258, 261 e 121, § 4.º, do Código Penal, e artigo 619 do Código de Processo Penal, bem como negativa de vigência ao artigo 68, parágrafo único, do Código Penal, em razão da aplicação indevida no caso concreto da causa de aumento de pena prevista no § 4.º do artigo 121 do Código Penal;

(d) Contrariedade aos artigos 44 e 59 do Código Penal, e ao artigo 381, III, do Código de Processo Penal, uma vez que, embora presentes os requisitos legais, foi negado aos agravantes o direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos." (fls. 5453/5454)

No entanto, a ilustre Presidência da Corte Regional negou seguimento ao recurso especial, levantando o óbice da Súmula n.º 07 do STJ, o que ensejou o manejo de agravo.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 5563/5569, opinando pelo provimento parcial do recurso especial, em parecer que guarda a seguinte ementa:

"Agravo em Recurso Especial. Atentado contra a segurança do transporte aéreo. Óbice da súmula 7- STJ apenas em relação à pretendida ausência de responsabilidade dos agravantes. Provimento parcial do agravo, para permitir análise da pena. Pena base devidamente fixada, não devendo incidir a causa de aumento de pena do art. 121, § 4.º, CP. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade devidamente justificada. Provimento parcial do recurso especial."

A Procuradoria Regional da República da 1.ª Região também interpôs recurso especial, com base na alínea *a* do permissivo constitucional, apontando violação ao art. 59 do Código Penal.

Aduz que o acórdão deixou de valorar adequadamente a acentuada **culpabilidade** e as graves **consequências** do crime na fixação da pena-base, que ficou

Superior Tribunal de Justiça

estabelecida em 1 ano e 9 meses, apenas 9 meses acima do mínimo legal.

Pondera que os Réus "*voaram por cerca de uma hora, sem utilização do transponder (sistema que permite a visualização no sistema de Radar do controle aéreo), bem como sem o TCAS (sistema anticolisão), e sem contato com a torre de controle aéreo, sendo gravíssima a negligência dos acusados*" (fl. 5399).

Argumenta ainda que a morte de 154 pessoas, consequência gravíssima do crime, deixou de ser valorada, ao entendimento equivocado de que integrariam a qualificadora do delito, nos termos do art. 258, parte final, do Código Penal.

Requer o *Parquet* Federal, assim, o provimento do recurso especial, a fim de majorar a pena imposta aos Recorridos.

A ilustre Presidência da Corte Regional negou seguimento ao recurso especial, levantando o óbice da Súmula n.º 07 do STJ, ensejando o manejo de agravo.

Depois de determinar algumas diligências a fim de reorganizar a instrução do feito, proferi a decisão de fls. 5890/5891, dando provimento aos agravos para convertê-los em recursos especiais, para melhor exame das insurgências perante esta Quinta Turma.

Também foi requerida pelo *Parquet* Federal a prisão preventiva dos pilotos às fls. 5856/5880, já respondida pela Defesa às fls. 5887/5888. Determinei a extração de tais peças e autuação como Medida Cautelar, protocolizada sob o n.º 22795/MT, trazido a julgamento nesta mesma sessão, para apreciação em conjunto com os recursos especiais.

Cumpre ainda anotar que a douta Subprocuradoria-Geral da República, instada a se manifestar nos autos do agravo em recurso especial dos pilotos (ARESP 453136 - em apenso - fls. 2363/2408) em parecer da lavra da eminente Subprocuradora-Geral da República Dra. Lindôra Maria Araújo, opinou pelo conhecimento parcial do recurso dos pilotos e, nessa extensão, pelo seu desprovimento, consoante a seguinte ementa:

"PENAL. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA AÉREA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO MPF. DOSIMETRIA DA PENA. A CULPABILIDADE, AS CIRCUNSTÂNCIAS E AS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO DEVEM SER CONSIDERADAS PARA FINS DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART.59 DO CP CONFIGURADA. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. PARECER PELO PROVIMENTO DO RECURSO DO PARQUET FEDERAL.

PENAL. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA AÉREA. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DOS PILOTOS. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA NESTA VIA ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 07/STJ. DOSIMETRIA. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DO MPF

Superior Tribunal de Justiça

PARA A MAJORAÇÃO DA PENA IMPOSTA PELA CORTE A QUO. PLEITO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART.121, §4º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. A CULPABILIDADE E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO FUNDAMENTAM A IMPOSIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. PENAS ALTERNATIVAS NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DE DELITOS. PARECER PELO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO, E, NESSA EXTENSÃO, PELO SEU DESPROVIMENTO."

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.458.012 - MT (2013/0302524-7)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL DO MPF E DA DEFESA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO. ALEGADA VIOLAÇÃO A ARTIGOS DA LEI FEDERAL. CRITÉRIO DE APRECIÇÃO E VALORAÇÃO DA PROVA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 07 DO STJ. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO EM ELEMENTOS CONCRETOS E IDÔNEOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, INCISO III, DO CP. INCIDÊNCIA DE CAUSA DE AUMENTO DO § 4.º DO ART. 121 DO CP. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA DISTINTA DA JÁ CONSIDERADA PARA CONFIGURAÇÃO DO TIPO CULPOSO. AUSÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. RECURSOS ESPECIAIS DESPROVIDOS.

1. O caso dos autos é reconhecidamente um dos maiores e trágicos acidentes aéreos ocorrido no país. Em 29 de setembro de 2006, 154 pessoas perderam suas vidas quando o avião Boeing/737-800, da companhia Gol Transportes Aéreos S/A, colidiu em voo, sob o céu do Estado de Mato Grosso, com o jato Embraer/Legacy 600, prefixo N600XL. As duas aeronaves mantinham a mesma altitude (37.000 pés), e voavam em sentidos opostos, em pleno espaço aéreo controlado pelo ACC-BS (Centro de Controle de Área de Brasília), sediado no CINDACTA-I (Primeiro Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo), nesta Capital. O processo foi cindido em relação aos controladores de voo envolvidos no episódio.

