



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 38.122/2017-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Ação direta de inconstitucionalidade. Arts. 88-C, 88-D, 88-I, § 2º, 88-K, 88-N e 88-P, da Lei 7.565/1986 (Código Brasileiro da Aeronáutica), na redação da Lei 12.970/2014. Sigilo de informações, precedência de investigação e comunicação de indícios de crime no Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER).]

O **Procurador-Geral da República**, com fundamento nos arts. 102, I, *a* e *p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição da República, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade

com pedido de medida cautelar, contra os **artigos 88-C, 88-D, 88-I, § 2º, 88-K, 88-N e 88-P da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – na redação da Lei 12.970, de 8 de maio de 2014)**, os quais dispõem sobre investigações do Sistema de Investigação e Pre-

venção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER) no Código Brasileiro da Aeronáutica.

Esta petição se acompanha de cópia das normas impugnadas (na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/99) e de cópia de peças relevantes do processo administrativo 1.00.000.012594/2014-50. O processo originou-se de representação apresentada pela Procuradoria da República em São Paulo e aproveita trechos relevantes da representação subscrita pelo Procurador da República RODRIGO DE GRANDIS.

1. OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor dos dispositivos impugnados nesta ação:

Art. 88-C. A investigação Sipaer não impedirá a instauração nem suprirá a necessidade de outras investigações, inclusive para fins de prevenção, e, em razão de objetivar a preservação de vidas humanas, por intermédio da segurança do transporte aéreo, terá precedência sobre os procedimentos concomitantes ou não das demais investigações no tocante ao acesso e à guarda de itens de interesse da investigação.

Art. 88-D. Se, no curso de investigação Sipaer, forem encontrados indícios de crime, relacionados ou não à cadeia de eventos do acidente, far-se-á a comunicação à autoridade policial competente. (Incluído pela Lei 12.970/2014)

Art. 88-I. São fontes [do] Sipaer:¹ (Incluído pela Lei 12.970/2014)

[...]

§ 2º A fonte de informações de que trata o inciso III do *caput* e as análises e conclusões da investigação Sipaer não serão utilizadas para fins probatórios nos processos judiciais e procedimentos administrativos e somente serão fornecidas

¹ SIPAER = Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos.

mediante requisição judicial, observado o art. 88-K desta Lei. (Incluído pela Lei 12.970/2014)

[...]

Art. 88-K. Para o uso das fontes Sipaer como prova, nos casos permitidos por esta Lei, o juiz decidirá após oitiva do representante judicial da autoridade Sipaer, que deverá se pronunciar no prazo de 72 ([...]) horas. (Incluído pela Lei 12.970/2014)

Art. 88-N. Exceto para efeito de salvar vidas, preservação da segurança das pessoas ou preservação de evidências, nenhuma aeronave acidentada, seus destroços ou coisas que por ela eram transportadas podem ser vasculhados ou removidos, a não ser com a autorização da autoridade de investigação Sipaer, que deterá a guarda dos itens de interesse para a investigação até a sua liberação nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei 12.970/2014)

Art. 88-P. Em coordenação com a autoridade de investigação Sipaer, ficará assegurado a outros órgãos, inclusive da autoridade de aviação civil e da polícia judiciária, o acesso à aeronave acidentada, aos seus destroços ou a coisas que por ela eram transportadas, somente podendo haver manipulação ou retenção de quaisquer objetos do acidente com anuência da autoridade de investigação Sipaer. (Incluído pela Lei 12.970/2014)

Os dispositivos violam o art. 5º, XXXV, LIV (quanto aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que compõem a cláusula do devido processo legal substancial) e LV, o art. 37, *caput* (relativamente aos princípios da finalidade e da eficiência), o art. 129, I, VI, VIII e IX, e o art. 144, §§ 1º, I, e 4º,² da Constituição da República.

² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. VIOLAÇÕES AO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO

Os dispositivos impugnados dispõem sobre acesso a informações do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aero-

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

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; [...]

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Art. 144. [...]

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998)

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...].

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. [...].”

náuticos (SIPAER) e sobre proteção de seu sigilo nas investigações de acidentes aéreos no Brasil.

De acordo com o art. 86, *caput*, da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA ou CBAer), na redação da Lei 12.970, de 8 de maio de 2014), “[c]ompete ao Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos planejar, orientar, coordenar, controlar e executar as atividades de investigação e de prevenção de acidentes Aeronáuticos”.

Segundo o art. 86-A do CBA, “[a] investigação de acidentes e incidentes aeronáuticos tem por objetivo único a prevenção de outros acidentes e incidentes por meio da identificação dos fatores que tenham contribuído, direta ou indiretamente, para a ocorrência e da emissão de recomendações de segurança operacional”.

A Lei 12.970/2014 inseriu no CBA os dispositivos impugnados. O art. 88-I, § 2º, do código passou a vedar acesso aos sujeitos de processo judicial ou administrativo a dados dos sistemas de informações de notificação voluntária de ocorrências e às conclusões de suas investigações sobre acidentes aéreos.

Essa vedação colide com a proteção constitucional ao devido processo legal, constante do art. 5º, LIV, da Constituição da República, e seus consectários lógicos: a ampla defesa e o contraditório (que integra a primeira).

Ao preceituar o dispositivo que as análises e conclusões da investigação do SIPAER não serão utilizadas para fins probatórios em processos e procedimentos administrativos e judiciais e que somente serão fornecidas mediante requisição judicial, claramente veda acesso de pessoas e órgãos envolvidos a informações que são de seu legítimo interesse e necessárias ao cumprimento de sua

missão constitucional, no caso de órgãos do sistema de justiça, como o Ministério Público e a polícia criminal. Trata-se de dados que dizem respeito a pessoas atingidas por acidentes e incidentes aéreos, a seus familiares e às funções institucionais desses órgãos. A proibição legal de acesso suprime o direito de defesa garantido constitucionalmente.

