

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR

**INVESTIGAÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS:
ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA LEI 12.970/14**

CONRADO PRIOLI DUARTE

Florianópolis
2015

Conrado Prioli Duarte

**INVESTIGAÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS:
ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DA LEI 12.970/14**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Reinaldo Pereira e Silva, Dr.

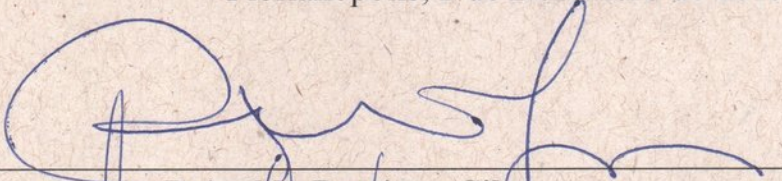
**Florianópolis
2015**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

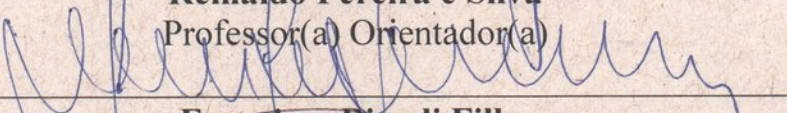
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Investigação de acidentes aeronáuticos: Aspectos inconstitucionais da lei 12.970/14**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Conrado Prioli Duarte**, defendido em **02/12/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

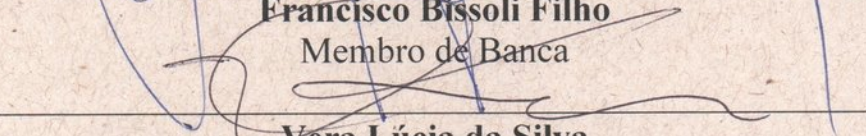
Florianópolis, 2 de Dezembro de 2015



Reinaldo Pereira e Silva
Professor(a) Orientador(a)



Francisco Bissoli Filho
Membro de Banca



Vera Lúcia da Silva
Membro de Banca

formatura

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): **Conrado Prioli Duarte**

RG: **18.421.981-4**

CPF: **218.373.368-30**

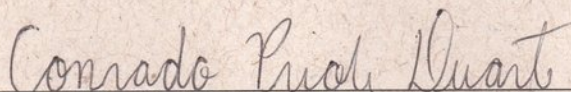
Matrícula: **11100228**

Título do TCC: **Investigação de acidentes aeronáuticos: Aspectos
inconstitucionais da lei 12.970/14**

Orientador(a): **Reinaldo Pereira e Silva**

Eu, **Conrado Prioli Duarte**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 2 de Dezembro de 2015



Conrado Prioli Duarte

Agradecimentos

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Reinaldo Pereira e Silva, por seu inestimável apoio e valiosos ensinamentos.

Agradeço ao Prof. Dr. Francisco Bissoli Filho, pelas preciosas contribuições.

Agradeço aos amigos do Curso de Direito, e particularmente à Bianca, ao Fernando e ao Evandro, sem quem a jornada pela graduação teria sido muito mais difícil, e certamente menos divertida.

E agradeço especialmente à minha esposa, Camila, por seu amor, que me inspira a tentar ser, a cada dia, uma pessoa melhor.

Resumo

O presente trabalho avalia a constitucionalidade de dispositivos introduzidos no ordenamento pela Lei nº 12.970/2014. Tais dispositivos estabelecem a precedência da investigação SIPAER sobre qualquer outra no que toca ao acesso e à custódia dos vestígios do acidente. De especial interesse são os dispositivos que exigem a anuência da autoridade SIPAER para que qualquer um, inclusive a polícia judiciária, possa manusear os destroços. A fim de alcançar esse objetivo, o trabalho examina a investigação SIPAER, ou seja, aquela investigação conduzida com o objetivo único de prevenir novos acidentes aeronáuticos por meio da identificação e remediação de seus elementos contribuintes. São abordados os fundamentos legais dessa investigação, seus métodos e princípios, de onde se afere que, para ser eficaz, a investigação SIPAER abdica de apurar responsabilidades. A apuração de responsabilidade penal em acidentes penais recai, por isso, sobre a persecução penal, que também é objeto de exame neste trabalho. São discutidas as razões pelas quais, estando presentes seus pressupostos, faz-se obrigatória a persecução penal. Também são examinados os tipos penais relacionados a acidentes aeronáuticos. Mediante uma análise comparativa, são destacados os principais pontos que diferenciam a investigação SIPAER da investigação criminal, e as razões porque a primeira não se presta a instruir o processo penal. O trabalho também avalia a relevância do exame pericial para a persecução penal em acidentes aeronáuticos, e a necessidade de que os peritos criminais tenham acesso aos vestígios do acidente. São então mostrados os impactos sobre direitos constitucionais advindos da Lei nº 12.970/2014. Aplicando-se o conceito da colisão de princípios e o critério da proporcionalidade, fica demonstrada inconstitucionalidade de algumas das disposições da Lei nº 12.970/2014. Por meio do direito comparado, examina-se como outros países conciliam as duas investigações em questão. Por fim, são apresentadas propostas que visam garantir a eficácia tanto da investigação SIPAER quanto da investigação criminal, de modo que fique resguardado o interesse público.

Palavras-chave: Acidente aeronáutico; Investigação; Direito penal; Constitucionalidade.

Sumário

1	INTRODUÇÃO	1
2	CONVENÇÃO DE CHICAGO E O SIPAER	3
2.1	A CONVENÇÃO DE CHICAGO E O ORDENAMENTO BRASILEIRO	3
2.2	A INVESTIGAÇÃO SIPAER	10
2.3	O PROBLEMA DA RESPONSABILIZAÇÃO PARA A INVESTIGAÇÃO SIPAER	17
3	PERSECUÇÃO PENAL EM ACIDENTES AERONAUTICOS	24
3.1	OBRIGATORIEDADE DA PERSECUÇÃO PENAL	24
3.2	CONDUTAS TÍPICAS EM ACIDENTES AERONÁUTICOS	29
3.2.1	<i>Atentado Contra a Segurança de Voo</i>	29
3.2.2	<i>Sinistro Aéreo</i>	32
3.2.3	<i>Incêndio em Aeronave</i>	33
3.2.4	<i>Explosão em Aeronave</i>	34
3.2.5	<i>Homicídio e Lesão Corporal em Acidentes Aeronáuticos</i>	35
3.3	DIFERENÇAS ENTRE A INVESTIGAÇÃO SIPAER E A PERSECUÇÃO PENAL	36
3.3.1	<i>Existência de um Indiciado/Acusado</i>	38
3.3.2	<i>Existência de Lide</i>	39
3.3.3	<i>Formalidades</i>	39
3.3.4	<i>Nexo Causal</i>	40
3.3.5	<i>Juízo de Certeza</i>	42
3.4	ACESSO AOS VESTÍGIOS E PROVA PERICIAL	43
3.4.1	<i>Exame Pericial em um Caso Concreto de Acidente Aeronáutico</i>	46
4	CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.970/2014 E PROPOSTAS	49
4.1	PONTOS CONTROVERSOS DA LEI Nº 12.970/2014	49
4.1.1	<i>Acesso e Custódia dos Vestígios do Acidente</i>	49
4.1.2	<i>Disposição Legal Anterior</i>	51
4.1.3	<i>Inafastabilidade da Jurisdição e Obrigatoriedade da Persecução Penal</i>	52
4.1.4	<i>Indício de Crime Encontrado durante a Investigação SIPAER</i>	55
4.1.5	<i>Inexistência de Colisão entre o Direito à Vida e a Inafastabilidade da Jurisdição</i>	56
4.1.6	<i>Aplicação do Princípio da Proporcionalidade</i>	57
4.2	PROBLEMAS DECORRENTES DA PRECEDÊNCIA DA INVESTIGAÇÃO SIPAER	60
4.2.1	<i>Acidente do Voo Air France 296</i>	60
4.2.2	<i>Acidente do Voo Gol 1907</i>	63
4.3	ABORDAGEM DO PROBLEMA EM OUTROS PAÍSES	67
4.3.1	<i>EUA</i>	67
4.3.2	<i>Austrália</i>	69
4.3.3	<i>França</i>	70
4.3.4	<i>Mônaco</i>	71
4.4	ATUAÇÃO PARALELA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E DA INVESTIGAÇÃO SIPAER	71
5	CONCLUSÃO	75
6	REFERÊNCIAS	78

1 INTRODUÇÃO

O acidente aeronáutico é um evento que tem potencial para ceifar grande número de vidas e provocar extenso dano material. Por isso, é comum que tais acidentes causem profunda consternação social, com clamores públicos por justiça, pela identificação e responsabilização de eventuais culpados. Tal clamor encontra eco na imprensa e provoca a ação das autoridades políticas.

Na década passada ocorreram os dois maiores acidentes aeronáuticos da história do país em número de vítimas: o acidente envolvendo o voo Gol 1907, que em 2006 colidiu com uma aeronave Embraer Legacy sobre a floresta amazônica; e aquele envolvendo o voo TAM 3054, que em 2007 colidiu com uma edificação vizinha ao aeroporto de Congonhas, em São Paulo.

Embora na época de sua ocorrência esses acidentes tenham dominado os noticiários, o mesmo não ocorre hoje. Ainda assim, seus desdobramentos se fazem sentir até agora na esfera jurídica, notadamente nos dois últimos anos.

Ambos os acidentes foram investigados pela Polícia Federal, ensejando posteriores processos penais. Os pilotos da aeronave Embraer Legacy foram condenados pelo acidente com o voo Gol 1907, ocorrendo o trânsito em julgado em outubro de 2015. Já os acusados pelo acidente do voo TAM 3054 foram absolvidos em primeira instância, conforme sentença prolatada em abril de 2015.

O primeiro dos dois acidentes motivou ainda a formação da CPI da Crise do Sistema de Tráfego Aéreo, cujo relatório resultou na Lei nº 12.970, de 7 maio de 2014. A persecução penal conduzida nos acidentes do Gol 1907 e do TAM 3054 motivou um elevado número de críticas por parte de membros da comunidade aeronáutica, tanto nacional como internacional. Em resposta a essas críticas é que foi concebido o projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.970/2014, com o objetivo de prover garantias para a eficaz condução da investigação de acidentes aeronáuticos voltada à segurança de voo.

Ao prover tais garantias à investigação preventiva de acidentes, entretanto, alguns dos dispositivos presentes na Lei nº 12.970/2014 impactam a persecução penal a tal ponto que sua constitucionalidade pode ser questionada. A análise da constitucionalidade desses dispositivos controversos, introduzidos no ordenamento pela Lei nº 12.970/2014 constitui o cerne deste trabalho. Para alcançar esse objetivo, a obra foi dividida em três capítulos.

No primeiro capítulo será analisada a investigação voltada à prevenção de novos acidentes, aquela conduzida no âmbito do SIPAER, o Sistema de Investigação e Prevenção de

Acidentes Aeronáuticos. O capítulo abordará a fundamentação legal dessa investigação, partindo de tratados de direito internacional como a Convenção de Aviação Civil Internacional, passando pela recepção desses tratados no ordenamento interno, seus reflexos na legislação ordinária como o Código Brasileiro de Aeronáutica, e chegando até às normas emitidas pelo Comando da Aeronáutica. Estabelecido esse alicerce legal, será então estudada a investigação SIPAER propriamente dita, sendo dissecados seu objetivo e seus métodos, e, a partir destes, as peculiaridades e os princípios dessa investigação. Uma vez assimilados os fundamentos da investigação SIPAER, tornar-se-á possível, na parte final do primeiro capítulo, compreender porque o uso dos resultados dessa investigação na persecução penal pode trazer prejuízos para futuras investigações, diminuindo sua eficácia, de modo que a busca por responsabilização precisa se dar em procedimento independente da investigação SIPAER.

A persecução penal em acidentes aeronáuticos será o objeto de estudo do segundo capítulo. Primeiramente será tratada a questão do poder-dever punitivo do Estado, e a consequente obrigatoriedade da persecução penal quando presentes indícios de uma conduta criminosa. A seguir, será realizado um estudo dos tipos penais que podem ser de importância em um acidente aeronáutico, de modo que melhor se possa compreender quais são as condutas ensejadoras da mencionada obrigatoriedade. Traçar-se-á, então, um paralelo entre a persecução penal e a investigação SIPAER, de modo que restem explícitas as diferenças entre os dois procedimentos. O capítulo será encerrado com uma análise da importância da prova pericial na persecução penal de acidentes aeronáuticos, sendo abordados os vestígios que servem de substrato ao exame pericial e a importância do acesso físico dos peritos criminais a eles.