2. Os pilotos foram condenados por concorrerem para o acidente, em apertada síntese, porque, por imperícia, desligaram o *transponder*, que assim permaneceu por cerca de 1 hora (e só foi religado momentos depois da colisão), e, por negligência, deixaram de manter constante observação dos instrumentos, sobretudo o funcionamento do *TCAS – Traffic Collision Avoidance System* (sistema anticolisão de tráfego).

3. O **acórdão recorrido** se valeu do desvalor da **culpabilidade** e das **circunstâncias do crime**, retirando do cálculo da pena-base a aferição das **consequências**. Quanto a estas, o voto-condutor do julgado fez constar que "*as consequências, muito embora gravíssimas, com a morte das 154 pessoas que se encontravam a bordo do voo 1907 da empresa GOL, não serão consideradas para fixação da pena-base além do mínimo, porque já integram a qualificadora [rectius, causa de aumento] do delicto.*"

4. O desvalor da **culpabilidade** está assentado, essencialmente, no exagerado **tempo** de duração da conduta imperita e negligente, ambas com elevado grau de reprovabilidade por se tratar de inobservância de procedimentos elementares na aviação.

5. Ao tratar das **circunstâncias do crime**, o acórdão recorrido pôs em destaque o elevado **disparate** entre o alto grau de preparação dos pilotos, bastante experientes, um deles, aliás, instrutor de voo, e a conduta imperita e

Superior Tribunal de Justiça

negligente. Enfatizou o acórdão que "*diante de sua comprovada capacidade profissional, é inaceitável que tivesse comportamento diametralmente oposto na ocasião do acidente, tal como um amador. Mais grave ainda, não estava sozinho. Errou em dupla. Expôs o espaço aéreo a sua volta a um perigo desnecessário, causando a queda do voo 1907 da empresa GOL*".

6. Não se constata desproporcionalidade flagrante que autorize a ingerência do Superior Tribunal de Justiça na individualização da pena estabelecida pela Corte Regional. Com efeito, a partir da pena abstratamente cominada para o crime (de 1 a 3 anos), a pena-base foi fixada em 1 (um) ano e 9 (nove) meses, ou seja, em patamar praticamente intermediário, em razão do desvalor de duas entre oito circunstâncias judiciais. Nada desarrazoado, considerando o estreito limite da cominação legal para o delito em questão

7. Também não prospera a insurgência ministerial no sentido de valorar na primeira fase da dosimetria da pena as consequências do delito. De fato, o resultado morte figura no crime em tela como **causa de aumento** e, portanto, deve ser considerado na **terceira fase** da dosimetria da pena, em estrita observância do sistema trifásico consagrado no art. 68 do Código Penal, sendo vedada a dupla valoração.

8. A alegação da Defesa de que houve má apreciação das provas revela, indisfarçavelmente, a pretensão de rediscutir o acervo probatório carreado aos autos, de modo a reformar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, o que, como é sabido, não se coaduna com a via eleita, a teor do verbete sumular n.º 07 desta Corte.

9. Não se sustenta a alegação de falta de fundamentação na elevação da pena-base, uma vez que o acórdão recorrido bem considerou em desfavor dos Recorrentes a **culpabilidade** e as **circunstâncias do crime**, com elementos concretos e idôneos a ensejar o aumento implementado, de forma fundamentada, notadamente a condição pessoal de expertise dos pilotos e o alto grau de reprovabilidade de suas condutas displicentes, as quais acarretaram um dos maiores acidentes aéreos do país.

10. E, em razão justamente das circunstâncias judiciais desfavoráveis, a Corte Regional denegou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que fez dentro da mais absoluta legalidade, a teor do art. 44, inciso III, do Código Penal.

11. Não há o alegado *bis in idem* pelo aumento implementado com base no § 4.º do art. 121 do Código Penal, uma vez que se constata circunstâncias distintas, uma para configurar a majorante, outra para o reconhecimento do próprio tipo culposos.

12. No caso, a principal conduta culposa dos pilotos resume-se a não promoverem o devido monitoramento dos instrumentos de bordo da aeronave. O desligamento do transponder, por sua vez, em pleno voo por instrumento em espaço aéreo controlado, submetido a rígidas regras da aviação, surge como uma circunstância que, de fato, agrava a conduta culposa, merecendo, pois, maior reprovabilidade, passível de enquadramento justo na causa de aumento do § 4.º do art. 121 do Código Penal. Não só foram negligentes (conduta negativa, ausência de ação), mas também imperitos no manuseio do transponder, equipamento de altíssima relevância para o voo proposto, que, se não tivesse sido desligado, teria indicado, com acuidade, a altitude e direção da aeronave tanto para o ACC-BS como para a outra aeronave que se aproximava. Se o transponder estivesse

Superior Tribunal de Justiça

ligado, poderia ter ensejado uma reação do controlador de voo do setor (a tela radar mostraria em evidência os aviões em rumo de colisão), ou dos pilotos da outra aeronave acidentada ou dos próprios pilotos do *legacy*, já que o TCAS poderia ter indicado a colisão iminente, sugerindo manobras evasivas.

13. Recursos especiais desprovidos.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

O caso dos autos é de peculiar notoriedade e importância, por se tratar de um dos maiores e trágicos acidentes aéreos ocorrido neste país. Em 29 de setembro de 2006, 154 pessoas perderam suas vidas quando o avião Boeing/737-800, prefixo PR-GTD, da companhia Gol Transportes Aéreos S/A, colidiu em vôo, sob o céu do Estado de Mato Grosso, com o jato Embraer/Legacy 600, prefixo N600XL. As duas aeronaves mantinham a mesma altitude (37.000 pés), e voavam em sentidos opostos, em pleno espaço aéreo controlado pelo ACC-BS (Centro de Controle de Área de Brasília), sediado no CINDACTA-I (Primeiro Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo), nesta Capital. O processo foi cindido em relação aos controladores de voo envolvidos no episódio.