Sob perspectiva processual, os dispositivos estabelecem entraves ilegítimos ao princípio do devido processo legal, dificultam o direito de acesso à justiça – afinal, o ônus da prova cabe a quem afirma, não a quem nega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*) – e à ampla defesa, que inclui a garantia do contraditório (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição da República). A propósito da reserva de jurisdição, que as normas legais instituíram, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LIX) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribui-

ções, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina.³

O princípio da reserva de jurisdição ou da reserva constitucional de jurisdição é definido pela Constituição. Por força dele, cabe com exclusividade aos órgãos jurisdicionais conhecer determinadas matérias. Para aquelas relacionadas a direitos fundamentais, somente a órgãos judiciários é permitido estabelecer limites, formas e modos de alcance. A competência jurisdicional exclusiva está determinada apenas na Constituição da República. Não poderia lei ordinária opor essa barreira.

O art. 88-I, § 2º, do CBA, igualmente fere o devido processo legal pela ótica do princípio do livre convencimento motivado, porquanto impede magistrados judiciais de valorar diretamente provas produzidas no SIPAER.

Diz a doutrina, sobre o princípio da proporcionalidade:

Utilizado, de ordinário, para **aferir a legitimidade das restrições de direitos** – muito embora possa aplicar-se, também para dizer do **equilíbrio na concessão de poderes**, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, **prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso**, direito justo e valores afins, precede e **condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional**; e ainda, enquanto princípio geral do direito, **serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico**.⁴

³ Supremo Tribunal Federal. Plenário. Mandado de segurança 23.452/RJ. Relator: Ministro CELSO DE MELLO. 16/9/1999, unânime. *Diário da Justiça*, 12 maio 2000.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120-121. Sem destaques no original.

As normas colidem com a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, segundo a qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Proibir que investigação conduzida por órgão técnico da administração pública, como é o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA), seja usada para fins judiciais equivale, em termos concretos, a denegar acesso ao Judiciário a órgãos e cidadãos com legítima expectativa de terem apreciados os litígios de seu legítimo interesse, amparado pela Constituição da República. Se é verdade que eles poderão demandar judicialmente, o acesso à prova indispensável para tutela de sua pretensão estará frequentemente obstada *a priori* pelas normas aqui atacadas – o que, na prática, equivale à frustração de seu direito à justiça.

Os arts. 88-I, § 2º, e 88-K, do CBA, contrariam os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade em seus particulares aspectos de necessidade e exigibilidade. Estes impõem que o poder público adote sempre a medida menos gravosa possível para atingir determinado objetivo. De outro modo, se existem várias formas possíveis de chegar ao resultado pretendido, o legislador tem de optar, necessariamente, por aquela que afete com menos intensidade os direitos e interesses da coletividade em geral e dos indivíduos.

Esses princípios não esgotam o alcance dos desafios lançados cotidianamente aos aplicadores da Constituição, tendo em vista o caráter dinâmico que reveste a sociedade e seus conflitos. Contudo, são importantes balizadores da limitação que restringe direitos, cria exceções e condiciona privilégios e benefícios.

Pela limitação indevida aos princípios citados, as normas inseridas no CBA conflitam com o art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição da República.

2.2. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 129 E 144 DA CONSTITUIÇÃO

As modificações introduzidas pela Lei 12.970/2014 instauraram reserva de jurisdição, ao estabelecer que, para uso das fontes SIPAER como prova, nos casos permitidos pela lei, o juiz decidirá após manifestação do representante judicial da autoridade do sistema, que deverá se pronunciar em 72 horas. Essa autoridade hoje é o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA), órgão militar ao qual compete a apuração de acidentes e incidentes aeronáuticos, em virtude do art. 14 da estrutura regimental do Comando da Aeronáutica, aprovada pelo Decreto 6.834, de 30 de abril de 2009.⁵

Além de essa vedação de acesso interferir nos poderes constitucionais de investigação do Ministério Público e da polícia, decorrentes dos arts. 129, I, VI, VIII e IX, e 144 da Constituição da República, conforme será detalhado, também causa cerceamento de defesa dos envolvidos e fere os atributos de razoabilidade e

⁵ “Art. 14. Ao Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos compete planejar, gerenciar, controlar e executar as atividades relacionadas com a prevenção e a investigação de acidentes aeronáuticos e assessorar o Comandante da Aeronáutica nos assuntos de sua competência. Parágrafo único. Entende-se por acidentes aeronáuticos aqueles que envolvam a infra-estrutura aeronáutica brasileira, incluindo, entre outros, a aviação militar, a aviação civil, os operadores brasileiros de aeronaves civis e militares, a infra-estrutura aeroportuária brasileira, o controle do espaço aéreo brasileiro, a indústria aeronáutica brasileira e todos os segmentos relacionados.”

proporcionalidade, pelos entraves impostos ao acesso à justiça mediante criação de reserva de jurisdição à obtenção de dados relativos a acidentes aéreos no Brasil.

Os dispositivos impugnados cerceiam o exercício das atribuições do Ministério Público no processo penal, de modo a violar diretamente o art. 129, VIII, da Constituição, que define como função institucional do Ministério Público requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial. As normas confrontadas devem interpretar-se à luz da função do Ministério Público no processo penal brasileiro. Esta decorre, expressamente, de normas constitucionais vigentes que, de maneira expressa, adotam o sistema acusatório, como resulta do art. 129, incisos I e VIII, da lei fundamental brasileira, os quais preveem:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; [...].

Sem embargo da importância da hermenêutica de princípios, quer-se salientar a previsão normativa do art. 129, I e VIII, como pilares do sistema processual penal brasileiro. Esta petição não articula inconstitucionalidade dos dispositivos com base em elucubrações teóricas de longínqua relação com o Direito Positivo, mas traz aportes científicos para adequada compreensão de normas vigentes – portanto vinculantes – do ordenamento constitucional.

Na exegese do art. 129, I e VIII, de inspiração garantista, duas advertências iniciais são necessárias.⁶

Primeiro, a feita por LUIGI FERRAJOLI, em seu *Direito e razão*, obra usualmente tida como a mais relevante para a compreensão do garantismo: em todos os setores dos ordenamentos jurídicos complexos, existe tensão derivada das antinomias entre os princípios de nível normativo superior e as normas e práticas de nível inferior. Princípios são marcados por certo déficit de efetividade, enquanto normas, por correspondente grau de invalidez ou ilegitimidade.⁷ Mesmo em face do sistema constitucional de atribuição ao Ministério Público da plena titularidade da persecução penal no Brasil, remanescem normas inferiores (notadamente no Código de Processo Penal), práticas e, sobretudo, cultura jurídica que não se compatibiliza com a dimensão do princípio acusatório disposto pela Constituição do Brasil.