No derradeiro capítulo, será colocado o problema da atuação simultânea da investigação SIPAER e da investigação criminal. Para tanto, analisar-se-ão as normas introduzidas pela Lei nº 12.970/2014 que estabelecem a precedência da investigação SIPAER sobre qualquer outra no que toca ao acesso e à custódia dos vestígios do acidente. Tais dispositivos serão confrontados com o ordenamento anterior, sendo aferida sua constitucionalidade frente aos riscos implicados para outros direitos fundamentais. Essa possível colisão de princípios será equacionada por meio da proporcionalidade. Casos concretos ilustrarão as consequências de uma mitigação desproporcional dos princípios em questão. O trabalho será concluído com propostas que visem harmonizar e dar efetividade a todos os interesses públicos em tela, mediante análise da situação jurídica do problema em outros países.

2 CONVENÇÃO DE CHICAGO E O SIPAER

2.1 A Convenção de Chicago e o Ordenamento Brasileiro

Até a Segunda Guerra Mundial, a aviação internacional era regulada por uma colcha de retalhos de centenas de acordos individuais entre países, em um sistema desajeitado e ineficiente (PEARSON, 2015, p. 308). Ao final da Guerra, o cenário encontrava-se alterado. A redução do número de potências mundiais¹ tornava mais fácil um entendimento quanto a uma regulação aceita internacionalmente. Em face das necessidades bélicas, ocorreram significativos avanços na tecnologia aeronáutica, que poderiam ser prontamente empregados na aviação civil. A indústria militar aeronáutica contava com uma ampla capacidade produtiva, que ficaria ociosa com o desfecho dos conflitos. E, por fim, restariam ainda milhares de aeronaves de transporte que seriam desmobilizadas, a maior parte das quais pertencia aos EUA (LARSEN, 2012, p. 37).

Nesse contexto, os EUA convocaram uma conferência diplomática, realizada em Chicago entre 01/11/1944 e 07/12/1944, a qual compareceram representantes de 54 nações (HAANAPPEL, 2003, p. 43). O principal documento produzido na conferência foi a Convenção de Aviação Civil Internacional, também conhecida por Convenção de Chicago, assinada por 52 estados. Tal convenção estabeleceu a moldura para um sistema comum de regras aeronáuticas internacionais, e criou um órgão internacional a fim de fomentar o desenvolvimento uniforme das normas e regulações aeronáuticas: a OACI (Organização da Aviação Civil Internacional) (PEARSON, 2015, p. 308).

O Brasil tornou-se signatário da Convenção em 29 de maio de 1945. A Convenção foi aprovada pelo Presidente da República por meio do Decreto-Lei nº 7.952, de 11 de setembro de 1945.

Para Mazzuoli (2011, p. 122), a ratificação é o evento mais importante da processualística dos atos internacionais, pois expressa definitivamente a vontade do Estado em participar das relações jurídicas reguladas pelo tratado e em submeter-se aos seus comandos. A Convenção foi, pois, ratificada pelo Brasil em 26 de março de 1946, sendo o

¹ Até a Segunda Guerra Mundial, a ordem política global era caracterizada pela multipolaridade. Havia no mundo diversas potências de primeira ordem: Reino Unido, França, Alemanha, EUA, URSS, Itália e Japão. Ao final da guerra, no entanto, as potências derrotadas do Eixo encontravam-se em ruínas, a França tivera seu poderio militar destruído pelas forças alemãs, e o Reino Unido estava endividado. O poder então concentrou-se em duas superpotências, os EUA e a URSS, no que caracterizou o mundo bipolar do período da Guerra Fria (WALTON, 2007, p. 63).

instrumento de ratificação depositado junto ao governo dos EUA em 8 de julho do mesmo ano².

Embora a Constituição Brasileira não determine explicitamente a obrigatoriedade da edição de um Decreto Executivo para dar eficácia interna a um tratado internacional, a doutrina e a jurisprudência assentaram esse procedimento que, através de sua promulgação e publicação, marcam o início da efetividade dos tratados no Brasil (VARELLA, 2011, p. 86). Nesse sentido:

[...] para que uma norma internacional seja aplicada no âmbito interno do Estado, é preciso que este faça primeiro a sua ‘transformação’ em direito interno, incorporando-a ao seu sistema jurídico. É isto uma consequência da completa independência entre as duas ordens jurídicas [...] o tratado ‘não é um meio em si de criação do direito interno’. Ele é ‘um convite ao Estado para um ato particular de vontade do Estado, distinto de sua participação no desenvolvimento jurídico internacional’. (MELLO, 2002, p. 114)

Similar entendimento tem o Supremo Tribunal Federal:

É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. (ADI 1480 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18/05/2001)

Cumprindo tal exigência, a Convenção foi promulgada em território nacional em 27 de agosto de 1946, pelo Decreto nº 21.713. Assim, o conteúdo da Convenção sobre Aviação Civil Internacional encontra-se, além de qualquer dúvida, integrado ao ordenamento jurídico interno brasileiro.

² Lista atual de contratantes da Convenção de Aviação Civil Internacional <http://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Chicago_EN.pdf>, acesso em 05/11/2015

De particular interesse para o presente trabalho é o Anexo 13 da Convenção de Chicago, intitulado Investigação de Acidente e Incidente com Aeronave. O Anexo 13 encontra seus fundamentos nos artigos 26 e 37 da Convenção:

ARTIGO 26 - Investigação de acidentes

No caso em que uma aeronave de um Estado Contratante sofra algum acidente em território de outro Estado Contratante, acarretando morte ou ferimentos graves, ou indicando sérios defeitos técnicos na aeronave ou nas facilidades de navegação aérea, o Estado onde tiver ocorrido o acidente procederá a um inquérito sobre as circunstâncias que provocaram 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.

[...]

ARTIGO 37 - Adoção de normas e processos internacionais

Os Estados Contratantes se comprometem a colaborar a fim de lograr a maior uniformidade possível em regulamentos, padrões, normas e organização relacionadas com as aeronaves, pessoal, aerovias e serviços auxiliares, em todos os casos em que a uniformidade facilite e melhore a navegação aérea.

Para este fim, a Organização Internacional de Aviação Civil adotará e emendará, oportunamente, segundo a necessidade, as normas internacionais e as práticas e processos relativos aos pontos seguintes:

[...]

(k) Aeronaves em perigo e investigação de acidentes;

Assim como todas as sugestões relacionadas com a segurança, regularidade e eficiência de navegação aérea que oportunamente forem necessárias. (BRASIL, 1946)

Em um de seus primeiros artigos, o Anexo 13 já estabelece qual o objetivo da investigação exigida pelo artigo 26 da Convenção de Chicago:

OBJETIVO DA INVESTIGAÇÃO

3.1 O único objetivo da investigação de um acidente ou incidente deverá ser a prevenção de acidentes e incidentes. O propósito desta atividade não é determinar culpa ou responsabilidade. (ICAO, 2010, p. 3-1, tradução nossa)

Reforçando o disposto no artigo 26 da Convenção, o Anexo 13 reitera que a investigação de um acidente aeronáutico é obrigatória, ressalvando que o Estado em que ocorreu o acidente pode delegar a outro Estado a condução da investigação, o que ocorre em casos em que o Estado da ocorrência não detém os meios necessários para conduzi-la:

5.1 O Estado de Ocorrência deverá instituir uma investigação sobre as circunstâncias do acidente e ser responsável pela condução da investigação,

mas poderá delegar, total ou parcialmente, a condução de tal investigação a outro Estado ou organização regional de investigação de acidentes por acordo e consentimento mútuos. Em qualquer caso, o Estado de Ocorrência deverá empregar todos os meios para facilitar a investigação. (ICAO, 2010, p. 5-1, tradução nossa)

O ponto central da investigação conduzida conforme a Convenção de Chicago é a prevenção de futuros acidentes, e esse objetivo é alcançado pela emissão de recomendações de segurança. Por meio da análise das circunstâncias do acidente, busca-se identificar os fatores que levaram a sua ocorrência. Recomendações de segurança são então emitidas àqueles em posição de modificar tais fatores, de modo a evitar que se repitam. A emissão de recomendações de segurança é tratada no artigo 5.4 do Anexo 13:

5.4 A autoridade investigadora do acidente deverá ter independência na condução da investigação e ter autoridade irrestrita sobre sua condução, conforme as disposições deste Anexo. A investigação deverá incluir:

- a) a coleta, gravação e análise de toda informação disponível sobre o acidente ou incidente;
- b) se apropriada, **a emissão de recomendações de segurança;**
- c) se possível, a determinação das causas e/ou fatores contribuintes; e
- d) a elaboração do relatório final.

Quando possível, a cena do acidente deverá ser visitada, os destroços examinados e depoimentos tomados das testemunhas. A extensão da investigação e o procedimento a ser seguido deverão ser determinados pela autoridade investigadora do acidente, dependendo das lições que ela espera obter da investigação para a melhoria da segurança. (ICAO, 2010, p. 5-2, tradução nossa, sem destaques no original)

Investigador encarregado é o termo utilizado para denominar, no texto do Anexo 13, a pessoa responsável pela organização, condução e controle da investigação. Tal profissional não atua sozinho mas, pelo contrário, coordena uma ampla equipe de investigadores. Sempre tendo em vista a cooperação entre as diferentes partes envolvidas no acidente, e o desejo de que as lições obtidas possam, por sua vez, ser difundidas ao longo de todo o meio aeronáutico, o Anexo 13 dá a diferentes Estados o direito de apontarem representantes acreditados para participarem da investigação. Tem direito garantido a essa participação o Estado em que se encontra matriculada a aeronave, o Estado da organização que explora a operação da aeronave, o Estado onde foi realizado o projeto da aeronave, e também o Estado onde a aeronave foi construída. Trata-se aqui de uma relação mínima, não obstante a participação na investigação de representantes acreditados de outros países, notadamente o do fabricante dos motores ou de outros componentes relevantes envolvidos no acidente:

5.18 O Estado de Registro, o Estado do Operador, o Estado de Projeto e o Estado de Manufatura deverão ter, cada um, o direito de nomear um representante acreditado para participar da investigação. (ICAO, 2010, p. 5-6, tradução nossa)

A participação desses representantes acreditados desempenha papel fundamental na investigação, visto que eles podem trazer para o seio da investigação conhecimentos específicos e necessários. Nesse sentido, a própria organização que explora a operação da aeronave pode propor assessores ao representante acreditado de seu Estado, normalmente pessoas do próprio quadro da organização, familiarizadas com os procedimentos, rotinas e normas internas vigentes no operador. De forma análoga, as organizações responsáveis pelo projeto e produção da aeronave podem também propor assessores ao representante acreditado de seu Estado, normalmente pessoas do próprio quadro da organização, familiarizadas com o projeto, produção e funcionamento de sistemas e componentes da aeronave eventualmente envolvidos no acidente:

5.19 O Estado de Registro ou o Estado do Operador deverão nomear um ou mais assessores, propostos pelo operador, para auxiliar seu representante acreditado.

[...]

5.20 O Estado de Projeto e o Estado de Manufatura deverão ter o direito de nomear um ou mais assessores, propostos pelas organizações responsáveis pelo projeto de tipo e pela montagem final da aeronave, para auxiliar seus representantes acreditados. (ICAO, 2010, p. 5-6, tradução nossa)

É digna de destaque a importância da participação de representantes das diferentes organizações listadas acima. De fato, em uma cena de acidente aéreo, onde todos os elementos constitutivos da aeronave encontram-se deformados, carbonizados e misturados a terra ou entulho, a identificação de componentes da aeronave, notadamente os menores, é tarefa das mais difíceis. O apoio de mecânicos e engenheiros, habituados com o aspecto externo e interno dos diversos componentes, é de enorme valia para individualizar tais componentes em meio aos destroços.