Os pilotos JOSEPH LEPORE (comandante) e JAN PAUL PALADINO (co-piloto) foram condenados por concorrerem para o acidente, em apertada síntese, porque, por imperícia, desligaram o *transponder*, que assim permaneceu por cerca de 1 hora (e só foi religado momentos depois da colisão), e, por negligência, deixaram de manter constante observação dos instrumentos, sobretudo o funcionamento do TCAS – *Traffic Collision Avoidance System* (sistema anticolisão de tráfego).

Concluiu a sentença condenatória, a propósito, após laudas e laudas de percuciente análise do acervo probatório:

"O que a prova diz, inequivocamente, é que os pilotos não cumpriram o seu dever de checar com regularidade o equipamento. O transponder foi desligado às 19:01:53, a colisão ocorreu às 19:56:54. Quase uma hora desligado. Uma hora, no tempo da aviação, é uma enormidade. É que como se, em um voo de Porto Alegre a São Paulo, os pilotos não fizessem procedimentos de verificação, de checagem, comportando-se como passageiros fossem – para utilizar a expressão pedagógica do senhor Jenkins." (fl. 4651)

O acórdão recorrido, por seu turno, ratificou o juízo condenatório, consignando:

"[...]"

A análise feita pelo juiz sentenciante, Murilo Mendes, está perfeita.

Superior Tribunal de Justiça

Partindo da premissa incontestável (nenhuma das partes se voltou contra ela) de que o transponder deixou de funcionar logo após a aeronave Legacy ter sobrevoado Brasília em direção a Manaus e assim permaneceu durante quase uma hora, até o choque entre as aeronaves, quando voltou ao módulo de operação, não há como dar razão à defesa diante do pronunciamento de frase tão incisiva como a proferida por Joseph Lepore acerca do funcionamento do TCAS, como bem asseverou o magistrado de primeiro grau.

Está claro que a informação passada a Jan Paul Paladino no instante do acidente, em meio ao susto e extrema tensão, ante a possibilidade concreta de queda também do Legacy, tem sentido direto, denotativo, indicando que o sistema anticolisão da aeronave estava desligado. À pergunta: “Dude, you have TCAS on? (Cara, você está com o TCAS ligado?), obteve a resposta: Yes, the TCAS is off (sim, o TCAS está desligado).

A interpretação da defesa de que a informação significava que “não havia aviso sobre tráfego aéreo conflitante na tela do MFD de Paladino”, com a devida venia, serve apenas como tentativa de afastamento desta tese da acusação. A palavra “on” no idioma inglês tem diversas funções, entre as quais a de adjetivo com o sentido de 'ligado, em funcionamento'. Seu antônimo é “off”. São os equivalentes da língua portuguesa para “ligado” e “desligado”.

Pode-se imaginar, sem qualquer esforço, o tipo de situação em que se encontravam os réus quando tiveram o winglet do Legacy (parte grande da extremidade da asa do avião, componente estabilizador), arrancado subitamente a uma velocidade de aproximadamente 2.000 km por hora (sabe-se que as velocidades se somam em se tratando de vetores com sentidos opostos).

Estaria Jan Paul Paladino preocupado naquela fração de tempo, naquele caos momentâneo em consultar o colega a respeito do MDF deste, malgrado tivesse um igual diante de si, para saber se havia tráfego demonstrado na tela daquele equipamento ou em saber se o aparelho anticolisão estava ligado, enquanto se concentrava na pilotagem tentando conduzir a aeronave para pouso emergencial em razão da batida em algo? A segunda hipótese é a mais plausível, exatamente porque se deram conta de que o TCAS estava desligado, uma vez que a transcrição da conversa na cabine revela a surpresa no seguinte diálogo: “Que diabos foi isso?”; “Tudo bem, somente pilote o avião, cara”; “Somente pilote o avião”; “A gente bateu em alguém”.

Como asseverou o sentenciante, “não se pode afirmar, com a certeza exigida em matéria penal, que não houve falha no equipamento do Legacy”. Poder-se-ia, por outro lado, em virtude dessa conclusão, dar crédito à versão dos réus de que o aparelho falhou, justificando-a em função da expressão “so much for TCAS” (foi demais para o TCAS). Com efeito, “so much” contempla, também, o significado de que o sistema anticolisão poderia estar ligado, mas não aguentou, não funcionou no instante necessário. Todavia, essa é uma interpretação convenhamos forçada, cujo fundamento encontra-se exclusivamente na conversa mantida por Joseph Lepore com o Comandante do CINDACTA duas horas e meia

Superior Tribunal de Justiça

após o choque das aeronaves, conforme asseverou o Juiz a quo.

Concordo com a conclusão da sentença nesse aspecto. A frase “o TCAS está desligado”, pronunciada em meio à enorme apreensão causada pelo impacto, a meu ver não comporta o significado pretendido pela defesa. Não vislumbro otimismo dos réus na expressão “tudo bem, somente preste atenção no tráfego”, senão uma observação tensa de um para outro na tentativa de voltarem à normalidade do voo. O contexto em que foi dita não autoriza outra conclusão.

Observe-se, ainda, que 37 (trinta e sete) segundos depois de Joseph Lepore ter afirmado que o TCAS estava desligado (off), o transponder voltou a funcionar (fato registrado no laudo pericial do Instituto de Criminalística), e este réu disse em juízo que se tivesse percebido o TCAS desligado teria ligado o transponder. Como ficou comprovado, o painel do Legacy emite sinais ostensivos de desligamento dos instrumentos, tanto que a tese contrária a isso foi abandonada pela defesa.