Em segundo lugar, de modo intimamente ligado à primeira advertência, vale lembrar o postulado que J. J. GOMES CANOTILHO invoca, de que normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso (a interpretação da constituição conforme as leis – *gesetzkonforme Verfassungsinterpretation*).⁸ O verdadeiro autor da ideia, WALTER LEISNER, fala de

⁶ Diversas considerações deste tópico utilizaram subsídios de WELLINGTON CABRAL SARAIVA (Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 157-177).

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* Madrid: Trotta, 1995, p. 27. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1106.

“interpretação da Constituição segundo a lei”.⁹ O intérprete e aplicador do direito deve fazer as leis e demais normas infraconstitucionais adaptarem-se ao ordenamento constitucional, não este àquelas, a fim de não conferir à Constituição caráter demasiadamente aberto, a ser preenchido a seu talante pelo legislador ordinário, e de não se chegar a interpretações constitucionais inconstitucionais.¹⁰ As normas processuais de nível legal é que devem ser examinadas quanto à sua compatibilidade com os preceitos constitucionais, notadamente em relação à eficácia do binômio princípio acusatório–titularidade do Ministério Público da persecução penal.¹¹

O alicerce desta análise parte do art. 129, I e VIII, da Constituição, que concedeu ao Ministério Público a titularidade da persecução penal. Desenhou claramente um processo penal de índole acusatória, em que a imparcialidade do juiz avulta e ressalta a competência das partes para produzir a prova de suas alegações.¹² Lembra FERRAJOLI que as características essenciais desse sistema

⁹ LEISNER, Walter. “Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung”, inicialmente publicado no *Juristenzeitung* de 1964, p. 201–205, agora reproduzido in: _____. *Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957–1991*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 276–289 (p. 281).

¹⁰ CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, obra citada na nota 8, p. 1.106.

¹¹ DIAULAS COSTA RIBEIRO, não sem razão, critica a doutrina e a jurisprudência brasileiras que amiúde interpretam a ordem constitucional de 1988 à luz de parâmetros antigos e diz que ela “sofre de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259).

¹² Não se devem admitir, portanto, institutos que retirem esse protagonismo processual às partes, como fazia, por exemplo, o antigo art. 531 do Código de Processo Penal, que permitia, no caso das contravenções, início de processo por auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida por delegado de polícia ou juiz, até mesmo de ofício.

são rígida separação entre juiz e acusação, igualdade entre acusação e defesa,¹³ publicidade e oralidade do juízo. Ao reverso, seriam típicos do sistema inquisitivo iniciativa do juiz no âmbito probatório, desigualdade de poder entre acusação e defesa e caráter estrito e secreto da instrução.¹⁴ Ele vai além e afirma que a separação entre juiz e acusação é “o mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais”.¹⁵

Em consequência desse dispositivo constitucional e do princípio acusatório dele decorrente (ainda que o Brasil não tenha adotado, segundo a compreensão majoritária, sistema acusatório puro), compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento. Isso, claro, não exclui o importante trabalho da polícia criminal nem implica atribuir ao MP “presidência” de inquérito policial, quando esse procedimento for necessário.

Como diz MARCELLUS POLASTRI LIMA, sendo titular da ação penal pública, o órgão ministerial é o primeiro interessado no bom andamento das investigações.¹⁶ A titularidade da acusação implica atribuição do ônus da imputação (*nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*) e do ônus probatório (*carga probandi*) ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como

¹³ Embora o autor não o sustente, o grau dessa igualdade pode variar em cada sistema, e ela não precisa ser absoluta.

¹⁴ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 7, p. 563.

¹⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 7, p. 567.

¹⁶ LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

pondera FERRAJOLI.¹⁷ Por conseguinte, é lógica e teleologicamente inevitável que a direção da investigação caiba a quem tem esse ônus, pois é seu interesse a prova da acusação.

O princípio acusatório decorre não somente do citado art. 129, I e VIII, mas também, como lembra POLASTRI LIMA, de outros princípios processuais inseridos na Constituição de 1988, como os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e do juiz natural e imparcial (arts. 5º, LIII, 92 e 126).¹⁸ GERALDO PRADO defende que o princípio acusatório tem as seguintes características, no que tange à figura do autor: a) o direito de ação e o de defesa estão voltados para produzir decisão judicial em caso concreto; b) o direito de ação é exercitado por pessoa ou órgão distinto do incumbido de julgar; c) o autor não se limita a iniciar o processo, pois deseja ver reconhecida sua pretensão; d) inclui o direito de provar os fatos e debater as questões de direito relevantes; e) a acusação integra o direito de ação e delimita o objeto da contenda; f) legitima o autor a preparar-se adequadamente para propor a ação, pois, como afeta o *status dignitatis* do acusado, deve fundar-se em justa causa.¹⁹ BRUNO CALABRICH também destaca como característica do modelo acusatório a possibilidade de os sujeitos processuais participarem ativamente da produção das provas que entenderem cabíveis, para demonstrar a procedência de suas pretensões.²⁰ Aponta como componentes do sistema acusatório os se-

¹⁷ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 7, p. 564.

¹⁸ LIMA, *Ministério Público e persecução criminal*, ob. cit. na nota 16, p. 124-125.

¹⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 119.

²⁰ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 7, p. 39. (Coleção Temas Fundamentais de Direito).

guintes princípios: a) imparcialidade do juiz; b) contraditório; c) ampla defesa; d) igualdade de partes; e) publicidade dos atos; f) oralidade.²¹

Julgado do Pleno do STF, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, assentou que o Ministério Público é o árbitro exclusivo, no curso da investigação criminal, da base empírica necessária ao oferecimento de denúncia.²² Por isso lhe cabe direcionar as investigações a serem realizadas, já que será o órgão a quem caberá, se for o caso e de acordo com seu critério, ofertar imputação ao juiz. Em outro precedente, o Min. RAFAEL MAYER notou: “é pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial, ou venha a ser impedimento a que ofereça a denúncia”.²³ Também pela titularidade da persecução penal e pela missão constitucional de dirigi-la, pode o Ministério Público requisitar diligências preliminares em inquérito para, uma vez concluídas, decidir por denúncia ou prosseguimento da investigação.²⁴ Veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, a respeito da função do Ministério Público na investigação criminal:

*HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO DA
SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE SARGENTO DE POLÍCIA NA*

²¹ CALABRICH, *Investigação criminal*, ob. cit. na nota 20, p. 40.