A participação desses assistentes não se restringe ao fornecimento de informações, mas frequentemente abrange acesso a ferramental indispensável ao exame dos vestígios. Esse ferramental pode ser necessário para a interpretação dos vestígios, ou para a realização de ensaios que visem analisar hipóteses desenhadas pela comissão de investigação. Em verdade, é comum o apoio de fabricantes no exame de gravadores de voo, bem como no esclarecimento de minúcias técnicas quanto ao funcionamento de sistemas, e ainda no fornecimento de novos componentes e meios para a realização de ensaios adicionais.

Contudo, o Anexo 13 estabelece que a participação na investigação não é uma via de mão única, direcionada apenas ao fornecimento de informações e apoio dos representantes acreditados e de seus assessores para o investigador encarregado. No espírito de cooperação que tinge todo o Anexo, todos os integrantes da comissão têm o direito de participar ativamente da investigação, notadamente:

5.25 Participação na investigação deverá conferir o direito a participar de todos os aspectos da investigação, sob o controle do investigador encarregado, e em particular a:

- a) visitar a cena do acidente;
- b) examinar os destroços;
- c) obter informações de testemunhas e sugerir áreas de questionamento;
- d) ter total acesso a todas as evidências relevantes tão logo quanto possível;
- e) receber cópias de todos os documentos pertinentes;
- f) participar da leitura de mídias gravadas;
- g) participar de atividades investigativas fora da cena, como exames de componentes, reuniões técnicas, testes e simulações;
- h) participar de encontros sobre o progresso das investigações, incluindo deliberações relacionadas a análises, descobertas, causas e recomendações de segurança; e
- i) fazer propostas a respeito dos vários elementos da investigação. (ICAO, 2010, p. 5-7, tradução nossa)

Como se vê, o objetivo da investigação prevista pela Convenção de Chicago é unicamente a melhoria da segurança de voo e a prevenção de novos acidentes. Nesse sentido, com o intuito de maximizar a capacidade preventiva da investigação, e conforme será abordado em maior profundidade na próxima seção, ela se abstém de apontar culpa ou responsabilidade, e assim busca obter a cooperação de todos os atores envolvidos no acidente. Apesar disso, não pretende a Convenção, por óbvio, tornar impune qualquer crime que resulte em um acidente aeronáutico, impedindo a administração da justiça nos estados membros. Por outro lado, uma vez que a investigação prevista na Convenção não se presta à apuração de responsabilidades, fica clara a necessidade de existirem outras investigações que tenham tais objetivos. O próprio Anexo 13 menciona essa possibilidade, mas recomenda que investigação por ele normatizada seja isolada das demais que visem apurar responsabilidade, como é o caso da investigação criminal:

5.4.1 Qualquer investigação conduzida em conformidade com os ditames deste Anexo deverá ser separada de qualquer procedimento administrativo ou judicial que vise apontar culpa ou responsabilidade. (ICAO, 2010, p. 5-3, tradução nossa)

A existência de investigações concomitantes e com objetivos distintos, por outro lado, pode ocasionar conflitos com relação ao acesso e ao exame dos vestígios do acidente, essenciais a qualquer investigação. Nesse sentido, o Anexo 13 alerta para a necessidade de haver coordenação entre as diferentes investigações conduzidas pelo Estado:

5.10 O Estado conduzindo a investigação deverá reconhecer a necessidade de coordenação entre o investigador encarregado e as autoridades judiciais. Particular atenção deverá ser dada a evidências que requeiram registro e análise imediatos para que a investigação seja bem-sucedida, como o exame e identificação das vítimas e leituras dos registros dos gravadores de voo. (ICAO, 2010, p. 5-4, tradução nossa)

Verifica-se que a investigação prescrita na Convenção de Chicago está inseparavelmente ligada à busca pela segurança de voo. No Brasil, a segurança de voo é tratada no âmbito do SIPAER (Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos), previsto no CBA (Código Brasileiro de Aeronáutica)³, instituído através do Decreto nº 69.565/1971, e reorganizado pelo Decreto nº 87.249/1982. Tal decreto situa o SIPAER no âmbito do Comando da Aeronáutica (então Ministério da Aeronáutica), e estabelece o CENIPA (Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos) como órgão central do sistema. Em estreita observância do Anexo 13 da Convenção de Chicago, o Decreto nº 69.565/1971 determina, em seu artigo 3º, que “*A atividade-auxiliar de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, para fins deste Decreto, envolve as tarefas realizadas com a finalidade de evitar perdas de vida e de material decorrentes de acidentes aeronáuticos*”.

Os procedimentos e atribuições referentes às investigações de acidente aeronáutico realizadas no âmbito do SIPAER são detalhas na NSCA 3-13 (Norma do Sistema do Comando da Aeronáutica), intitulada “Protocolos de Investigação de Ocorrências Aeronáuticas da Aviação Civil Conduzidas pelo Estado Brasileiro”. Nela observa-se novamente a atenção aos preceitos estabelecidos no Anexo 13:

2.1.1 As investigações de que trata esta Norma têm como única finalidade a prevenção de acidentes aeronáuticos, incidentes aeronáuticos graves e incidentes aeronáuticos, por meio da identificação dos fatores contribuintes presentes, direta ou indiretamente, na ocorrência investigada, e emissão de recomendações de segurança que possibilitem uma ação direta, ou tomada de decisão, para eliminar aqueles fatores, ou minimizar as suas consequências.

2.1.2 Não é propósito da investigação do SIPAER atribuir culpa ou responsabilidade aos envolvidos na ocorrência aeronáutica.

³ Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986.

Fica assim claro que o legislador brasileiro elegeu a investigação conduzida pelo SIPAER como o meio de atender à determinação contida na Convenção de Chicago. Por essa razão, e buscando clareza e brevidade, ao longo do presente trabalho será utilizada a expressão investigação SIPAER como forma de designar essa investigação, a qual busca exclusivamente aprimorar a segurança de voo e fundamenta-se na Convenção de Chicago. Tal denominação, aliás, é corriqueira na literatura e doutrina especializadas nacionais.

2.2 A Investigação SIPAER

O acidente aeronáutico tem características particulares que o diferenciam de outros acidentes. Primeiramente, a atividade aeronáutica apresenta um elevado risco intrínseco, exigindo um cuidado permanente e intenso com a segurança. Quando os cuidados com a segurança não são suficientes e ocorre o acidente, este tem potencial para ceifar um grande número de vidas e provocar extenso dano material.

No entanto, a diferença mais importante é que o acidente aeronáutico é particularmente danoso àqueles que estariam, em geral, em melhor posição para evitá-lo: a empresa fabricante, a empresa operadora e a tripulação. A tripulação, obviamente, tem elevado interesse na segurança do voo, pois suas vidas estão em jogo. As empresas, tanto fabricante como operador, ainda que pessoas jurídicas, têm preocupação semelhante, uma vez que os prejuízos materiais decorrentes da perda da aeronave e da responsabilidade civil, combinados com os danos à imagem das empresas, podem facilmente levá-las à bancarrota.

A segurança de voo tem por objetivo o controle dos riscos que afetam a navegação aérea, buscando minimizá-los e impondo medidas que impeçam a sucessão de eventos que resultaria em um acidente aéreo. Assim, pode-se afirmar que o objetivo da segurança de voo é possibilitar e fomentar o desenvolvimento da atividade aérea, afastando os riscos evitáveis (GAVILÁ, 2007, p. 2). Observe-se que Gavilá faz referência aos riscos evitáveis, pois sempre estão presentes aqueles intrínsecos à atividade aérea, riscos cuja eliminação demandaria, possivelmente, a supressão da própria atividade. Desse modo, ainda que a segurança seja um princípio essencial da atividade aeronáutica, e sua busca seja dever de todos aqueles envolvidos na atividade, a segurança absoluta é uma impossibilidade.

Nesse cenário, desenvolveu-se a doutrina atual de segurança de voo, baseada em uma busca incondicional pela redução dos riscos da atividade. Tal doutrina estabelece que a prevenção de futuros acidentes é o objetivo primordial, sobrepondo-se a qualquer busca de punição contra eventuais causadores do acidente.

A investigação de acidentes aeronáuticos é uma das ferramentas fundamentais da segurança de voo. O propósito da investigação de um acidente aeronáutico é descobrir suas causas ou os fatores contribuintes. Tal abordagem implica uma atuação reativa, buscando aprender com o erro cometido. Este processo pedagógico se dá com a identificação das possíveis causas do acidente, o que possibilita implementar novos procedimentos ou reavaliar os antigos, evitando assim a repetição do acidente.

Para alcançar esse objetivo, a cooperação daquelas pessoas direta ou indiretamente envolvidas com a ocorrência é de vital importância e está diretamente relacionada com a percepção que essas pessoas têm a respeito do processo de investigação. Se a investigação for direcionada para medidas de prevenção, se houver a certeza de que não é propósito do processo a busca de culpados, os investigadores conseguirão essa cooperação.

Assim, os agentes envolvidos no acidente são instados a revelar tudo o que sabem sobre o evento, mesmo que isso implique revelar eventuais erros por eles cometidos, uma vez que o sistema assegura que as informações assim obtidas não serão utilizadas para fins punitivos. Acredita-se que somente nesse ambiente de livre fluxo de informações é possível determinar-se todos os fatores que contribuíram para o acidente, incluindo os elementos que induziram os envolvidos a cometerem eventuais erros. A informação sobre as causas que levaram à falha permite um entendimento mais profundo sobre a dinâmica do acidente, e evita a análise simplista de se atribuir todo o acidente àquele que incorreu no erro. Obter esse tipo de dado sem a cooperação das pessoas envolvidas beira o impossível.

Embora seja interesse de todos prevenir o acidente, o egoísmo é da natureza do ser humano, e raros são aqueles que se dispõem a colocar em risco seu próprio bem-estar em prol do bem maior da coletividade. Por isso se entende, na comunidade envolvida com a segurança de voo, que a investigação com fins punitivos inibe a participação dos envolvidos. Tendo esse cenário em vista, e buscando alcançar o máximo de informações acerca do acidente, é que a investigação SIPAER rejeita apurar qualquer tipo de responsabilidade. Agindo dessa forma, ela espera contar com a colaboração de todos os envolvidos, que poderiam inclusive revelar aos investigadores falhas próprias, de seus colegas, ou de sua organização, contribuindo assim com a apuração das causas e conseqüente melhoria da segurança de voo, sem que disso resultassem punições.

O Anexo 13 da Convenção de Chicago deixa cristalino que a investigação SIPAER não tem o objetivo de apurar responsabilidade. Como se vê, não se trata de capricho, ou corporativismo, mas sim de uma conseqüência direta da unicidade finalística dessa investigação, pois a determinação de culpa poderia reduzir o alcance da investigação.

Essa garantia de não responsabilização por parte da investigação SIPAER protege tanto indivíduos (tripulação, mecânicos, controladores de tráfego aéreo, pessoal de solo), que são convidados a compartilhar as informações que detêm, como organizações (fabricante, operador, órgão de controle de tráfego), que também são convidados a prover, adicionalmente, apoio técnico e ferramental à investigação.

Ainda que a Convenção de Chicago explicita que o objetivo único da investigação de acidentes aeronáuticos é a melhoria da segurança de voo, o CBA, que serve como fundamento legal para o SIPAER, não continha, em seu texto original, essa previsão, a qual só se verificava no Decreto nº 69.565/1971, que efetivamente instituiu o SIPAER. Esse problema foi sanado com a Lei nº 12.970/2014, que inseriu nesse normativo os artigos 86-A e 88-I:

Art. 86-A. 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.

[...]

Art. 88-I [...]

§ 3º Toda informação prestada em proveito de investigação Sipaer e de outras atividades afetas ao Sipaer será espontânea e baseada na garantia legal de seu exclusivo uso para fins de prevenção.

Em verdade, essa busca pela contribuição voluntária de informações, mediante a garantia de não responsabilização, permeia não apenas as atividades que envolvem a investigação de um acidente aeronáutico, mas toda a atuação do SIPAER em sua missão de melhorar a segurança de voo, desde a apuração de incidentes, até o informe espontâneo de eventos, procedimentos, ou hábitos que, ainda que sem nenhuma consequência prévia, poderiam mesmo assim prejudicar a segurança futura.