Não me convenço, também, de que o TCAS não é essencial à navegação segura, exatamente porque se estivesse funcionando, provavelmente teria evitado o choque, alertando os dois acusados de que alguma coisa estava errada. Ademais, se não tivesse essa característica de instrumento indispensável, qual a razão das empresas o utilizariam nos aviões diante dos custos elevadíssimos de produção?

Por conseguinte, é insustentável a tese defendida pelos acusados. Faltou aos dois, primeiramente, perícia ao terem desligado o transponder (atestado pela prova indireta), aparelho essencial à navegação segura, que permaneceu inativo até o desastre, por quase uma hora, verdadeira eternidade em termos de aviação, e, na sequência, negligência no cuidado necessário de monitoramento constante do equipamento. Afinal, como bem disse a testemunha do Juízo, Ronaldo Jenkins, “piloto não é passageiro”.

Atenção constante nos instrumentos de voo é atitude inerente à pilotagem de aeronaves. Para usar uma expressão comum do jargão aeronáutico: “está no sangue”, faz parte da profissão. Ambos causaram a trágica morte de 154 (cento e cinquenta) pessoas e a destruição de muitas famílias. A culpa de ambos, a meu ver, está provada e independe de comprovação do que os controladores de voo tenham feito. Afinal, em direito penal, a culpa de um não exime a do outro.

Considero a sentença irrepreensível na análise dos fatos, no particular. O Magistrado a quo, Murilo Mendes, repito, bem analisou todos os elementos existentes. Lembro que esta é uma prova essencialmente técnica, em razão de se cuidar de um acidente aéreo, e houve o cuidado em se buscar, inclusive, o auxílio de pessoa experiente, piloto aviador, Ronaldo Jenkins, como testemunha do Juízo, para esclarecimentos de diversos pontos específicos que serviram à formação da convicção.

Assim, a condenação dos acusados está calcada em provas que permitem concluir pelo acerto com que se houve o Magistrado de primeiro grau.” (fls. 5212/5213)

Inconformados, recorrem a este Superior Tribunal de Justiça, de um lado, a Defesa dos Pilotos do Legacy, pretendendo o abrandamento das penas que lhes foram infligidas;

Superior Tribunal de Justiça

de outro lado, o Ministério Público Federal, buscando a majoração das mesmas penas.

O acórdão recorrido, fazendo nova ponderação, diminuiu a pena-base (inicialmente estabelecida pelo juízo singular em 2 anos e 9 meses de detenção), redimensionando as penas nestes termos:

"[...]

A sentença adotou o precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro referente ao caso Bateau Mouche, também de triste e dolorosa lembrança, para fixação das penas-base dos acusados acima do mínimo legal.

A natureza dos crimes nos dois casos é a mesma (atentado contra a segurança de transporte), assim como o resultado trágico em ambos. Contudo, no caso Bateau Mouche, os condenados eram os proprietários e gerentes da empresa de turismo e da embarcação, estavam presentes na hora da saída, sabiam da má conservação e dos furos no casco achatado do barco que acabara de ser reformado com a autorização deles e que o deixaram ainda mais suscetível a um acidente (instalação de um número maior de mesas, inclusive com tampos de mármore, todas soltas; instalação de duas caixas d'água no convés superior que tiraram o equilíbrio do barco). Além disso, os coletes salva-vidas estavam guardados em local de difícil acesso e não havia nenhum bote para emergências. Por tudo isso eram capazes de prever o perigo a que estariam expostos seus convidados, mas confiaram que nenhum acidente aconteceria. A sentença foi veemente ao afirmar que agiram com culpa consciente, beirando o dolo eventual. Pior ainda, o lucro, puro e simples, foi o motivo do crime, tanto que em sede de habeas corpus no Supremo Tribunal Federal o Ministro Sepúlveda Pertence manteve o entendimento de primeiro grau de torpeza dos réus por essa razão, mesmo se tratando de crime culposos.

Na presente hipótese isso não acontece. As penas foram afastadas do mínimo legal de 01 (um) ano de detenção, sofrendo acréscimo de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção em virtude das consequências do crime, consideradas gravíssimas pela morte de 154 (pessoas, além da culpabilidade, tida por grave, dado o desligamento imperito do transponder e a subsequente falta de verificação e monitoramento do painel da aeronave, mormente o TCAS.

A defesa se opõe e esse aumento. Entende que o resultado morte "já foi objeto de reprimenda pelo legislador, ao cominar pena em abstrato mais elevada no artigo 263, não podendo ser critério para fixação de aumento de pena-base..."

Qualificadoras, consoante Nucci, são circunstâncias legais que estão jungidas ao tipo penal incriminador, aumentando (...) a pena obrigatoriamente, dentro de um mínimo e um máximo previsto pelo legislador.

Continua o doutrinador, esclarecendo:

(...) quando a circunstância agravante fizer parte do tipo derivado, como qualificadora, não será utilizada como tal, ou seja, o juiz não a levará em conta como circunstância legal. A providência é necessária para evitar a dupla punição pelo mesmo

Superior Tribunal de Justiça

fato (bis in idem).

De fato, o resultado morte é um qualificador do delito de atentado contra a segurança de transporte aéreo, motivo de elevação da sanção pelo legislador. Se não é uma qualificadora no sentido próprio do termo, que eleva os patamares mínimo e máximo de pena em abstrato no sentido de refletir resposta inicial mais severa ao comportamento delitivo, tanto no art. 263 quanto no art. 258 do Código Penal, dispositivos aplicáveis in casu, o legislador, de forma expressa, aludiu à natureza de qualificadoras. Assim, sua valoração uma segunda vez para agravar a pena-base é inviável sem que isso implique bis in idem. Precedente do Superior Tribunal de Justiça confirma esse entendimento:

Não pode o julgador majorar a pena-base com fundamento em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, destituídas de fundamentação concreta para respaldar a exasperação da reprimenda. (HC 203880/SP; Rel.(a) Ministra Laurita Vaz; 5ª Turma; unânime; DJe de 29/06/2012) Destaquei.