²² STF. Plenário. Questão de ordem no inquérito 1.604/AL. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 13/11/2002, un. DJ, seção 1, 13 dez. 2002, p. 60.

²³ STF. Primeira Turma. Recurso em *habeas corpus* 61.110/RJ. Rel.: Min. RAFAEL MAYER, 5/8/1983, un. DJ, 26 ago. 1983, p. 12.714.

²⁴ STF. Segunda Turma. RHC 58.849/SC. Rel.: Min. MOREIRA ALVES, 12/5/1981, un. DJ, 22 jun. 1981, p. 6.064; *Revista trimestral de jurisprudência*, v. 103, n. 3, p. 979.

PRÁTICA DE ILÍCITOS. ARQUIVAMENTO, PELO JUÍZO, SEM EXPRESSO REQUERIMENTO MINISTERIAL PÚBLICO. REABERTURA DO FEITO. POSSIBILIDADE. [...]

1. O inquérito policial é procedimento de investigação que se destina a apetrechar o Ministério Público (que é o titular da ação penal) de elementos que lhe permitam exercer de modo eficiente o poder de formalizar denúncia. Sendo que ele, MP, pode até mesmo prescindir da prévia abertura de inquérito policial para a propositura da ação penal, se já dispuser de informações suficientes para esse mister de deflagrar o processo-crime.

2. É por esse motivo que incumbe exclusivamente ao *Parquet* avaliar se os elementos de informação de que dispõe são ou não suficientes para a apresentação da denúncia, entendida esta como ato-condição de uma bem caracterizada ação penal. Pelo que nenhum inquérito é de ser arquivado sem o exposto requerimento ministerial público. [...]

5. Ordem denegada.²⁵

O reconhecimento do papel do Ministério Público na persecução penal ocorre por parte da Suprema Corte brasileira, também, ao não aceitar transação penal (da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995) sem iniciativa do órgão, precisamente porque é esse o órgão ao qual a Constituição atribuiu, com privatividade, a iniciativa de provocar o Judiciário para concretizar o *jus puniendi* estatal.²⁶

²⁵ STF. Primeira Turma. HC 88.589/GO. Rel.: Min. CARLOS BRITTO, 28/11/2006, un. DJ 1, 23 mar. 2007, p. 107.

²⁶ No recurso extraordinário 296.185/RS, por exemplo, o STF anulou processo em que houve ratificação, em audiência, de transação penal proposta pelo Ministério Público, mas à qual este não pôde comparecer (ou seja, a transação não se poderia consumir sem intervenção da parte autora da ação penal) (STF. Segunda Turma. RE 296.185/RS. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA, 20/11/2001, un. DJ 1, 22 fev. 2002, p. 55). No RE 492.087/SP, ficou assentado: “[...] A transação penal pressupõe acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público. Precedente: RE 468.191, Relator Ministro SEPÚLVEDA

Deve o Poder Judiciário reconhecer e não obstar o livre acesso a dados não protegidos constitucionalmente pela reserva de jurisdição, em exercício da titularidade da persecução penal por parte do Ministério Público. O Supremo Tribunal possui entendimento pacificado sobre o assunto e em diversas oportunidades assim se manifestou:

1. O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado. [...] “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável,” – eis aí a primeira condicionante, o prazo há de ser razoável – ‘investigações de natureza penal,’ – portanto, o julgamento abriu as portas para a investigação de natureza penal – ‘desde que’ – vem a segunda condicionante – “respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, – e vem a terceira condicionante – as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, – vem a quarta – as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, – fazendo referência expressa aos ilustres advogados – [...] sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, – do Ministério Público, é a quinta condicionante – necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição. – é a sexta condicionante” (RE 593.727, Redator para o Acórdão Min. GILMAR MENDES, julgado em 14.05.2015).²⁷

PERTENCE, Primeira Turma. [...]” (STF. Primeira Turma. RE 492.087/SP. Rel.: Min. CARLOS BRITTO, 19/9/2006, un. DJ 1, 22 jun. 2007, p. 40).

²⁷ STF. 1ª Turma. HC 100.978/SP. Redator para acórdão: Min. EDSON FACHIN. 22/9/2015, maioria. DJe 240, 26 nov. 2015.

[...] A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. [...].²⁸

[...] É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes. [...].²⁹

Em todos esses julgamentos, o órgão de cúpula do Judiciário reafirmou a vigência do princípio acusatório no País e a posição do Ministério Público como parte e protagonista da persecução penal.³⁰

²⁸ STF. Plenário. MC na ADI 5.104/DF. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO, 21/5/2014, maioria. *DJe* 213, 30 out. 2014.

²⁹ STF. 2ª Turma. HC 89.837/DF. Rel.: Min. CELSO DE MELLO, 20/10/2009. un. *DJe* 218, 20 nov. 2009. Sem destaques no original.

³⁰ Como se sabe, o Ministério Público atua como parte especial, pois, diferentemente das partes privadas, seu compromisso precípua é com a defesa

Tem razão GERALDO PRADO ao defender, como decorrência do princípio acusatório, a necessidade de prestigiar a autonomia do acusador, cuja legitimidade deriva diretamente da Constituição, até no que respeita à convicção da ausência de suporte probatório idôneo à promoção da ação penal ou à existência de fator juridicamente inibidor dessa propositura. Deve-se excluir o juiz da tarefa de controlar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, quando esta não for exercida.³¹ Diz ele:

Com efeito não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da *opinio delicti*.

A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório.

Assim, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz estará em condições de avaliar imparcialmente se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade da pessoa humana.³²

da ordem jurídica (CR, art. 127, *caput*), de modo que pode – e costuma fazê-lo quotidianamente – postular contra a acusação, como quando pede absolvição ou declaração de extinção da punibilidade, e recorrer ou impetrar *habeas corpus* em favor do réu. Está ultrapassada a figura do membro do Ministério Público como “acusador sistemático”, na esfera criminal.