Imbuída desse entendimento, a NSCA 3-3, intitulada Gestão da Segurança de Voo na Aviação Brasileira, elenca os princípios do SIPAER:

As atividades de prevenção de acidentes, incidentes aeronáuticos e ocorrências de solo devem ser planejadas e executadas com base em oito Princípios da Filosofia SIPAER:

- a) todo acidente aeronáutico pode ser evitado;
- b) todo acidente aeronáutico resulta de vários eventos e nunca de uma causa isolada;
- c) todo acidente aeronáutico tem um precedente;
- d) a prevenção de acidentes requer mobilização geral;
- e) o propósito da prevenção de acidentes não é restringir a atividade aérea, mas estimular o seu desenvolvimento com segurança;

- f) a alta direção é a principal responsável pela prevenção de acidentes aeronáuticos;
- g) **na prevenção de acidentes não há segredos nem bandeiras;**
- h) **acusações e punições de erros humanos agem contra os interesses da prevenção de acidentes.** (sem destaques no original)

Como exemplo prático dessa postura, de buscar junto às pessoas próximas à operação as informações necessárias à melhoria da segurança de voo, encontra-se nessa mesma NSCA a normatização referente ao RelPrev (Relatório de Prevenção). Trata-se de uma ferramenta de emprego voluntário, que pode ser preenchida por qualquer pessoa que identificar uma situação de risco. O RelPrev pode ser encaminhado ao setor de segurança de voo da organização envolvida, através do uso de locais reservados para essa finalidade. A identificação do seu relator é opcional, podendo ele escolher permanecer anônimo.

Tal postura encontra também suas raízes no Anexo 13 da Convenção de Chicago:

8.3 Um sistema de informe voluntário de incidentes deverá ser não-punitivo e garantir proteção às fontes da informação

Nota 1 - Um ambiente não-punitivo é fundamental ao informe voluntário. (ICAO, 2010, p. 8-1, tradução nossa)

Outra característica própria da investigação SIPAER, que deriva diretamente do seu objetivo central de prevenção, é a forma como são tratadas as possíveis causas do acidente. Ao longo da investigação, é rotineiro que múltiplos fatores sejam identificados como elementos contribuintes, seja por que todos concorreram para o acidente, seja por que alguns foram potencializados por outros. Assim, a investigação deve levar em consideração todos os contribuintes para o acidente, ainda que tal contribuição tenha se dado de maneira indireta. Embora essa abordagem seja empregada no SIPAER há bastante tempo, a Lei nº 12.970/2014 foi responsável por introduzir essa orientação no CBA:

Art. 86-A. 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. (sem destaque no original)

É possível ainda que, ao final da investigação, não seja possível afirmar, com juízo de certeza, qual entre duas ou mais hipóteses foi a real causa do acidente. Esse cenário é bastante comum, diante da destruição dos componentes da aeronave que permitiriam afastar determinados cenários, e o perecimento da tripulação, cuja entrevista também poderia apontar com maior precisão as circunstâncias do acidente. Assim, mesmo hipóteses não verificáveis têm lugar na conclusão da investigação, conforme inserido agora no CBA:

Art 88-A [...]

§ 1º A investigação Sipaer deverá considerar **fatos, hipóteses e precedentes conhecidos** na identificação dos possíveis fatores contribuintes para a ocorrência ou o agravamento das consequências de acidentes aeronáuticos, incidentes aeronáuticos e ocorrências de solo. (sem destaque no original)

Ora, se o objetivo único da investigação SIPAER é melhorar a segurança do voo, e são encontrados múltiplos elementos que prejudicaram ou poderiam ter prejudicado a segurança, então apresenta-se uma gama maior de melhorias possíveis. A consequência é que serão emitidas recomendações de segurança abarcando todos os elementos que contribuíram ou poderiam ter contribuído para o acidente. Com isso será maior o número de mudanças positivas em toda a indústria aeronáutica, de modo que a existência de dúvidas ao final da investigação não é, por si só, prejudicial aos seus objetivos. O SIPAER não tem compromisso com a verdade real, mas apenas com a prevenção de acidentes. Isso fica claro quando se lê a NSCA 3-13/2014: “7.6 *O Relatório Final não tem por objetivo estabelecer o grau de contribuição de cada fator na investigação*”.

Assim, a investigação SIPAER desenvolve-se sob estruturas lógicas diferentes daquelas existentes nos sistemas de persecução penal ou de responsabilização administrativa. A investigação SIPAER é um procedimento investigativo livre, sem formalismo e sem observância do contraditório e da ampla defesa, pois visa, exclusivamente, a evitar novos acidentes (HONORATO, 2014, p. 434).

Justamente por serem essas estruturas diferentes daquelas encontradas na lide judicial, é que seria absolutamente inaplicável o inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988⁴ ao procedimento investigativo SIPAER: ausência de litigantes e de qualquer acusação. Por isso, não faz sentido arguir a garantia ao contraditório e à ampla defesa no âmbito da investigação SIPAR, pois não há acusação, logo não há o que contradizer. Não há vinculação do sinistro a qualquer pessoa, mas busca de condições inseguras, não existindo pessoa a ser defendida.

Apesar dessas características intrínsecas da investigação SIPAER, Gavilá (2007, p. 17) entende que, ao menos no ordenamento espanhol, e a despeito de serem elaborados com uma finalidade diversa daquela buscada pelos órgãos judiciais, os relatórios resultantes dessa investigação podem constituir elemento de prova tanto na jurisdição penal como na civil. Como exemplo, a autora cita a decisão proferida na Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial Toledo, em 16 de novembro de 2000: “*é procedente admitir a prova*

⁴ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

relativa ao ofício dirigido à Dirección de General de Aviación Civil, como órgão qualificado na matéria, a fim de que se investiguem as causas do acidente, com a correspondente emissão de um relatório técnico” (tradução nossa).

Outro caso ocorrido na Espanha refere-se a um processo civil em que os herdeiros de um passageiro falecido pleiteavam, junto aos herdeiros do piloto, também falecido no acidente, a indenização cabível. A sentença da Sección 1ª de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial Castellón, de 1º de julho de 1999, lê:

[...] apesar do Anexo 13 da Convenção de Aviação Civil Internacional e o artigo 13 do Decreto de 28 de março de 1974 atribuírem a este tipo de relatório um objetivo eminentemente técnico, visando a prevenção de acidentes, não existe óbice algum para que seja inserido como documento no processo, garantido o contraditório, e ratificado por prova testemunhal, surtindo eficácia probatória. (GAVILÁ, 2007, p. 17, tradução nossa)

O tribunal posteriormente confirmou quase que integralmente a sentença, decidindo pela responsabilidade dos herdeiros do piloto. Ao final, o tribunal superior decidiu contrariamente ao relatório em questão, mas por questões técnicas não relacionadas a sua admissibilidade.

Gavilá (2007, p. 18) conclui, então, que nada obstará a utilização em juízo dos relatórios produzidos pela investigação prescrita no Anexo 13, uma vez que produzidos por órgão público, especializado e independente, contanto que possam ser objeto de contraditório.

Aparentemente, Gavilá apresenta uma situação fática, correspondente ao entendimento dos tribunais espanhóis. Isso não significa que tal entendimento esteja correto, ou seja desejável. Nesse aspecto, maior razão cabe a Honorato (2014, p. 437), de modo que, por força tanto do ordenamento interno, quanto da própria Convenção de Chicago, os efeitos da investigação SIPAER devem limitar-se à esfera operacional. O emprego do produto dessa investigação em processos judiciais ou administrativos que visem à imputação de responsabilidade, seria, portanto um efeito anômalo, passível de ser corrigido pela desconstituição da prova. Assim também entende o judiciário brasileiro, como fica claro na sentença que julgou as acusações relativas ao acidente do TAM 3054:

[...] resta evidente que o relatório elaborado pelo CENIPA não consiste em prova pericial, de sorte que suas conclusões não podem nortear a decisão do magistrado acerca da responsabilidade penal. (BRASIL, 2015, p. 29, destaque no original)

Observe-se, entretanto, que a vedação ao uso judicial dos produtos da investigação SIPAER decorre da necessidade de se proteger as futuras investigações. Assim, devem ser protegidas do emprego judicial as informações livremente fornecidas pelas partes envolvidas,

bem como as conclusões obtidas pelos investigadores SIPAER, uma vez que baseadas nas mencionadas informações e, ademais, produzidas sob uma lógica distinta daquela empregada no processo penal. As informações extraídas diretamente dos elementos materiais existentes, como é o caso dos dados de gravadores de voo ou dos destroços da aeronave, desprovidas de qualquer juízo de valor por parte do investigador SIPAER, podem ser compartilhadas sem prejuízo. Uma vez que tais informações não foram fornecidas por nenhuma das partes envolvidas, não há confiança ou sigilo a serem violados pelo uso judicial. Tratam-se dos dados factuais da investigação. Nesse sentido, merece destaque o parágrafo 2º do artigo 88-I, inserido pela Lei nº 12.970/2014:

Art. 88-I. São fontes Sipaer:

I - gravações das comunicações entre os órgãos de controle de tráfego aéreo e suas transcrições;

II - gravações das conversas na cabine de pilotagem e suas transcrições;

III - dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências;

IV - gravações das comunicações entre a aeronave e os órgãos de controle de tráfego aéreo e suas transcrições;

V - gravações dos dados de voo e os gráficos e parâmetros deles extraídos ou transcritos ou extraídos e transcritos;

VI - dados dos sistemas automáticos e manuais de coleta de dados; e

VII - demais registros usados nas atividades Sipaer, incluindo os de investigação.

[...]

§ 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 mediante requisição judicial, observado o art. 88-K desta Lei.

Observe-se que o referido parágrafo protege justamente os dados fornecidos voluntariamente e as conclusões obtidas pela investigação SIPAER. As demais informações, por serem factuais, não gozam da mesma proteção. Esse é também o entendimento de Honorato (2014, p. 505), segundo quem os laudos técnicos produzidos em suporte à investigação SIPAER, desde que desprovidos de juízo de valor, também podem ser utilizados judicialmente. Na sentença do processo penal relativo ao acidente do TAM 3054, o magistrado demonstra a possibilidade de se extraírem, do relatório final do CENIPA, os dados fáticos:

Todavia, é de rigor distinguir as informações constantes do relatório do CENIPA que correspondem a dados fáticos daquilo que corresponde a análises, conclusões, conjecturas, hipóteses e probabilidades emanadas da investigação realizada pelo CENIPA.

Com efeito, enquanto estas últimas são imprestáveis para figurar como meio de prova no processo penal, é válido afirmar que os dados fáticos ali consignados são imprescindíveis para que o Poder Judiciário possa compreender o ocorrido e formar sua convicção acerca de eventual materialidade delitiva e de sua autoria, bem como de que modo incidirá a norma penal no caso concreto.

Nesse contexto, observa-se que os dados técnicos de engenharia e meteorologia, as transcrições de FDR (Flight Data Recorder) e CVR (Cockpit Voice Recorder), as comunicações com a torre de controle, a colheita de informações técnicas do local do acidente, bem como dados estatísticos da navegação aérea correspondem a identificação dados fáticos relevantes para a compreensão do ocorrido, de forma que podem ser utilizados pelo magistrado para fundamentar a sua sentença.

De outro lado, os estudos realizados com base nos dados colhidos, que lançam hipóteses, condições indiretas, probabilidades e entrevistas jamais poderão servir como meio de prova para formar a convicção do magistrado, tendo em vista a potencialidade de ensejar uma conclusão errônea sobre o ocorrido.

[...]

Com efeito, consoante o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado, o magistrado poderá formar sua convicção com ampla liberdade na apreciação da prova, desde que fundamente sua decisão. Entrementes, o que se coloca aqui é que o relatório do CENIPA **não** figura como meio de prova no processo penal, exceto no que concerne à extração de dados fáticos ali apostos. Vale dizer, ele não consiste em prova pericial, porquanto não é esta a sua natureza jurídica. (BRASIL, 2015, p. 29, destaques no original)

A neutralidade jurídica da investigação SIPAER protege não apenas a eficácia da sua função preventiva, como será visto na próxima seção, mas também protege os cidadãos de serem responsabilizados com base em uma prova absolutamente inapta para fins de imputação de culpa.

2.3 O Problema da Responsabilização para a Investigação SIPAER

Ao redor do globo, diversos relatórios de investigações de acidentes aeronáuticos têm sido utilizados como base para processos criminais, notadamente as causas prováveis apontadas. Diferentes órgãos acusadores e diferentes cortes têm adotado abordagens díspares quanto a esse ponto, produzindo um cenário de insegurança. Nessa situação, tripulações e organizações podem encarar procedimentos penais em um país mas não em outro, e podem não saber se seus depoimentos e colaborações serão ou não utilizados contra si em processos judiciais (MICHAELIDES-MATEOU, 2010, p. 3).