[...]

4.1.3 *O Ministério Público Federal, por sua vez, pugna pela aplicação da regra constante do § 4º do art. 121 do Código Penal. Asseverou o Juiz a quo a respeito:*

(...) Deixo de aplicar a causa de aumento prevista no parágrafo quarto do artigo 121 do Código Penal, porque aquela circunstância tem aplicação específica ao delito de homicídio culposo. Quando o artigo 258 manda que se aplique a pena do homicídio culposo aumentada de um terço, assim o faz levando em conta a pena do caput, e não a todo o regime punitivo do crime de homicídio culposo. Esse é o meu entendimento. Não me sinto autorizado a concluir que legislador da década de 40 quisesse incluir uma causa de aumento surgida em 2003 – Lei 10.741/2003. (...).

A causa de aumento em tela não surgiu em 2003, com o advento da Lei 10.741, como entendeu o sentenciante. Previa o texto original do § 4º do art. 121 do Código Penal:

No homicídio culposo, a pena é aumentada de um terço, se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as consequências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante.

Nesse particular, o Ministério Público Federal aduziu (fl. 1.181-v, autos 2009.36.03.002962-5):

(...) Segundo a hermenêutica tradicional, um código não pode ser interpretado “aos pedaços” ou dividido entre redação original e reformas segundo ganha vida própria, desvinculando-se

Superior Tribunal de Justiça

do pensamento daqueles parlamentares que a criavam e evoluindo na tentativa de acompanhar as inovações sociais, políticas, morais e tecnológicas da civilização. Nesse sentido, a lição de José Adércio Leite Sampaio em *A constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional* (Belo Horizonte: Del Rey, 2002, os. 778 e ss), pertinente à hermenêutica constitucional mas plenamente aplicável na interpretação infraconstitucional. Fosse de outra forma, não poderia ser punido o furto mediante fraude ou o crime contra a honra cometido em meio eletrônico, uma vez que, por razões óbvias, o legislador da década de 40 sequer cogitava que esses crimes pudessem ocorrer da forma como atualmente ocorrem.

No presente caso, mostra-se mais adequada uma interpretação teleológica, de modo a buscar qual é exatamente a finalidade do § 4º do artigo 121 do Código Penal. Não resta outra conclusão senão a que a norma visa punir com mais severidade aquele que mata outrem durante o exercício de alguma profissão. (...)

Na espécie, a pena exsurge da seguinte conjugação de dispositivos:

Art. 261 - Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

Art. 263 - Se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.

Art. 258 - Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço. (destaquei)

A parte final do art. 258 do Código Penal contém comando penal remetido, ou seja, depende de outro para ser integralmente compreendido, que se encontra no § 3º do art. 121 do Código Penal:

Se o homicídio é culposo:

Pena - detenção, de um a três anos.

A causa de aumento decorrente dessa modalidade criminosa está consignada no § 4º do dispositivo:

No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício (...)

Por outro lado, o art. 61, II, alínea “g”, do Código Penal dispõe:

Superior Tribunal de Justiça

São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

(...)

II - ter o agente cometido o crime :

(...)

g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão . (destaquei)

Em tese, por se tratar de uma agravante, a alínea g é menos onerosa para o acusado por incidir na segunda fase de fixação da pena, haja vista a causa de aumento (§ 4º) atingir todo o quantum na terceira fase, podendo elevar a sanção acima do máximo cominado em lei. Entretanto, é preciso fazer uma distinção pertinente in casu. O legislador utilizou na alínea g o verbo violar, enquanto no § 4º, a ação é inobservar. Há uma diferença enorme entre uma conduta e outra.

***Violar**, consoante o léxico, tem sentido de transgressão das normas de forma ofensiva. O verbo denota uma ação comissiva, dolosa, de desobediência intencional de uma ordem, regra ou que o valha. **Inobservar**, por sua vez, é deixar de olhar com atenção, não vigiar as próprias ações. É agir desligadamente, muitas vezes em razão de uma exagerada autoconfiança.*

Os autos demonstram que os réus simplesmente deixaram de observar as regras referentes à profissão. Não violaram o dever profissional, até porque, se assim fosse, estariam arriscando conscientemente as próprias vidas. Portanto, a conduta não se ajusta à agravante, uma vez que o elemento subjetivo essencial, o dolo, a vontade de transgredir o dever inerente à profissão não está presente na espécie.

Incide sobre a pena, por isso, o § 4º que, aliás, é causa especial de aumento da pena pela circunstância gravíssima do resultado morte, em consequência da falta de observação de dever inerente a profissão. O legislador pretendeu, como se viu, somar maior período de tempo à sanção em virtude disso.

Desse modo, apesar de se tratar de crime de atentado contra a segurança de transporte aéreo que pela via indireta tem a mesma sanção prevista para o do homicídio culposo direto, tal fato não é elemento apto a afastar a incidência da referida causa de aumento, ao meu juízo. Ora, havendo homicídio culposo, não importa se direta ou indiretamente, nada mais natural a aplicação do § 4º do art. 121 do Código Penal sobre a pena, se o crime resultar da inobservância de dever de profissão.

[...]

5. Novo cálculo da pena

5.1 Joseph Lepore

A conduta merece severa reprovação. Seu comportamento foi de encontro a um dos mais elementares princípios da aviação. Não há exagero em resumir o quão negativa foi a ação do réu na afirmação de que a aeronave Legacy não tinha piloto no trecho entre Brasília e o ponto de

Superior Tribunal de Justiça

colisão. Sua **culpabilidade**, por isso, é muito grave; os **bons antecedentes** atestam a primariedade; sem **personalidade** desviada para a criminalidade, possui **conduta social** compatível com a de cidadão amplamente integrado à sociedade (ocupa-se lícitamente da profissão de piloto aviador); nada a dizer quanto ao **motivo do crime**; as **circunstâncias** são muito graves.