³¹ PRADO, *Sistema acusatório*, ob. cit. na nota 19, p. 123.

³² PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 175. Em sentido semelhante: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 73; DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina

A propósito, o voto do Ministro CELSO DE MELLO:

[...] o inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.³³

Limitar acesso a documentos do SIPAER e restringi-lo a reserva de jurisdição, não contemplada nas exceções delineadas pela Constituição da República, ofende os dispositivos constitucionais apontados e afronta os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de comprometer o exercício do poder investigatório do Ministério Público. Conflitam igualmente com as funções constitucionais de investigação da polícia criminal, a que se refere o art. 144, §§ 1º, I, e 4º, da Constituição.

No Direito Processual, tanto Civil quanto Penal, prestigia-se o livre convencimento do juiz. No Processo Penal aplicam-se os princípios da verdade real e da persuasão racional, enquanto o Processo Civil se orienta pela verdade formal. Ambos induzem a provar, por todos os meios legais, a verdade dos fatos controvertidos. Produção de provas é essencial para que o juiz faça valoração adequada do quadro fático que lhe é apresentado.

do crime. *Revista portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa: Aequitas, fasc. 1, p. 136, jan./mar. 1991; SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 69-71.

³³ STF. Primeira Turma. HC 73.271-SP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO, 19/3/1996, un. DJ 1, 4 out. 1996. Na mesma linha, apontando o Ministério Público como único destinatário da investigação criminal (ao lado, excepcionalmente, do ofendido, nos casos de ação penal privada): CALABRICH, *Investigação criminal*, ob. cit. na nota 20, p. 62.

Os arts. 88-I, § 2º, e 88-K do CBA afrontam o art. 129, I, VI, VIII e IX, da CR, ao impor reserva de jurisdição à obtenção de dados do SIPAER, em notório confronto com a liberdade de investigação do Ministério Público. Não pode o Código Brasileiro de Aeronáutica criar reserva de jurisdição e conferir prerrogativas exclusivas ao Judiciário de acesso a informações que deveriam estar disponíveis para outros órgãos e entes estatais. É o caso do Ministério Público, consoante se apontou, em razão de seu poder requisitório. Assim já se pronunciou, sobre o tema, o STF:

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

A cláusula constitucional da reserva de jurisdição – que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação de prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) – traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina. [...] ³⁴

³⁴ STF. Plenário. MS 23.452/RJ. Rel.: Min. CELSO DE MELLO, 16/09/1999, maioria. *DJ*, 12 maio 2000. Sem destaques no original.

Considerando as balizas da interpretação constitucional do STF acerca das limitações à reserva de jurisdição e as considerações sobre a proteção constitucional dos poderes instrutórios do Ministério Público, verifica-se que os meios estabelecidos na legislação impugnada são incongruentes e até inadequados aos fins perseguidos pela lei. O excesso de normatização legislativa viola o princípio da proporcionalidade, derivado do art. 5º, LIV, da CR, na medida em que extrapola a reserva de jurisdição já delineada constitucionalmente e desrespeita prerrogativas de investigação do Ministério Público e da polícia.

O art. 88-C preceitua que a investigação do SIPAER terá precedência sobre os procedimentos, concomitantes ou não, das demais investigações, no tocante ao acesso e à guarda de itens de interesse da investigação. Esse dispositivo pode ser interpretado de forma a causar séria lesão às atribuições constitucionais do Ministério Público e da polícia criminal e à garantia de acesso à jurisdição. Nas investigações aeronáuticas administrativas, não é raro que equipamentos de aeronaves sinistradas sejam enviados aos próprios fabricantes para análise.³⁵ Isso é perfeitamente compatível com as finalidades e princípios dessa investigação, que busca prevenir acidentes e incidentes, mas não é, em princípio, com a busca da verdade em processos cíveis e, principalmente, criminais.

³⁵ Em rica monografia de conclusão de curso de Direito, CONRADO PRIOLI DUARTE, na seção 4.2, aponta diversos exemplos de acidentes aéreos, no Brasil e no exterior, em que objetos e equipamentos decisivos para esclarecimento deles foram enviados a exame a cargo dos próprios fabricantes (DUARTE, Conrado Prioli. *Investigação de acidentes aeronáuticos: aspectos inconstitucionais da Lei 12.970/14*. p. 60 e seguintes; disponível em < <http://migre.me/w7iO4> > ou < <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/159598/TCC%20Direito%20Conrado%20Prioli%20Duarte.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >; acesso em 23 fev. 2017).

Falhas nesses produtos podem gerar responsabilidade civil e até criminal de fabricantes e seus prepostos, e não se pode admitir que partes tendencialmente interessadas em se forrar a tais responsabilidades realizem tais exames sem acompanhamento devido de peritos do sistema de justiça. Isso pode afetar decisivamente o exercício da jurisdição, ao impedir o Judiciário de ter provas confiáveis e preservadas com base nas quais possa aplicar o direito.

A precedência absoluta da investigação aeronáutica prevista no art. 88-C é desnecessária e exorbitante para os fins do SIPA-ER. Basta que se garanta pleno acesso aos peritos aeronáuticos ao local e aos vestígios do evento e preservação de ambos, para que a investigação aeronáutica se desenvolva sem embaraços. Não há necessidade de impedir que peritos criminais igualmente acompanhem esse trabalho e procurem, em coordenação com os profissionais do SIPAER, preservar a integridade de provas relevantes para processos judiciais, como ocorre em diversos países. Conforme bem expõe CONRADO PRIOLI DUARTE,³⁶ a previsão legal fere não somente a garantia de acesso à justiça como o princípio da proporcionalidade, na sua vertente da proibição de excesso, como decorrência do devido processo legal (Constituição, art. 5º, LIV). Ofende igualmente, como apontado, as funções constitucionais do Ministério Público e da polícia criminal.

O art. 88-D cria entrave à titularidade da persecução penal por parte do Ministério Público e à função de investigação criminal das polícias federal e civil, conforme o caso (conquanto na quase totalidade dos casos a competência para apuração de acidentes e incidentes aeronáuticos seja federal, por força do art. 109,

³⁶ DUARTE, Conrado Prioli. *Investigação de acidentes aeronáuticos...*, ob. cit. na nota 35, p. 57-71.