Como visto na seção anterior, a investigação SIPAER busca contar com a colaboração de todas as pessoas que possam contribuir para o esclarecimento do acidente.

Profissionais e pessoas direta ou indiretamente relacionadas com a ocorrência podem fornecer informações importantes que detenham, ou podem ainda auxiliar os investigadores na interpretação de dados levantados a partir de outras fontes. A principal consequência desse cenário, em que as pessoas envolvidas podem ser judicialmente responsabilizadas, é que elas então veem-se no dilema entre colaborar com a investigação SIPAER, e ajudar a fomentar a segurança de voo, ou não colaborar, e preservar sua liberdade e seu patrimônio.

A possibilidade de que informações fornecidas à investigação SIPAER tornem-se parte de um processo judicial, e assim possam ser utilizados para imputar responsabilidades criminais ou civis, é, para Gavilá (2007, p. 16), um dos maiores problemas para a investigação voltada à segurança. Os indivíduos envolvidos na operação aérea são os principais interessados na melhoria da segurança de voo, e certamente reconhecem a investigação de acidentes como um instrumento essencial para buscar essa melhoria. Por isso estariam dispostos, a princípio, a colaborar voluntariamente, inclusive renunciando a direitos individuais, em aspectos que contribuam para a segurança de voo. Agora, se há o menor risco de que essa colaboração possa voltar-se contra si, na forma de imputação de responsabilidades criminais ou de qualquer natureza, esse desejo de colaboração pode desaparecer. Esse risco acomete qualquer informação que, fornecida livre e voluntariamente pelo colaborador, poderia ter o efeito de implicá-lo criminalmente.

O NTSB (National Transportation Safety Board) é o órgão do governo dos EUA que detém, entre outras, a atribuição de conduzir as investigações de acidentes aeronáuticos conforme os ditames da Convenção de Chicago. Um exemplo que ilustra o problema da perda de colaboração dos indivíduos envolvidos, ainda que não relacionado com um acidente aeronáutico, ocorreu em 1999, quando o NTSB investigava a explosão de um oleoduto em Bellingham, Washington, na qual faleceram 3 pessoas. Procuradores federais iniciaram seu próprio inquérito criminal, e alegadamente pressionaram os funcionários do operador do oleoduto a falar. Diversos dos funcionários invocaram a quinta emenda da constituição dos EUA, que protege os cidadãos da autoincriminação. Esses funcionários, conseqüentemente, negaram-se a colaborar com a investigação do NTSB, assim como com a polícia (DEKKER, 2009, p. 3).

Segundo Esler (2009, p. 7), essa tendência de criminalização afetaria não apenas a investigação voltada à segurança de voo, mas comprometeria também outros sistemas de segurança baseados na participação voluntária de pilotos, mecânicos e controladores, nos quais a identidade dos participantes, suas aeronaves e companhias são confidenciais e protegidas. Como exemplos desses programas podem-se citar, no Brasil, o RelPrev e o RCSV

(Relatório ao Cenipa para Segurança de Voo), e nos EUA o ASRS (Aviation Safety Reporting System), mantido pela NASA (National Aeronautics and Space Administration), e os ASAPs (Aviation Safety Action Programs), instituídos individualmente pelos operadores, com a cooperação do FAA (Federal Aviation Administration). Nestes programas, pilotos, técnicos de manutenção, controladores e até mesmo passageiros podem enviar informes de erros ou incidentes nos quais a segurança foi prejudicada, sem temer represálias de seus empregadores, reguladores ou cortes. O entendimento é que os informes, com seus autores preservados, possam contribuir para a melhoria da segurança e sejam compartilhados com a comunidade aeronáutica.

Mas visão diferente teve o juiz norte-americano James B. Todd. Em 27/08/2006 o voo Comair 5191, realizado por uma aeronave Bombardier CL-600-2B19 a partir de Lexington, nos EUA, acidentou-se durante a decolagem, após a tripulação ter alinhado e iniciado a corrida de decolagem a partir da pista errada. A aeronave alcançou o final da pista e impactou a cerca limítrofe do aeródromo, árvores e outros obstáculos. No processo que se seguiu ao acidente, o juiz Todd decidiu, em 2008, que a empresa Comair deveria entregar parte de seus dados do programa ASAP. Houve recurso da decisão, mas esta foi mantida pelo juízo distrital (WILEY, 2008, p. 2).

Ações desse tipo têm um impacto profundo na eficiência dos sistemas de informe voluntário. Para ilustrar a importância da proteção da fonte, Wiley (2008, p. 6) menciona o que se passou na Dinamarca, em 2000. Naquele ano a Associação Dinamarquesa de Controladores de Tráfego Aéreo expressou preocupações com a segurança de voo na Dinamarca, mas informou que não poderia discutir tais problemas uma vez que informes prévios resultaram em punições. Segundo a Associação, tal clima punitivo contribuía para que muitos incidentes não fossem relatados, e apontou ainda que, embora a Suécia tivesse um espaço aéreo controlado de tamanho similar ao dinamarquês, os controladores suecos produziam um número muito maior de relatos de segurança. Em 2001, no entanto, o parlamento dinamarquês aprovou uma lei determinando o estabelecimento de um sistema obrigatório de relato de incidentes aeronáuticos, estritamente confidencial e não-punitivo. Tal lei não apenas protegia os dados do sistema, mas também tipificava como crime a violação de seu sigilo. Passadas 24 horas da promulgação da lei, foram produzidos 24 informes. No ano que se seguiu à lei, foram produzidos 980 informes, sendo que ao longo de todo o ano antecedente foram produzidos apenas 15.

Já foi visto que o uso penal de informações pode dissuadir pessoas envolvidas, direta ou indiretamente, com o acidente a fornecer voluntariamente informações que poderiam

ajudar a elucidar as circunstâncias em que este ocorreu. Mas esta não é a única forma pela qual uma investigação criminal pode impactar a investigação SIPAER. Em novembro de 2008, um Airbus A320 da Air New Zealand caiu na costa mediterrânea da França durante um voo de aceitação do antigo operador da aeronave. Segundo Esler (2009, p. 6), procuradores franceses, determinados a encontrar culpados pelo acidente, que vitimou cinco neozelandeses e dois alemães, teriam retido os gravadores de voo, enquanto se debatia judicialmente a quem caberia sua posse. Na França, processos desse tipo podem levar até 15 anos, conduzidos sob o Código Napoleônico, que determina que acidentes com vítimas fatais sejam investigados a fim de se estabelecer possíveis culpados. Nesse caso específico, até mesmo o antigo diretor geral de aviação civil, então aposentado, foi chamado a se defender de acusações.

Ainda em relação ao emprego do CVR (Gravador de Voz de Cabine), Gavilá (2007, p. 16) argumenta que não existiria uma obrigação jurídica, por parte dos pilotos, de permitir a gravação das conversas na cabine, de modo que a concordância em permitir tal gravação seria uma ação voluntária, assumida sob a condição de que essas gravações sejam utilizadas exclusivamente na investigação voltada à segurança de voo. Baseando-se no princípio da não autoincriminação, explicitado no artigo 24.2 da Constituição Europeia e no artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, a autora defende que seria inadmissível a utilização das gravações de voz de cabine como elementos de prova contra os pilotos, sendo inadmissível da mesma forma laudos periciais baseados na transcrição dessas gravações. Embora mostre-se exagerada tal conclusão, Gavilá (2007, p. 17) considera ainda que se trataria de prova ilicitamente obtida, em violação ao sigilo das comunicações.

Essa relutância dos pilotos em verem as gravações de voz de cabine utilizadas em processos judiciais pode ser verificada em alguns casos práticos. Após o acidente de uma aeronave Havilland Dash 8 da empresa Ansett, em junho de 1995, próximo a Palmerston North, na Nova Zelândia, o CVR foi entregue aos investigadores criminais. A queda matou quatro pessoas na aeronave, mas não os pilotos, que enfrentaram acusações de homicídio. A associação de pilotos da Nova Zelândia tentou impedir judicialmente o uso policial do CVR, alegando que os gravadores deveriam ser utilizados apenas com os propósitos de segurança e treinamento. Mas a posição da promotoria acabou prevalecendo e a investigação criminal obteve acesso ao conteúdo do CVR. A consequência foi que, após tal decisão, muitos pilotos passaram a desligar o CVR durante seus voos (DEKKER, 2009, p. 3). Ao final da disputa, foi implementado um procedimento que permitiria o uso policial dos CVRs, desde que com a autorização da Suprema Corte da Nova Zelândia.

Outro exemplo de como o medo da responsabilização pode atrapalhar a coleta de dados necessária à investigação ocorreu na Suíça, em 2 de dezembro de 2002. Naquela data, durante o procedimento de subida, ocorreu um incidente em voo no qual a aeronave experimentou uma radical mudança de comportamento, expressa em intensa tendência a picar, ou seja, de manter apontado para baixo seu nariz. Tal comportamento foi iniciado depois que a tripulação alterou a posição dos flapes acima da velocidade máxima permitida para tanto. A tripulação teve dificuldade em controlar o comportamento da aeronave, o que só foi conseguido após significativa perda de altitude. Após o incidente a aeronave retornou ao aeroporto de partida, onde os passageiros desembarcaram sem ferimentos.

A aeronave precisava então ser transportada para Zurique, onde seria examinada, sendo esse voo de deslocamento realizado pela mesma tripulação que sofreu o incidente. O diretor da Agência de Investigação de Acidentes Aeronáuticos da Suíça instruiu a tripulação para que abrisse o disjuntor de alimentação dos gravadores de voo, de modo que os dados ali existentes não fossem sobrescritos durante o voo de deslocamento. Tal ordem não apenas foi ignorada, como o botão de apagamento do gravador de voz de cabine foi pressionado (SUÍÇA, 2004, p. 6), possivelmente com a intenção deliberada de destruir evidências.

Embora a comunidade aeronáutica divulgue insistentemente os malefícios da responsabilização para a segurança de voo, ela não obsta a investigação criminal de todos os acidentes aeronáuticos. Esses profissionais destacam a importante diferença entre ações que sabidamente violam a lei, regulamentos, ou práticas convencionais, e erros ou enganos não intencionais, ainda que ambos possam levar a morte, ferimentos, ou dano à propriedade. Há uma concordância generalizada (ESLER, 2009, p. 4) de que, no primeiro caso, onde incluem-se fraude intencional, atos terroristas e tentativas deliberadas de ameaçar a segurança de uma aeronave, os responsáveis devem ser indiciados e processados com todo o rigor da lei. Esse inclusive é o entendimento consubstanciado na Lei nº 12.970/2014:

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.

Para Esler (2009, p. 5), erros honestos, onde o responsável tentava simplesmente fazer seu trabalho e falhou, não deveriam gerar sanções ou criminalização. Para ilustrar a diferença entre os dois comportamentos, ele cita a queda de uma aeronave MD-80 da empresa Spanair, em agosto de 2008, quando a aeronave tentava decolar de Madri e na qual morreram 153 dos 172 ocupantes da aeronave. Nesse caso, a tripulação esqueceu de configurar os flapes da aeronave para a posição de decolagem, tendo o alarme de cabine ainda falhado em soar e

alertar a tripulação de seu erro. Esler então contrasta essa situação com um cenário hipotético em que o alarme soou, mas a tripulação mesmo assim prosseguiu com a decolagem. Para ele, em ambos os casos a tripulação esqueceu de configurar os flapes, mas no primeiro não houve alerta, a tripulação errou sem estar consciente disso, e sanções não seriam apropriadas. No outro, o alerta soou e a tripulação o ignorou, e sanções seriam cabíveis. Não se trataria aqui de conceder imunidade aos erros da tripulação, mas apenas de se levar em conta a função dissuasória da pena. Se não houve uma ação deliberada, intencional, por parte do tripulante, o caráter dissuasório da pena não teria aplicação, e não ajudaria a prevenir novos eventos similares.