A defesa fez questão de demonstrar a experiência deste acusado no comando de aeronaves. Isso tem relevância na imposição da pena, pois, de seu currículo, extrai-se a informação de ser possuidor de cerca de 9.300 horas de voo. Mas não é só isso. Há de se destacar, sobretudo, sua condição de instrutor de voo. Portanto, não se trata de uma pessoa incipiente na aviação, que poderia estar manejando os instrumentos da aeronave de forma inadequada. Quem ensina a voar já passou por todas as fases de aprendizagem e continua aprendendo todos os dias. Sua responsabilidade é ainda maior no sentido de transmitir o conhecimento adquirido, mormente os relativos à segurança de voo, procedimentos treinados à exaustão. Assim, diante de sua comprovada capacidade profissional, é inaceitável que tivesse comportamento diametralmente oposto na ocasião do acidente, tal como um amador. Mais grave ainda, não estava sozinho. Errou em dupla. Expôs o espaço aéreo a sua volta a um perigo desnecessário, causando a queda do voo 1907 da empresa GOL, assim como poderia ter causado a de qualquer outro que tivesse o infortúnio de cruzar sua rota. Ninguém duvida que o corpo humano, embora seja uma máquina, é imperfeito. Desatenção momentânea em decorrência dessa limitação pode ocorrer em qualquer atividade, inclusive na pilotagem de aeronaves. Mas, na espécie, é extremamente negativo um piloto de aeronaves experimentado como o réu permitir-se tamanha falta de percepção do que ocorria a sua volta e por tanto tempo; as **consequências**, muito embora gravíssimas, com a morte das 154 pessoas que se encontravam a bordo do voo 1907 da empresa GOL, não serão consideradas para fixação da pena-base além do mínimo, porque já integram a qualificadora do delito; o **comportamento da vítima** é desinfluyente para o cômputo da sanção.

Tais as circunstâncias judiciais, entendo como necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime estabelecer pena-base de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção.

Nenhuma atenuante ou agravante ou causa de diminuição se faz presente. Incide, no entanto, a causa de aumento do art. 121, § 4º, do Código Penal (inobservação de dever inerente à profissão), motivo de elevação da pena em 1/3 (um terço), para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção.

Sem causas de diminuição a favor do réu, o art. 258, parte final, do Código Penal determina aumento de 1/3 (um terço) em caso de homicídio culposo. O acusado fica condenado, definitivamente, a **03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção**.

O regime de cumprimento da pena será o aberto (art. 33, § 2º, c, do Código Penal). A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. I, não faz diferença entre brasileiros e estrangeiros.

5.2 Jan Paul Paladino

As circunstâncias judiciais desse réu em nada diferem das analisadas em relação ao co-réu Joseph Lepore, salvo pelo fato de não ser um instrutor de vôo. Mas isso não diminui sua responsabilidade no evento, tendo em vista a informação em seu currículo que o coloca como titular de cerca de 6.300 horas de vôo e o fato principal de ser graduado em Ciência Aeronáutica pela Universidade Aeronáutica Embry-Riddle, ironicamente com estudos em prevenção de acidentes. Por conseguinte, é um piloto tarimbado, muito experiente no comando de jatos, inclusive na condição de capitão em EMB-145, avião da Embraer que serviu de plataforma para o projeto do Legacy 600, o que revela sua falha indesculpável no evento, motivo pelo qual fixo-lhe pena-base de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de detenção, necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Ausentes atenuantes, agravantes ou causas de diminuição, elevo a sanção para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção, em virtude da incidência da causa de aumento inserta no art. 121, § 4º, primeira parte, do Código Penal (inobservação de dever inerente à profissão).

Por força da parte final do art. 258 do Código Penal, aumento a pena na fração de 1/3 (um terço), em definitivo, para **03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção**.

O regime de cumprimento da sanção será o aberto, pelas mesmas razões que para o outro acusado." (fls. 5212/

Os embargos de declaração do Ministério Público Federal foi acolhido, nestes termos:

"[...] têm razão o Ministério Público Federal e a defesa em apontar o **erro material no item 5 do voto**. Não se trata de agravante e sim causa aumento o § 4º do art. 121 do Código Penal. Por conseguinte, dou provimento aos embargos declaratórios do Parquet para corrigir o equívoco, ficando assentado que, onde se lê: "Presente a agravante...", leia-se: "Presente a causa de aumento...". Isso, todavia, não altera o resultado final das penas, apesar de a causa de aumento incidir na terceira fase do art. 68 do Código Penal." (fl. 5315)

Como se vê, o **acórdão recorrido** se valeu do desvalor da **culpabilidade** e das **circunstâncias do crime**, retirando do cálculo da pena-base a aferição das **consequências**. Quanto a estas, o voto-condutor do julgado fez constar que "*as consequências, muito embora gravíssimas, com a morte das 154 pessoas que se encontravam a bordo do voo 1907 da empresa GOL, não serão consideradas para fixação da pena-base além do mínimo, porque já integram a qualificadora [rectius, causa de aumento] do delito.*"

A Corte Regional, ao examinar a **culpabilidade**, assentou que "*A conduta merece severa reprovação. Seu comportamento foi de encontro a um dos mais elementares princípios da aviação. Não há exagero em resumir o quão negativa foi a ação do réu na*

Superior Tribunal de Justiça

afirmação de que a aeronave Legacy não tinha piloto no trecho entre Brasília e o ponto de colisão. Sua **culpabilidade**, por isso, é muito grave" (fl. 5230).