IX, da CR).³⁷ De acordo com o dispositivo, se, no curso de investigação do SIPAER, forem encontrados indícios de crime, relacionados ou não à cadeia de eventos do acidente, far-se-á a comunicação à autoridade policial competente. O dispositivo não apresenta nenhuma incompatibilidade com a Constituição, desde que seja interpretado como não impeditivo da iniciativa do Ministério Público e das polícias (federal ou civil, conforme o caso) de buscar acesso à investigação aeronáutica, a fim de aquilatar a existência de indícios de infração penal.

Como a investigação aeronáutica não possui finalidade essencialmente criminal, segundo exposto nesta petição, é perfeitamente possível que as autoridades dela encarregadas não se preocupem ou não enxerguem elementos que, aos olhos dos órgãos envolvidos na persecução penal, possam ser aptos a amparar o início de investigação criminal. Se estes órgãos precisassem permanecer na dependência de um juízo de valor das autoridades aeronáuticas, haveria inaceitável condicionamento do início da investigação criminal à avaliação discricionária das autoridades aeronáuticas. Estar-se-ia transferindo aos órgãos do SIPAER uma espécie de competência para avaliar, de forma soberana e sem controle, a existência de indícios de delito, uma verdadeira usurpação da *opinio delicti* que é privativa do Ministério Público. Isso violaria as normas constitucionais que dão poder de investigar ao Ministério Público (especialmente nos incisos do art. 129) e às polícias criminais (particularmente no art. 144, §§ 1º e 4º).

³⁷ “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]

IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar; [...].”

Os arts. 88-N e 88-P definem restrições de acesso da polícia criminal e do Ministério Público aos vestígios de acidentes e incidentes aeronáuticos. Esses órgãos ficam subordinados a autorização do órgão de investigação aeronáutica para poder preservar e examinar tais vestígios, salvo em situação de urgência, para garantir a vida e a segurança de pessoas. Interpretados estritamente, as normas do CBA geram ofensa à eficiência da persecução penal nos casos em que as autoridades aeronáuticas não possam se fazer imediatamente presentes ao local do evento e a polícia deixe de adotar a providência do art. 6º do Código de Processo Penal.³⁸ Caso compreendidas dessa forma, as normas dos arts. 88-N e 88-P gerariam a irracional situação de a autoridade policial não poder pre-

³⁸ “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I – dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II – apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV – ouvir o ofendido;

V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI – proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII – determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII – ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX – averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X – colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.”

servar e reter vestígios de acidente aéreo, mesmo que as autoridades aeronáuticas estejam impedidas de chegar ao local em tempo hábil.

As normas instituem excesso e inadequação na proteção dos dados do SIPAER, os quais, apesar de constituírem relevantes elementos de provas, não possuem núcleo essencial de relevância protegido constitucionalmente, de modo a condicionar o acesso, pelas partes e órgãos públicos constitucionalmente interessados no esclarecimento de acidentes aeronáuticos, a prévia autorização judicial, segundo o art. 88-K do CBA.

Não há razão justificável para a vedação de emprego de dados e documentos do SIPAER em processos e procedimentos judiciais e administrativos. Essa possibilidade de modo algum implica subverter a finalidade legal desse sistema, para apartá-lo da prevenção de outros acidentes e incidentes (art. 86-A do Código) e transformá-lo em órgão de investigação cível ou criminal. Mostra-se contraproducente, irracional e inconstitucional impedir que os elementos produzidos no SIPAER possam igualmente servir à instrução de demandas judiciais e administrativas e dificultar o acesso a esses dados a órgãos com poder constitucional de requisição, como o Ministério Público.

Argumenta-se que a finalidade da lei seria evitar receio no auxílio de potenciais testemunhas e colaboradores de investigações de acidentes aéreos, caso soubessem que suas informações poderiam instruir procedimentos cíveis e criminais. O argumento não tem consistência nem justifica a inconstitucionalidade da lei. Acidentes e incidentes aéreos podem envolver o cometimento de diferentes delitos, e não há motivo juridicamente idôneo para impe-

dir ou turbar sua investigação em favor da conveniência da apuração de órgãos da aviação civil ou militar. Infrações penais graves ocorrem quotidianamente no País e no mundo, e para fazer face ao receio de potenciais testemunhas e colaboradores o ordenamento jurídico prevê mecanismos há muitos anos, como a Lei de Proteção à Testemunha (Lei 9.807, de 13 de julho de 1999) e a Lei das Organizações Criminosas, para colaboradores (Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013).

Sustenta-se que o caráter não punitivo da investigação aeronáutica busca não inibir testemunhas que poderiam relatar falhas próprias ou das empresas e entidades de que façam parte, o que não fariam se soubessem da utilização criminal da investigação. A prevalecer esse argumento, proteção semelhante teria de ser dada a uma infinidade de outras investigações, como as de acidentes marítimos e terrestres, as de erros médicos, as de falhas em obras de engenharia etc. No limite, passaria a haver um grande contingente de fatos jurídicos imunes a investigação civil e criminal, em nome de estimular pessoas envolvidas a assumir potencial responsabilidade por acidentes e incidentes graves. O princípio de responsabilidade, que se espalha por todos os campos da atividade humana, não parece acolher tais nichos de imunidade, que as normas atacadas pretendem estimular.

Em último caso, a lei poderia receber interpretação conforme a Constituição, a fim de permitir compartilhamento da investigação aeronáutica com investigações criminais e ao mesmo tempo compatibilizar isso com a garantia constitucional contra a autoincriminação. Bastaria estabelecer a compreensão de que informações autoincriminatórias prestadas em investigação aeronáutica

não podem servir para definir culpa criminal se não forem admitidas pelos réus nas ações penais a que vierem a responder, quando couberem.

Outro fundamento que se costuma invocar para as disposições impugnadas é a necessidade de sigilo na investigação do acidente ou incidente aeronáutico. Novamente, o argumento é inábil a evitar a inconstitucionalidade das normas, porque investigações administrativas ou sob supervisão judicial podem transcorrer em sigilo, sempre que necessário, sem que isso justifique impedimento ao compartilhamento de suas conclusões com outros órgãos constitucional ou legalmente competentes para investigar os mesmos fatos em outra esfera.