Erros e outros resultados indesejados são o produto inevitável da complexidade estrutural e da intrincada correlação da maioria dos sistemas críticos em matéria de segurança. Eles não ocorrem porque pessoas não confiáveis minam um processo que de outro modo funcionaria perfeitamente, mas surgem consistentemente como efeitos colaterais de processos bem organizados (DEKKER, 2009, p. 4). Erros em sistemas complexos parecem ser inevitáveis, independentemente das possíveis sanções aplicadas. De fato, não há estudos que demonstrem de maneira conclusiva que as diferentes funções da pena (retribuição, reabilitação e prevenção) sejam atendidas pela criminalização do erro profissional.

Colocar a culpa no profissional situado na última ponta do processo também pode atrapalhar a melhoria do sistema, uma vez que tira o foco da organização e de outras pessoas. Essa abordagem simplifica em demasia a complexidade da multiplicidade de eventos que contribuem para um acidente.

Diferentes culturas tratam de maneira diferente o problema da criminalização do erro em acidentes aeronáuticos (ESLER, 2009, p. 5). Na Ásia, cada vez que um piloto sobrevive a um acidente, a responsabilidade criminal é apurada. Na Europa Continental, as chances são de aproximadamente 50%. E na América Latina, a proporção de acidentes criminalizados, embora menor, vem subindo consistentemente.

Essa maior tendência pela responsabilização, no entanto, não é exclusividade da América Latina, mas um fenômeno mundial. Não é possível saber ao certo porque a chance de um profissional ser criminalmente processado por um erro é maior hoje do que nas décadas passadas. Mas uma resposta pode ser buscada na noção relativamente recente do que é um “acidente”. Até a revolução científica no século dezessete, as sociedades tinham pouca necessidade para um conceito como acidente. A religião e a superstição ofereciam modelos que explicavam os males que ocorridos. Tal ideia se desvaneceu no período moderno e foi gradualmente substituída por um modelo, no século dezenove, que via os acidentes como

infelizes coincidências de espaço e tempo, eventos aleatórios, agora desvinculados de fenômenos transcendentais, mas também sem maiores significados quanto às ações humanas ou organizacionais por trás dele. O risco ainda não era visto como algo que poderia ser administrado.

Nos últimos trinta anos, entretanto, a interpretação dos acidentes pela sociedade mudou novamente. Falhas como o acidente nuclear de Three Mile Island, em 1973, e a colisão de dois jatos na ilha de Tenerife, em 1977, trouxeram os acidentes de volta ao foco. A sociedade ocidental encontra-se hoje muito mais conscienciosa dos riscos, os acidentes não são mais considerados eventos ocasionais e incontroláveis, mas uma evidência de que um risco específico não foi adequadamente gerenciado. Por representarem falhas na gestão de riscos, os acidentes permitem que se busque aqueles que falharam nessa gestão. O acidente agora pode, ou até mesmo deve, ser atribuído a alguém (DEKKER, 2009, p. 10).

Paralelamente a essa transformação, houve também uma gradual redução na aceitação do risco em geral, com a correspondente expectativa de que algumas atividades críticas seriam inteiramente imunes a acidentes, atividades nas quais não haveria tolerância a falhas. Parte desse cenário deve-se ao próprio sucesso de determinados sistemas críticos: a constante melhoria de performance e aumento da segurança pode ter induzido uma crença social em sua infalibilidade, de onde decorre a intolerância política a falhas. Nesses sistemas supostamente infalíveis, os erros que ainda sejam encontrados devem, obviamente, ser atribuídos a problemas situados em indivíduos.

Por fim, nos últimos anos também se observa um aumento na democratização e no acesso ao conhecimento e ao Poder Judiciário. Verifica-se ainda uma expansão nos direitos consumeristas. Tudo isso contribui para que eventuais falhas em sistemas complexos ganhem elevada repercussão e notoriedade, alimentando pressões sociais e políticas pela responsabilização.

A verdade é que pessoas sempre cometerão erros, e pode ser contra produtivo criminalizá-los, uma vez que as pessoas tentarão ocultar esses erros, de modo que tendências e fragilidades nos sistemas deixarão de ser descobertas (ESLER, 2009, p. 11).

3 PERSECUÇÃO PENAL EM ACIDENTES AERONAUTICOS

3.1 *Obrigatoriedade da Persecução Penal*

O homem não pode viver senão em sociedade. As pessoas são gregárias, e por isso organizam-se em sociedades, a fim de obterem o bem comum. Tais sociedades, portanto, constituem-se de pessoas que ocupam um território determinado, mas esses dois elementos não são suficientes para manter uma sociedade estável. Sem um poder que discipline e restrinja as condutas humanas, cada um fará o que bem quiser e entender, invadindo a esfera de liberdade do outro e arrastando esse agrupamento humano para o caos (TOURINHO FILHO, 2012, p. 41). Para manter a harmonia no meio social, o poder impõe normas para que se saiba o que se pode e o que não se pode fazer, e também as consequências das lesões às normas.

A forma de se organizar esse poder e essas sociedades foi objeto de constantes transformações ao longo da história da humanidade. De interesse para o presente trabalho é a forma atualmente vigente no Brasil: o Estado de Direito.

O Estado de Direito é caracterizado pelo império das leis, e não dos homens. Para limitar o poder passível de ser exercido por governantes, o poder absoluto característico dos príncipes é dividido conforme as três funções do Estado, e organizados em poderes independentes, equilibrados por sistemas de freios e contrapesos (JARDIM, 1994, p. 3).

Tal Estado de Direito encontra-se intimamente ligado ao princípio da legalidade, que consiste, para Ferreira Filho (1978, p. 31), na “*atuação da autoridade pública de acordo com a lei, segundo as formas prescritas em lei e dentro dos limites postos pela lei*”. Assim, a lei atuaria sobre o Estado em duas frentes: limitando seu poder e guiando o emprego do poder.

Acontece que o Estado não é um fim em si mesmo, mas tão somente um meio, sendo sua finalidade precípua a realização do interesse público (JARDIM, 1994, p. 7). Uma das formas de buscar o interesse público é elegendo, por meio das normas, os bens e interesses dignos de serem protegidos pela sociedade. Normalmente são os bens mais caros àquela sociedade, e cuja violação afeta de maneira mais direta seu funcionamento, sendo exemplos típicos a vida e a integridade física.

Como os interesses tutelados são selecionados por sua função na vida social, não pode o Estado deixar a cargo do particular a aplicação da sanção prevista na lei penal. Quando ocorre uma infração penal, cabe ao Estado garantir a observância da lei. Considerando que o Estado nada mais é que a sociedade politicamente organizada, e que a sociedade é a principal vítima da prática das infrações penais, tem ela o direito de prevenir e reprimir aqueles atos

que são lesivos a sua existência e conservação (TOURINHO FILHO, 2012, p. 46). Tal direito é uma das expressões mais características da soberania estatal.

Entretanto, na ocorrência de um conflito de interesses, se uma das partes utiliza-se de sua maior força para impor a outra o seu interesse, então abre-se oportunidade para todo tipo de abuso e injustiça. Não ocorre de maneira diferente quando as partes são o Estado, buscando seu direito de punir, e o acusado, buscando seu interesse à liberdade. Pelo contrário, manifesta-se diferença de forças da maior magnitude. Assim, se o Estado decidisse e impusesse administrativamente a pena, seria possível uma miríade de arbitrariedades, cometidas pelo detentor do direito de punir, como não raro ocorreu na história. Buscando evitar tal cenário, e como consequência da divisão do poder soberano em poderes independentes, o Estado de Direito limitou seu próprio direito à busca da punição, exercendo-o por meio do processo penal.

A busca do interesse público não somente exige da administração uma atividade que promova o bem comum, mas também impede a paralisação dessa atividade (JARDIM, 1994, p. 11). Por isso, a partir do momento em que o Estado tomou para si, com exclusividade, o direito de punir, vedando a autotutela, não pode mais deixar de exercê-lo. O princípio da legalidade cria, assim, também um dever de agir para o Estado, como decorrência da indisponibilidade do interesse público.

Esse dever de agir processualmente, buscando a aplicação da lei penal, recai no Brasil sobre o Ministério Público, que é o órgão titular da ação penal pública. Parte considerável da doutrina usa como sinônimas duas expressões com o fim de designar o dever do Ministério Público de propor a ação penal condenatória: princípio da legalidade e princípio da obrigatoriedade. Jardim (1994, p. 48) argumenta que a melhor expressão seria princípio da obrigatoriedade, por deixar mais claro que esse dever é, na verdade, uma decorrência do princípio da legalidade que, sob uma perspectiva mais ampla, vincula a atuação de todos os órgãos no Estado de Direito.

Uma vez que o poder-dever de punir é da sociedade politicamente organizada, não se justificaria que os funcionários investidos no órgão público pudessem, discricionariamente, afastar a aplicação do Direito Penal ao caso concreto, com base em critérios de oportunidade e conveniência. De fato, é considerado princípio pacífico no Direito que ninguém pode dispor do que não lhe pertence, ainda mais em se tratando de valores eleitos como relevantes pela sociedade.

Nesse sentido, e baseando-se em ampla doutrina, tal como Emilio Gomes Obaneja, Vicente Herce Quemada, Guiseppe Sabatini e Jurgen Baumann, Jardim (1994, p. 49) sustenta que o princípio da obrigatoriedade não se confunde com o da oficialidade, mas é decorrência lógica deste. O princípio da oficialidade determina que, em regra, é o Estado, por meio de seus órgãos constituídos, o legitimado a investigar, processar e punir, o que, por sua vez, é resultado da proibição da autotutela. Tendo o Estado tomado para si o monopólio da persecução, não pode deixar de exercê-la, concluindo então:

[...] se o legislador incriminou tal conduta, dando relevância social ao bem jurídico afetado ou posto em risco pelo comportamento do agente, não pode o membro do Ministério Público afirmar que a ação delituosa não tem relevância, que o interesse público ficaria atendido diante de sua inércia, deixando de manifestar em juízo a pretensão punitiva estatal.

Mas essa obrigatoriedade não vincula somente o Ministério Público, mas também o órgão policial, conforme leitura do artigo 5º do CPP⁵. Nesse sentido, Nucci (2014b, p. 77) estipula que, em face do princípio da obrigatoriedade da ação penal, nem o órgão acusatório, nem o órgão encarregado da investigação, têm a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas sim o dever de fazê-lo. Ocorrida a infração penal, passível de ação pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, havendo elementos (prova da materialidade e indícios suficientes de autoria), é obrigatório que o representante do Ministério Público apresente denúncia.

Esse é também o entendimento de Mirabete (2004, p. 50):

O princípio da obrigatoriedade que vigora entre nós obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência de prática de crime que se apure mediante ação penal pública (arts. 5º, 6º e 24).

Assim, mais apropriado que falar em princípio da obrigatoriedade da ação penal seria falar em obrigatoriedade da persecução penal. A persecução penal é a atividade pela qual o Estado exerce seu direito de aplicar sanção ao infrator da lei penal. Ela consiste em investigar o fato infringente da norma e apresentar ao órgão jurisdicional o pedido de julgamento da pretensão punitiva, sustentando esse pedido ao longo do regular processo. Segundo Tourinho Filho (2012, p. 48), essa atividade é uma obrigação funcional do Estado, voltada a lograr um dos fins essenciais para qual foi constituído o próprio Estado: a segurança e restauração da ordem jurídica.

⁵ Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado [...]

O contraposto ao critério da obrigatoriedade é o critério da oportunidade, que condiciona o ajuizamento da ação penal ao critério discricionário do órgão acusatório. Na Alemanha, em certas infrações leves, ou quando as consequências forem insignificantes, o órgão acusatório pode abster-se da ação penal. Assim também ocorre na França, onde o artigo 40 do Código de Processo Penal determina que o Ministério Público recebe as representações e as denúncias e lhes dá o destino que quiser (TOURINHO FILHO, 2012, p. 169).

Para Nucci (2014b, p. 77), não vigora no processo penal brasileiro o critério da oportunidade, com exceção à ação privada e à pública condicionada. Ressaltando-se que, no caso da ação pública condicionada, incidem ambos os critérios, o da oportunidade para o oferecimento da representação pelo ofendido, e o da obrigatoriedade para o Ministério Público, quando presente a representação.

Mesmo entendimento apresenta Capez (2012, p. 77), segundo quem, em regra, “os órgãos incumbidos da persecução penal não podem possuir poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito”. Tal autor vai até além, ao defender que, mesmo nas infrações penais insignificantes, não pode ser aplicado o princípio *minima non curat praetor*, (o Estado não se preocupa com as coisas mínimas) pois este decorreria do princípio da oportunidade, estranho ao ordenamento nacional.