Nesse particular, reafirmou a censura realizada pela sentença, que ressaltou que "os pilotos ficaram quase uma hora sem verificar o painel, sem efetuar as checagens necessárias, sem exercer com diligência a função de monitoramento da aeronave. Durante uma hora foram passageiros! Tempo aproximado de uma viagem de Porto Alegre a São Paulo. Tempo em que se pode percorrer a extensão de um país. É muito." E por isso mesmo concluiu que "O contexto indica que a culpabilidade foi além do que seria normal e, se é que não se pode considerá-la gravíssima, não há exagero algum em reputá-la grave."

Portanto, o desvalor da **culpabilidade** está assentado, essencialmente, no exagerado **tempo** de duração da conduta imperita e negligente, ambas com elevado grau de reprovabilidade por se tratar de inobservância de procedimentos elementares na aviação.

Ao tratar das **circunstâncias do crime**, o acórdão recorrido pôs em destaque o elevado **disparate** entre o alto grau de preparação dos pilotos, bastante experientes, um deles, aliás, instrutor de voo, e a conduta imperita e negligente. Enfatizou o acórdão que "*diante de sua comprovada capacidade profissional, é inaceitável que tivesse comportamento diametralmente oposto na ocasião do acidente, tal como um amador. Mais grave ainda, não estava sozinho. Errou em dupla. Expôs o espaço aéreo a sua volta a um perigo desnecessário, causando a queda do voo 1907 da empresa GOL*".

Por fim, sem atenuantes ou agravantes a serem consideradas, aplicou as instâncias ordinárias a majorante do § 4.º, primeira parte, do art. 121 do Código Penal (inobservância de dever inerente à profissão).

Do recurso especial do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

A Procuradoria Regional da República da 1.ª Região aponta violação ao art. 59 do Código Penal. Aduz que o acórdão deixou de valorar adequadamente a acentuada **culpabilidade** e as graves **consequências** do crime na fixação da pena-base, que ficou estabelecida em 1 ano e 9 meses, apenas 9 meses acima do mínimo legal.

Quanto à **culpabilidade**, ao contrário do afirmado pelo *Parquet* Federal, a Corte Regional não destoou do que já havia consignado o Juízo Federal sentenciante, perfazendo uma análise percuciente e ponderada. Sopesou, ainda, como se viu, as **circunstâncias** do crime no cálculo da pena-base. Com o que não se conformou o Ministério Público Federal, na verdade, foi o *resultado* dessa análise, bem como a retirada da primeira fase das **consequências** do crime,

Superior Tribunal de Justiça

isto é, a morte das 154 pessoas que estavam a bordo da aeronave acidentada.

Por um lado, cumpre anotar que a via estreita do recurso especial abre a possibilidade de verificação por este Superior Tribunal de Justiça apenas da existência ou não de fundamentação idônea e da proporcionalidade utilizadas pelas instâncias ordinárias para fixação das penas. A constatação da existência de motivação legítima é objetiva. A aferição da proporcionalidade, ao contrário, resvala em certo grau de subjetividade, inerente à atividade jurisdicional do juiz criminal quando, valendo-se das circunstâncias concretas do delito, define a pena, "*conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*", a teor do art. 59 do Código Penal. A incumbência desta Corte Superior é, portanto, de preservar o livre convencimento motivado e a discricionariedade vinculada do julgador, não perfazer nova análise das circunstâncias fáticas, o que é sabidamente vedado, conforme entendimento cristalizado no verbete sumular n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.

No caso em tela, não há desproporcionalidade flagrante que autorize a ingerência do Superior Tribunal de Justiça na individualização da pena estabelecida pela Corte Regional. Com efeito, a partir da pena abstratamente cominada para o crime (de 1 a 3 anos), a pena-base foi fixada em 1 (um) ano e 9 (nove) meses, ou seja, em patamar praticamente intermediário, em razão do desvalor de duas entre oito circunstâncias judiciais. Nada desarrazoado, considerando o estreito limite da cominação legal para o delito em questão.

Por outro lado, não vejo também como acolher a insurgência ministerial no sentido de valorar na primeira fase da dosimetria da pena as consequências do delito. De fato, o resultado morte figura no crime em tela como **causa de aumento** e, portanto, deve ser considerado na **terceira fase** da dosimetria da pena, em estrita observância ao sistema trifásico consagrado no art. 68 do Código Penal, sendo vedada a dupla valoração da mesma circunstância. A propósito, de forma escorreita, consignou o acórdão recorrido que:

"[...] o resultado morte é um qualificador [rectius, causa de aumento] do delito de atentado contra a segurança de transporte aéreo, motivo de elevação da sanção pelo legislador. Se não é uma qualificadora no sentido próprio do termo, que eleva os patamares mínimo e máximo de pena em abstrato no sentido de refletir resposta inicial mais severa ao comportamento delitivo, tanto no art. 263 quanto no art. 258 do Código Penal, dispositivos aplicáveis in casu, o legislador, de forma expressa, aludiu à natureza de qualificadoras. Assim, sua valoração uma segunda vez para agravar a pena-base é inviável sem que isso implique bis in idem. Precedente do Superior Tribunal de Justiça confirma esse entendimento:

Não pode o julgador majorar a pena-base com fundamento em elementos constitutivos do crime, em suas qualificadoras ou, ainda, em referências vagas, genéricas, destituídas de

Superior Tribunal de Justiça

fundamentação concreta para respaldar a exasperação da reprimenda. (HC 203880/SP; Rel.(a) Ministra Laurita Vaz; 5ª Turma; unânime; DJe de 29/06/2012) Destaqueei."

Cumpre anotar, *obiter dictum*, que, ao meu sentir, a lei penal (art. 258) restringe bastante a atividade do juiz na individualização da reprimenda, ao estabelecer percentual **fixo** de aumento de pena em decorrência do resultado "morte" (1/3, no caso de culpa), impossibilitando, assim, o agravamento da sanção quando há multiplicidade de óbitos, como no caso em tela. Outrossim, é digno de nota observar que a pena cominada em abstrato para o homicídio culposo é deveras estreita, ou seja, entre o mínimo e máximo (de 1 a 3 anos) estabelecido não há um intervalo suficientemente adequado que permita ao julgador impor uma sanção eventualmente proporcional ao tamanho da agressão ao bem jurídico tutelado.