Afirma-se ainda que as restrições dos dispositivos impugnados visariam a atender à normatização internacional da Organização Internacional de Aviação Civil (OIAAC, ou *International Civil Aviation Organization* [ICAO], em inglês), agência da Organização das Nações Unidas (ONU) especializada no tema. A ICAO patrocinou a Convenção sobre Aviação Civil Internacional (conhecida como Convenção de Chicago), firmada pelo Brasil em 29 de maio de 1945 e introduzida no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto 21.713, de 27 de agosto de 1946. Diz-se que suas normas sobre investigação de eventos aeronáuticos privilegiam a prevenção, em detrimento da aplicação de punições.

Conquanto isso possa ser verdade, de modo algum a Convenção de Chicago veda compartilhamento de investigações aeronáuticas com autoridades civis e criminais competentes para apurar os mesmos fatos em outras esferas de responsabilidade. O art. 26

da convenção não contém proibição alguma nessa direção. Dispõe ele:³⁹

ARTIGO 26

Investigação de acidentes

No caso de acidente a uma aeronave de estado contratante ocorrer no território de outro estado contratante, envolvendo morte ou lesões graves ou indicando defeito técnico sé-

³⁹ A tradução indicada no corpo desta petição inicial busca ser mais fiel ao texto original da convenção (disponível em < <http://migre.me/w6Ojw> > ou < http://www.icao.int/publications/Documents/7300_cons.pdf >; acesso em 22 fev. 2017), em face da má tradução constante da versão divulgada pelo sítio de legislação do Palácio do Planalto, disponível em < <http://migre.me/w6O6Z> > ou < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21713.htm >; acesso em 22 fev. 2017. A tradução do art. 26 no sítio do Palácio do Planalto é a seguinte:

“Artigo 26

Investigação de acidentes

No caso em que uma aeronave de um Estado contratante, acarretando morte ou ferimentos graves, ou indicando sérios defeitos técnicos na aeronave ou nas facilidades de navegação aérea, os Estados onde tiver ocorrido o acidente procederá a um inquérito sobre as circunstâncias que provocarão o acidente, de conformidade, dentro do permissível por suas próprias leis com o procedimento que possa ser recomendado nas circunstâncias pela Organização Internacional de Aviação Civil. Será oferecido ao Estado de registro da aeronave a oportunidade de designar observadores para assistirem as investigações, e o Estado onde se esteja processando o inquérito transmitirá ao outro Estado as informações e conclusões apuradas.”

A versão original em inglês da convenção, no sítio eletrônico da ICAO, é a seguinte:

“Article 26

Investigation of accidents

In the event of an accident to an aircraft of a contracting State occurring in the territory of another contracting State, and involving death or serious injury, or indicating serious technical defect in the aircraft or air navigation facilities, the State in which the accident occurs will institute an inquiry into the circumstances of the accident, in accordance, so far as its laws permit, with the procedure which may be recommended by the International Civil Aviation Organization. The State in which the aircraft is

rio na aeronave ou em instalações de navegação aérea, o estado no qual o acidente ocorrer iniciará investigação sobre as circunstâncias do acidente, de acordo, até onde suas leis permitam, com o procedimento que possa ser recomendado pela Organização Internacional de Aviação Civil. O estado no qual a aeronave for registrada deverá ter a oportunidade de indicar observadores a estarem presentes na investigação, e o estado que a conduzir deverá comunicar o relatório e os achados na matéria àquele estado.

Como se constata da análise do dispositivo convencional, não há restrição a compartilhamento da investigação aeronáutica com outras autoridades dos países envolvidos. Ao contrário, a norma preconiza que a investigação deverá observar a legislação nacional e, mais, que seus achados devem ser comunicados a outros países que possam ter interesse no fato. De toda sorte, ainda que a convenção proibisse tal compartilhamento, ela seria incompatível com a Constituição do Brasil, pelo conjunto de razões aqui expostas.

A ICAO aprovou anexos à Convenção de Chicago, entre os quais o Anexo 13, que estabelece normas e procedimentos para as investigações de acidentes e incidentes aeronáuticos. Esse anexo, aparentemente, não foi publicado oficialmente no Brasil e é difícil encontrá-lo em português (e até em inglês), mesmo em sítios da internet. Em versão divulgada pela Agência de Segurança Marítima Europeia,⁴⁰ o item 3.1 do anexo estabelece que “o único obje-

registered shall be given the opportunity to appoint observers to be present at the inquiry and the State holding the inquiry shall communicate the report and findings in the matter to that State”.

⁴⁰ European Maritime Safety Agency (EMSA). Versão em inglês do anexo disponível em < <http://migre.me/w6Pb0> > ou < http://www.emsa.europa.eu/retro/Docs/marine_casualties/annex_13.pdf >; acesso em 22 fev. 2017.

tivo da investigação de um acidente ou incidente deverá ser a prevenção de acidentes e incidentes. Não é o propósito dessa atividade atribuir culpa ou responsabilidade”.⁴¹

O fato de a investigação administrativa aeronáutica ter a finalidade precípua de prevenir outros eventos indesejados de maneira alguma colide com a possibilidade de compartilhar seus achados com outras autoridades cíveis e criminais. O mesmo Anexo 13, no item 5.10, expressamente fixa a importância da coordenação entre a investigação aeronáutica e a das autoridades judiciais, sabendo-se que, para os países europeus ocidentais, o conceito de “autoridade judicial” abrange os órgãos do Ministério Público. Segundo esse item 5.10, “[o] estado condutor da investigação deverá reconhecer a necessidade de coordenação entre o investigador encarregado e as autoridades judiciais. Particular atenção deverá ser dada à prova que exija pronto registro e análise para que a investigação seja bem sucedida, como o exame e a identificação de vítimas e transcrições de gravadores de voo”.⁴² O item 5.12 do anexo igualmente permite uso de informações reservadas da investigação aeronáutica, desde que determinada por autoridade judicial.⁴³

⁴¹ No original: “OBJECTIVE OF THE INVESTIGATION

3.1 The sole objective of the investigation of an accident or incident shall be the prevention of accidents and incidents. It is not the purpose of this activity to apportion blame or liability”.