Enquanto Jardim (1994, p. 14) busca os fundamentos da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada nos próprios alicerces do Estado e na vedação da autotutela, Mirabete (2004, p. 50), por exemplo, apresenta justificativa mais imediata. Para ele, a obrigatoriedade é decorrência do artigo 24 do CPP⁶.

Outro substrato para o mencionado princípio, agora trazido por Capez (2012, p. 77), é a necessidade de fundamentação para o pedido de arquivamento. Assim, o representante ministerial, possuidor do dever de denunciar, precisa justificar por que não está dando início ao processo, conforme artigo 28 do CPP⁷.

Apesar desse entendimento, alguns autores defendem que o princípio da obrigatoriedade não vige de modo absoluto no Brasil, mas seria mitigado por determinados institutos processuais. O próprio Capez (2012, p. 77), por exemplo, sustenta que a

⁶ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

possibilidade de o Ministério Público decidir pelo arquivamento do feito, sem oferecimento da denúncia, ainda que contrariamente ao entendimento do juiz, mitigaria tal princípio:

O juiz poderá rejeitar as razões invocadas pelo promotor de justiça, devendo remeter os autos ao procurador-geral. Se este ratificar o arquivamento, o juiz não terá outra alternativa senão acatar a manifestação, o que implica certa mitigação do princípio em tela, em favor, contudo, do princípio acusatório.

Sobre essa suposta mitigação, Jardim (1994, p. 53) tem uma visão bastante lúcida. Para ele, não é possível uma aplicação parcial do princípio da obrigatoriedade, sob pena de desvirtuá-lo. Admitir essa mitigação seria combinar um poder vinculado a um poder discricionário, e o absurdo resultado equivaleria a dizer que “o Ministério Público deve agir, se julgar conveniente”. A suposta mitigação da obrigatoriedade seria então apenas um equívoco, decorrente de se identificar discricionariedade onde ela não existe.

De fato, pode o Ministério Público decidir pelo arquivamento, mas isso não decorre do exercício de uma discricionariedade, mas tão somente de uma constatação técnica, de carência de ao menos um dos pressupostos do exercício da ação penal. Jardim (1994, p. 36) argumenta que o regular exercício do direito de ação penal exige quatro condições: legitimidade das partes, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e justa causa. Observa-se que, às três condições classicamente identificadas no processo civil, soma-se uma nova, a justa causa, que consiste em um lastro mínimo de prova que deve fornecer arrimo à acusação. Esse arrimo de prova é fornecido pelo inquérito policial ou pelas peças de informação. O princípio da obrigatoriedade não priva o Ministério Público de apreciar os pressupostos técnicos do exercício da ação penal.

O próprio CPP, em seu artigo 395⁸, elenca as hipóteses em que a denúncia, se apresentada, deve ser liminarmente rejeitada pelo juiz. Se assim estabeleceu o legislador, é porque, nesses casos, não há interesse estatal no ajuizamento da ação penal e, por isso, o dever do Ministério Público não é o de denunciar, mas sim o de arquivar.

Assim, vigora no ordenamento brasileiro o princípio da obrigatoriedade da persecução penal, de modo que a ninguém é facultado dispor da punição. Nesse sentido conclui Jardim (1994, p. 56): “[...] *não há nada de liberal na autorização ao membro do*

⁷ Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

⁸ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

Ministério Público para decidir, no caso concreto, se invoca ou não a aplicação do Direito Penal: não faz qualquer sentido, em uma sociedade democrática, outorgar tal poder a um órgão público”.

3.2 Condutas Típicas em Acidentes Aeronáuticos

Até recentemente, a natureza complexa da indústria aeronáutica e seus acidentes, o desenvolvimento incipiente da tecnologia, o limitado conhecimento acerca dos fatores humanos e os meios investigativos restritos resultavam em uma análise insuficiente das causas do acidente. Por essa razão, o Poder Judiciário tradicionalmente desempenhava um papel reduzido na identificação das causas do acidente e na determinação de seus culpados. Entretanto, o rápido avanço tecnológico, notadamente no expressivo aumento dos dados que podem ser captados pelos gravadores de voo e pelos sistemas de controle de tráfego em terra, tem alterado este cenário, permitindo a identificação com maior precisão dos fatores causais. Conjugando isto a um aumento na demanda por responsabilização por parte da sociedade moderna, o Poder Judiciário vem tendo um papel crescente nos eventos que sucedem um acidente aeronáutico (MICHAELIDES-MATEOU, 2010, p. 3). Assim, faz-se útil para o presente trabalho examinarmos as condutas típicas que podem estar relacionadas a um sinistro aeronáutico.

As condutas típicas relacionadas à aviação podem ser separadas em dois grupos (HONORATO, 2014, p. 4): os crimes propriamente aeronáuticos e os crimes impropriamente aeronáuticos. Os crimes propriamente aeronáuticos são aqueles que atingem bens jurídicos específicos da atividade aeronáutica, tais como o atentado contra a segurança do transporte aéreo. Já os crimes impropriamente aeronáuticos são aqueles que atingem outros bens jurídicos tutelados pela lei penal, mas que, por suas circunstâncias, estão relacionados com a atividade aeronáutica, seja porque a aeronave foi o meio empregado no crime, seja porque o crime ou suas consequências se passaram a bordo de uma aeronave.

3.2.1 Atentado Contra a Segurança de Voo

O crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo, tipificado no artigo 261 do Código Penal, é o exemplo maior de crime propriamente aeronáutico:

Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo

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

Pena - reclusão, de dois a cinco anos.

Embora esse artigo tutele também atentados contra a segurança dos transportes marítimo e fluvial, o interesse deste trabalho recai especificamente sobre a segurança do transporte aéreo.

O bem juridicamente protegido é a incolumidade pública, destacando-se a segurança dos transportes (GRECO, 2010, p. 78). Embora não haja menção expressa a essa exigência, a doutrina entende que, para configurar o tipo descrito no artigo 261, faz-se necessário que a aeronave em questão seja utilizada no transporte coletivo. Tal entendimento deriva de uma interpretação topológica do artigo, visto que se encontra posicionado no capítulo dos “Crimes Contra a Segurança dos Meios de Comunicação e Transporte e Outros Serviços Públicos”, somada a uma analogia com o artigo seguinte⁹, o qual é aplicado subsidiariamente ao artigo 261, e faz menção expressa a “*outro meio de transporte público*”. Esse é o entendimento de Greco (2010, p. 76):

Primeiramente, tratando-se de um crime de perigo comum, que atinge um número indeterminado de pessoas, devemos entender que a conduta do agente é dirigida a embarcações ou aeronaves que efetuam o transporte coletivo, pois, do contrário, poderia se configurar no tipo penal do art. 132 do diploma repressivo.

Parece haver na doutrina polêmica quanto à definição de aeronave, certamente resultante de uma pequena confusão. Greco (2010, p. 76) menciona o artigo 106 do CBA, segundo o qual “*Considera-se aeronave todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas*”, para a seguir citar Hungria (1958, p. 78), que define aeronave como:

[...] uma denominação genérica de veículo aéreo, que, se mais pesado que o ar, é avião, e se mais leve, aeróstato. O avião com asas fixas, chama-se aeroplano; com asas batentes, ornitóptero; com asas rotativas, helicóptero; com asas giratórias livres, autogiro. O aeróstato, por sua vez pode ser balão (‘toda aeronave, cativa ou livre, que utilize como meio de sustentação na atmosfera um gás mais leve que o ar e que não dispõe de meios próprios de propulsão’) ou dirigível (‘toda aeronave que utilize como meio de sustentação na atmosfera um gás mais leve que o ar e dispõe de meios próprios de propulsão’).

⁹ Atentado contra a segurança de outro meio de transporte

Art. 262 - Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento:
Pena - detenção, de um a dois anos.

Ocorre que as duas definições são contraditórias, visto que aeróstatos (como o balão ou dirigível) não se sustentam por reações aerodinâmicas, como exige a definição do CBA, mas sim por uma força de empuxo aerostático. O equívoco possivelmente decorre do fato de que Hungria escreveu sua obra em 1958, anterior, portanto, ao CBA, que data de 1986. Assim, ele escolheu como definição legal de aeronave aquela contida no Regulamento do Tráfego Aéreo do Ministério da Aeronáutica¹⁰, segundo o qual aeronave é “*todo e qualquer aparelho que, apto a efetuar transportes, possa ser elevado e dirigido no espaço*”. Como se vê, a definição legal de aeronave contemporânea de Hungria não fazia menção à exigência de forças aerodinâmicas para a sustentação, o que mudou em 1986, com a edição do CBA. Desse modo, atualmente não poderiam ser enquadrados como aeronaves, para efeitos de aplicação do artigo 261 da lei penal, os aeróstatos. A segurança do transporte por aeróstatos seria então tutelada pelo artigo 262, desde que utilizados no transporte coletivo, do contrário a tutela recairia então sobre o artigo 132¹¹.

O atentado contra a segurança do transporte aéreo é um crime de perigo concreto e comum, e assim consuma-se quando o agente ativo efetivamente coloca em risco a incolumidade pública, ou seja, a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas (GRECO, 2010, p. 78). A consumação é independente de resultado naturalístico (NUCCI, 2014a, p. 765), mas o crime pode ser qualificado pelo resultado de queda ou destruição da aeronave, caso em que se configura o crime de sinistro em transporte aéreo:

Art. 261 [...]

Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo

§ 1º - Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarcação ou a queda ou destruição de aeronave:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

O tipo penal do artigo 261 admite condutas dolosas (art. 261, caput), culposas (art. 261, § 3º) e, ainda, preterdolosas (art. 261, § 1º e art. 263) pois que a inserção dolosa da aeronave em situação de perigo pode gerar um resultado não pretendido pelo agente, tais como: sinistro aéreo, lesão corporal ou morte (HONORATO, 2014, p. 22).

A conduta descrita no caput do artigo 261 exige o dolo na produção do perigo contra a aeronave, ainda que eventual. Assim, deve o agente desejar o perigo, ou ao menos consentir

¹⁰ Decreto nº 8.352, de 9 de dezembro de 1941.

¹¹ Perigo para a vida ou saúde de outrem

Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

ou tolerar sua produção. Entretanto, é irrelevante para a tipificação o elemento subjetivo quanto aos resultados naturalísticos da conduta, ou seja, não é necessário que o autor deseje a queda da aeronave. Honorato (2014, p. 23) traz um exemplo muito ilustrativo, de um fornecedor de combustível que adultera o produto em busca de maior lucro. O fornecedor consente com a produção de perigo para a operação da aeronave, ainda que não deseje a ocorrência do acidente, de modo que, experimentando a aeronave problemas técnicos, estará consumado o crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo doloso.

Trabalhando ainda com a hipótese do fornecedor de combustível adulterado, se do perigo criado resulta o sinistro da aeronave, consubstancia-se a figura penal do sinistro aéreo preterdoloso (TELES, 2009, s. 39.2.3), tipificado no § 1º do artigo 261, visto que estão presentes o dolo na produção do perigo, ainda que eventual, ao consentir sua produção; a culpa no resultado sinistro, em vista da imprudência que caracteriza abastecer uma aeronave com combustível adulterado; e a previsibilidade do resultado final, ainda que não desejado.

Por outro lado, no caso de haver dolo na queda da aeronave, como é o cenário no qual o agente sabota uma aeronave visando a morte de um de seus ocupantes, há entendimentos distintos na doutrina. Parte entende que ocorra um concurso de crimes: de um lado o atentado contra a segurança do transporte aéreo, qualificado pelo resultado queda, e de outro o homicídio (ou lesão corporal) doloso (GRECO, 2010, p. 87; HONORATO, 2014, p. 5). Outros doutrinadores entendem que há absorção do crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo pelo crime de homicídio (MIRABETE, 2011, p. 86).

3.2.2 Sinistro Aéreo

A única hipótese em que se admite a modalidade culposa para o crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo é quando da conduta resulta sinistro, conforme leitura do § 3º do artigo 261:

Modalidade culposa

§ 3º - No caso de culpa, se ocorre o sinistro:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Teles (2009, s. 39.2.5) destaca que, além do nexa causal entre o perigo criado pela conduta e o sinistro (o perigo deve ser a causa do sinistro), o segundo deve ser previsível para o agente que atuou com negligência, imprudência ou imperícia. Como exemplo, pode-se imaginar o piloto da aeronave que se esquece de abastecê-la antes do voo e, assim, age com

negligência. Se dessa conduta resultar a queda do avião, comete o piloto o crime de sinistro culposo.