Sem embargo, pelas razões já expostas, não acolho a insurgência ministerial.

Do recurso especial de JOSEPH LEPORE e JAN PAUL PALADINO

Insurgem-se os Recorrentes, de início, contra a alegada má apreciação das provas. Ora, indisfarçavelmente, pretendem a rediscussão do acervo probatório carreado aos autos, de modo a reformar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, o que, como é sabido, não se coaduna com a via eleita, a teor do verbete sumular n.º 07 desta Corte.

Sustentam, ainda, a falta de fundamentação da majoração da pena-base. No entanto, conforme já analisado acima, o acórdão recorrido bem considerou em desfavor dos Recorrentes a **culpabilidade** e as **circunstâncias do crime**, com elementos concretos e idôneos a ensejar o aumento implementado, de forma fundamentada, notadamente a condição pessoal de expertise dos pilotos e o alto grau de reprovabilidade de suas condutas displicentes, as quais acarretaram um dos maiores acidentes aéreos do país.

E, em razão justamente das circunstâncias judiciais desfavoráveis, a Corte Regional denegou a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o que fez dentro da mais absoluta legalidade, a teor do art. 44, inciso III, do Código Penal.

Os pilotos Recorrentes alegam ainda indevido *bis in idem* pelo aumento implementado com base no § 4.º do art. 121 do Código Penal, uma vez que não teria havido indicação alguma de circunstância que configuraria a majorante, além do que já fora considerado para o reconhecimento do próprio tipo culposos.

O argumento, à primeira vista, impressiona. Contudo, reexaminando o quadro fático delineado pelas instâncias ordinárias, entendo que não há o reclamado *bis in idem*.

Com efeito, na esteira da jurisprudência desta Corte, "*A causa especial de*

Superior Tribunal de Justiça

aumento, prevista no art. 121, § 4º do Código Penal (inobservância de regra técnica de profissão) figura no campo da culpabilidade e, pois, para incidir, deve estar fundada em outra nuance ou fato diferente do que compõem o próprio tipo culposo, rendendo ensejo a maior reprovabilidade na conduta do profissional que atua de modo displicente no exercício de seu mister, dando causa ao evento morte. Precedentes desta Corte e do STF (RHC n. 26.414/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 26/11/2012) " (HC 167.804/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2013, DJe 23/08/2013).

No caso, a principal conduta culposa dos pilotos resume-se a não promoverem o devido monitoramento dos instrumentos de bordo da aeronave. O desligamento do transponder, por sua vez, em pleno voo por instrumento em espaço aéreo controlado, submetido a rígidas regras da aviação, surge como uma circunstância que, de fato, agrava a conduta culposa, merecendo, pois, maior reprovabilidade, passível de enquadramento justo na causa de aumento do § 4.º do art. 121 do Código Penal. Não só foram negligentes (conduta negativa, ausência de ação), mas também imperitos no manuseio do transponder, equipamento de altíssima relevância para o voo proposto, que, se não tivesse sido desligado, teria indicado, com acuidade, a altitude e direção da aeronave tanto para o ACC-BS como para a outra aeronave que se aproximava. Se o transponder estivesse ligado, poderia ter ensejado uma reação do controlador de voo do setor (a tela radar mostraria em evidência os aviões em rumo de colisão), ou dos pilotos da outra aeronave acidentada ou dos próprios pilotos do *legacy*, já que o *TCAS* poderia ter indicado a colisão iminente, sugerindo manobras evasivas.

Corroborando esse entendimento o seguinte julgado:

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO. APLICAÇÃO DA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 121, § 4º, DO CP. DENÚNCIA QUE DESCREVE COM PRECISÃO DUAS CONDUTAS. NEGLIGÊNCIA E INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO. ADMISSIBILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. 3. CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95). NÃO SATISFAÇÃO DO REQUISITO OBJETIVO. IMPOSSIBILIDADE. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Para a incidência do § 4º do 121 do Código Penal, faz-se

Superior Tribunal de Justiça

necessária a indicação clara de qual regra técnica não fora observada pelo profissional, exigindo-se da denúncia a descrição precisa do fato correspondente à imprudência, negligência ou imperícia, bem assim do dado que indique a inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício. Essa exigência é ainda maior no campo médico, pois as normas de cuidado próprias da profissão normalmente estão incluídas no padrão comum de diligência, sendo laborioso distinguir a negligência ordinária na prática da medicina - art. 121, § 3º, do Código Penal - da profissional. Noutras palavras, o desrespeito às normas técnicas não pode se apresentar como a própria falta de diligência ou como núcleo caracterizador da ausência do devido cuidado, pois, do contrário, incorrer-se-á em invencível bis in idem.

3. No caso a denúncia descreve de forma pormenorizada a falta de cuidado da médica, ora paciente, com a vítima, doadora de medula óssea que veio a falecer em razão do procedimento preparatório ao transplante, bem como a inobservância da regra técnica de profissão.

4. Não se concede o benefício da suspensão condicional do processo de que cuida o art. 89 da Lei n.º 9.099/95 quando não satisfeito do requisito do objetivo da pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano.

5. Habeas corpus não conhecido." (HC 238221/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 21/10/2013.)

Vale ressaltar, por oportuno, que em razão da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o regime inicial de cumprimento da pena deveria ser o semiaberto, a teor do art. 33, § 2.º, alínea b, c.c. o § 3.º do mesmo artigo, do Código Penal. No entanto, como não houve oportuna insurgência do Ministério Público Federal, fica mantido o **regime inicial aberto** fixado pela Corte Regional.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO aos recursos especiais.

É o voto.