⁴² No original: “Coordination – Judicial authorities

5.10 The State conducting the investigation shall recognize the need for coordination between the investigator-in-charge and the judicial authorities. Particular attention shall be given to evidence which requires prompt recording and analysis for the investigation to be successful, such as the examination and identification of victims and read-outs of flight recorder recordings.”

⁴³ Dispõe o *caput* do item: “Não divulgação de registros

5.12 O estado condutor da investigação de um acidente ou incidente não tornará os seguintes registros disponíveis para fins outros que a investiga-

O que a convenção e seu anexo almejam é tornar a investigação aeronáutica voltada essencialmente à prevenção de novos acidentes e incidentes, mas não exclui – nem poderia – a apuração criminal do mesmo fato, desde que em outra investigação. Faz isso no item 5.4.1, como simples recomendação, segundo o qual “qualquer procedimento judicial ou administrativo para atribuir culpa ou responsabilidade deve ser separado de qualquer investigação conduzida sob as normas deste anexo”.⁴⁴ Embora separadas, as investigações aeronáutica e criminal não são nem devem ser comunicáveis.

É equivocado afirmar que deva haver caráter estanque entre a investigação aeronáutica em sentido estrito (conduzida, no Brasil, pelo CENIPA) e a investigação do acidente ou incidente por outras autoridades civis e criminais. Ao contrário, como se viu, o item 5.10 do anexo propugna **coordenação** entre elas. A Convenção de Chicago, no art. 26, e seu Anexo 13 não amparam essa compreensão e, mesmo que o estabelecessem, não poderiam prevalecer no País, em face de seu ordenamento constitucional.

ção de um acidente ou incidente, salvo se a autoridade competente de administração de justiça nesse estado determinar que seu uso compensa impactos adversos domésticos e internacionais que isso possa ter nessa e em futuras investigações: [...].

No original: “Non-disclosure of records

5.12 The State conducting the investigation of an accident or incident shall not make the following records available for purposes other than accident or incident investigation, unless the appropriate authority for the administration of justice in that State determines that their disclosure outweighs the adverse domestic and international impact such action may have on that or any future investigations: [...]”.

⁴⁴ No original: “5.4.1 Recommendation. Any judicial or administrative proceedings to apportion blame or liability should be separate from any investigation conducted under the provisions of this Annex.”

Tampouco justifica as normas impugnadas o argumento de que as autoridades de investigação aeronáutica produzem análises operacionais de caráter em parte subjetivo, as quais não constituem meio de prova hábil a fundamentar decisões judiciais. Deve-se presumir que os órgãos jurisdicionais tenham capacidade suficiente para aquilatar os elementos factuais e objetivos colhidos na investigação aeronáutica em sentido estrito e diferenciá-los de avaliações subjetivas das autoridades da aviação. Para isso se presta o princípio do livre convencimento motivado e para sanar erros judiciais o País conta com exuberante sistema recursal. Igualmente pouco importa o fato de que a investigação aeronáutica não tem o fim de definir responsabilidades individuais. Os dados e documentos que ela produzir serão considerados como elementos de convicção pelo Poder Judiciário, com amparo no princípio do livre convencimento motivado, e o juízo competente deles extrairá as consequências apropriadas a cada caso, em face de cada universo probatório, inclusive para concluir, por exemplo, que não haveria lastro suficiente para condenar indivíduos determinados.

As restrições da lei colidem com os princípios da finalidade e da eficiência, pois impedem – no mínimo, dificultam de forma desarrazoada – que a investigação cível e criminal de acidentes aéreos progrida de forma célere e eficaz. Geram necessidade de re-trabalho, ou seja, de duplicação de esforços, com perda de recursos humanos e materiais, para dupla apuração: uma pelo SIPAER, outra de natureza cível ou criminal. A ofensa aos princípios da eficiência e da economicidade, que preconizam o mínimo dispêndio possível para o máximo benefício, parece evidente.

Portanto, são incompatíveis com o regime da Constituição da República de 1988 as normas legais apontadas da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), introduzidas pela Lei 12.970, de 8 de maio de 2014.

3. PEDIDO CAUTELAR

Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes.

Sinal de bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial.

Perigo na demora processual decorre do fato de que, enquanto não for suspensa a eficácia das normas questionadas, haverá impossibilidade – ou, ao menos, intensa dificuldade – de acesso a dados não protegidos constitucionalmente por cláusula de intimidade ou sigilo, de modo a permitir que se perpetue a criação desarrazoada, ineficaz e ilegítima de reserva de jurisdição que dificulta a ação do Ministério Público, da polícia criminal e de cidadãos vítimas e familiares de vítimas de acidentes aéreos de exercerem sua prerrogativa constitucional de promover ação penal pública devidamente instruída e de obter acesso à justiça. As normas causam severos embaraços à apuração cível e criminal de acidentes e incidentes aéreos no País.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pelas normas impugnadas seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além do sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer, de início, que esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário.

Requer que se colham informações do Congresso Nacional e que se ouça a Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Ao final, requer que seja julgado procedente o pedido, para:

a) declarar inconstitucionalidade dos arts. 88-I, § 2º, e 88-K da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), na redação da Lei 12.970, de 8 de maio de 2014);

b) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 88-C da lei, para definir que a precedência da investigação aeronáutica não exclui que peritos e outros agentes públicos do sistema de justiça tenham acesso ao local e aos vestígios do evento, busquem a preservação de ambos e acompanhem as análises dos objetos relacionados, de maneira coordenada com a investigação aeronáutica;

c) dar interpretação conforme a Constituição ao art. 88-D da mesma lei, para definir que o dever das autoridades aeronáuticas de comunicar de ofício ao Ministério Público e à polícia criminal indícios de crimes que constatarem em investigações aeronáuticas não impede que Ministério Público e polícia (federal ou civil, conforme o caso) tomem a iniciativa de buscar acesso à investigação aeronáutica, a fim de aquilatar a existência de indícios de infração penal;

d) dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 88-N e 88-P no sentido de que a autoridade policial pode preservar e reter vestígios de acidente ou incidente aéreo, independentemente de manifestação das autoridades aeronáuticas, quando estas estejam impedidas de chegar ao local em tempo hábil.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2017.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

RJMB/WCS/KZ-PI.PGR/WS/165/2017