O crime de sinistro aéreo pode ainda ser qualificado se dele resultar lesão corporal ou morte:

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

Formas qualificadas de crime de perigo comum

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

3.2.3 Incêndio em Aeronave

A conduta de causar incêndio em aeronave, ainda que certamente cause perigo ao transporte aéreo, pode amoldar-se a outro tipo penal, que não o atentado contra a segurança do transporte aéreo, mas ao delito tipificado no artigo 250, crime de incêndio, qualificado pelo inciso I, alínea “c”:

Incêndio

Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º - As penas aumentam-se de um terço:

[...]

II - se o incêndio é:

[...]

c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;

Trata-se de um crime de perigo comum e concreto. Por essa razão, Greco (2010, p. 4) destaca que nem todo fogo é apto a caracterizar o crime de incêndio, mas somente aquele que acarreta risco para pessoas ou coisas.

Honorato (2014, p. 98) entende que, de forma análoga à interpretação do artigo 261, o crime de incêndio em aeronave só se configura se a aeronave em questão for utilizada no transporte coletivo. Entende ainda o autor que, se do incêndio resultar queda, a conduta

encontraria sua subsunção no delito de sinistro aéreo (art. 261, § 1º), ingressando o elemento incendiário como agravante específico (artigo 61, II, “d”)¹², tendo em vista a especialidade do tipo de perigo contra a segurança do transporte aéreo com resultado sinistro, que contém elementos não contemplados no delito qualificado do art. 250.

3.2.4 Explosão em Aeronave

Via de regra, a exposição a perigo de vida, integridade física ou patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de explosivo em aeronave de transporte coletivo perfaz o delito do artigo 251, qualificado pelo § 2º:

Explosão

Art. 251 - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

§ 1º - Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Aumento de pena

§ 2º - As penas aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo.

Se a substância explosiva empregada tem poder de destruição menor que o da dinamite, estaria configurado, a princípio, o tipo privilegiado do parágrafo 1º, novamente qualificado pelo 2º. Ocorre que, nesse caso, a subsunção recai sobre o atentado contra a segurança do transporte aéreo simples (artigo 261, *caput*), por ter este pena mais grave (HONORATO, 2014, p. 113).

Também no crime de explosão em aeronave requer-se que esta seja utilizada no transporte coletivo, uma vez que § 2º remete expressamente ao artigo 250, e também porque o artigo 251 abarca, da mesma forma, um crime de perigo comum e concreto.

¹² Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

[...]

II - ter o agente cometido o crime:

[...]

d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;

Se da explosão resulta a queda ou destruição da aeronave, a conduta passa a ser tipificada como sinistro aéreo (artigo 261, § 1º), sendo o emprego de explosivo circunstância agravante (artigo. 61, II, “d”).

O crime admite modalidade culposa apenas na figura da explosão, e quando empregada dinamite ou substância de efeitos análogos. O arremesso ou colocação de engenho explosivo não tipificam a conduta, quando ausente o dolo:

Art. 251 [...]

Modalidade culposa

§ 3º - No caso de culpa, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de seis meses a dois anos; nos demais casos, é de detenção, de três meses a um ano.

Não ocorrendo a explosão, o dolo é elemento necessário para a subsunção da conduta. Por tratar-se de dolo de perigo, basta a vontade consciente de expor a perigo a integridade física ou o patrimônio de outrem, sendo admissível o dolo eventual, quando consente o autor com o resultado, ainda que não o deseje (HONORATO, 2014, p. 117). Imprescindível, entretanto, a previsibilidade do resultado (NUCCI, 2014a, p. 754).

3.2.5 Homicídio e Lesão Corporal em Acidentes Aeronáuticos

Condutas relativas a atividades aeronáuticas podem, eventualmente, ser tipificadas como homicídio ou lesão corporal. Entretanto, o bem jurídico tutelado por esses tipos é a vida e a integridade física, não sendo voltados especificamente à segurança de voo. Assim, ao contrário dos crimes analisados até este ponto, o homicídio e a lesão corporal podem ser considerados crimes impropriamente aeronáuticos (HONORATO, 2014, p. 4).

Em sua maioria, os acidentes aeronáuticos não envolvem ataques dolosos contra a vida e a integridade física, estando relacionados a condutas de perigo. Havendo dolo ou culpa em relação ao perigo, e dele resultando culposamente o acidente em que pessoas perdem a vida, o tipo penal é o sinistro em transporte aéreo, doloso (art. 261 § 1º) ou culposo (art. 261 § 2º), conforme o elemento subjetivo em relação ao perigo, qualificado pelo resultado morte (arts. 263 e 258). Nesses casos, afasta-se eventual tipificação de condutas relacionadas a um acidente aéreo como homicídio doloso ou lesão corporal dolosa.

Ainda assim, existem casos em que a intenção do agente é a morte dos passageiros da aeronave, caso em que se configura o homicídio com dolo direto de primeiro grau, ou a volição do agente volta-se à queda da aeronave, situação em que também se caracteriza o homicídio doloso, mas agora com dolo de segundo grau, em vista de ser praticamente certo o

resultado morte. Em ambos os casos, seria mais apropriado falar em atentado aéreo do que em acidente aéreo.

Conforme já visto, parte da doutrina (GRECO, 2010, p. 87; HONORATO, 2014, p. 5) entende que há concurso dos crimes de atentado contra a segurança do transporte aéreo e de homicídio doloso, enquanto outra parte entende que há absorção do crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo pelo crime de homicídio (MIRABETE, 2011, p. 86). Maior razão assiste à primeira corrente, pois o acidente aeronáutico abrange danos que não estão contidos na conduta típica de homicídio, notadamente o risco criado para terceiros em solo, e os danos para o desenvolvimento do modal aéreo e para as empresas que ele operam. Esses danos atingem bem jurídico distinto da vida: a segurança do transporte aéreo, como fração da incolumidade pública, que é justamente tutelado pelo tipo do artigo 261. Assim, por atacar dois bens jurídicos distintos, a conduta representaria concurso formal de crimes.

3.3 Diferenças entre a Investigação SIPAER e a Persecução Penal

Na seção 3.1 foi demonstrado que, havendo justa causa, materializada por um lastro mínimo de prova que possa fornecer arrimo à acusação, faz-se obrigatória a persecução penal. Por outro lado, na seção 3.2, foram analisadas diferentes condutas passíveis de serem consideradas criminosas. Assim, estando presentes elementos indiciários dessas condutas, e em vista da obrigatoriedade da persecução, inicia-se a apuração de crimes relacionados a atividades aeronáuticas, e, com mais razão ainda, se da conduta resultou sinistro da aeronave, usualmente acompanhado das consequências de morte ou lesão corporal. Cabe agora analisar de que forma se processa essa persecução penal, e no que ela difere da investigação SIPAER descrita no primeiro capítulo deste trabalho.

A fim de exercer seu direito de punir, o Estado desenvolve a atividade da persecução penal, primeiro por meio da Polícia Judiciária e, depois, pelo Ministério Público, instituições que personificam o interesse da sociedade na repressão às infrações penais. Assim, cabe à Polícia Judiciária informar o Ministério Público do fato reputado criminoso e indicar o responsável, fornecendo elementos de prova para tanto. Cabe então ao órgão do Ministério Público promover a ação penal pública junto ao Poder Judiciário, para que este julgue o acusado e, se for o caso, aplique a sanção penal.

A parte da persecução penal que cabe à Polícia Judiciária é o inquérito policial. Trata-se do conjunto de diligências que visam a reunir os elementos necessários à apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em

juízo (CPP, art. 4º). É um procedimento persecutório de caráter provisório, preparatório e informativo, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como o auto de flagrante e o exame pericial (MIRABETE, 2004, p. 82). Sua natureza é administrativa, sendo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, no caso da ação penal pública, ou o ofendido, no caso da ação penal privada; como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares (CAPEZ, 2012, p. 111).

O inquérito é peça informativa, voltada a apurar as circunstâncias e a autoria da infração penal. Sendo assim, se o titular da ação penal tiver em mãos os elementos imprescindíveis ao oferecimento da denúncia ou queixa, o inquérito será dispensável (TOURINHO FILHO, 2012, p. 114). Ocorre que essa não é situação rotineira na prática, ainda mais nos crimes envolvendo acidentes aeronáuticos, quando a própria materialidade do crime não pode ser prontamente afirmada. Como visto na seção anterior, o acidente aeronáutico não é, por si só, um fato típico para o direito penal, e a subsunção das condutas dos envolvidos aos tipos penais só pode ocorrer após esclarecidas as causas do acidente, bem como os elementos subjetivos que cercaram tais condutas. Por isso, o que se observa na prática é que as ações penais relativas a acidentes aeronáuticos são normalmente precedidas pelo inquérito policial.

Encerrado o inquérito policial, e verificados indícios de materialidade do crime, bem como de autoria, deve o Ministério Público, como visto na seção 3.1, dar início à ação penal por meio da denúncia.

A ação penal é o direito de invocar o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo (MIRABETE, 2004, p. 112), sendo exercido pelo titular da ação penal no âmbito do processo penal. Processo é uma sucessão de atos com os quais se procura dirimir o conflito de interesses. Nele se desenvolve uma série de atos coordenados visando à composição da lide, e esta se compõe quando o Poder Judiciário, depois de devidamente instruído com as provas colhidas, depois de sopesar as razões dos interessados, dita a sua resolução com força obrigatória (TOURINHO FILHO, 2012, p. 45).

Como foi tratado na seção 2.2, a investigação criminal se dá sobre estruturas completamente distintas daquelas em que se desenvolve a investigação SIPAER. A primeira dessas diferenças, e de onde derivam muitas das demais, é justamente o objetivo dos dois procedimentos. Como se vê, o único objetivo do inquérito é apurar as circunstâncias e autoria da eventual infração penal, a fim de subsidiar a denúncia criminal. A subsequente ação penal,

por sua vez, objetiva a aplicação do direito penal ao caso concreto, de modo que busca justamente estabelecer se é cabível no caso a condenação e a punição. Esse objetivo não poderia estar mais afastado daquele perseguido pela investigação SIPAER que, conforme visto anteriormente, rejeita, expressa e enfaticamente, a responsabilização:

3.1 O único objetivo da investigação de um acidente ou incidente deverá ser a prevenção de acidentes e incidentes. O propósito desta atividade não é determinar culpa ou responsabilidade. (ICAO, 2010, p. 3-1, tradução nossa)

Dessa diferença finalística decorrem como corolários diversas outras.

3.3.1 Existência de um Indiciado/Acusado

Embora o CPP não trate especificamente do ato de indiciamento do autor da infração, ela menciona, em várias passagens, o indiciado (CPP, arts. 6^a, V, VIII, IX, 14, 15). Indiciamento é a imputação a alguém, no inquérito policial, da prática do ilícito penal, ou o resultado concreto da convergência de indícios que apontam determinada pessoa ou determinadas pessoas como praticantes de fatos ou atos tidos pela legislação penal em vigor como típicos, antijurídicos e culpáveis. Havendo indício de autoria, deve a autoridade policial providenciar o indiciamento (MIRABETE, 2004, p. 95).

No caso específico da persecução penal de acidentes aeronáuticos, não é comum o indiciamento ao início do inquérito. Isso porque, conforme já discutido, a investigação de um acidente é normalmente problema complexo, de modo que mesmo a verificação da materialidade delituosa é trabalhosa. Por isso, é usual que as diligências voltadas a determinar as causas do acidente, notadamente o exame pericial, sejam concluídas como forma de levantar os elementos que permitirão especificar a conduta delituosa e seu autor. Assim, o indiciamento costuma estar entre os últimos atos dos inquéritos que apuram tais acidentes.

Já na fase processual da persecução penal surge, no polo passivo da relação processual, o acusado, a pessoa que se presume tenha transgredido a ordem jurídica mediante o ato infracional. No outro polo da relação processual encontra-se o autor, que, nas ações penais públicas (como é aplicável no caso dos crimes relacionados na seção 3.2), é o Ministério Público. O acusado conta com diversas garantias que visam a equilibrar sua relação com o Estado punidor.

A investigação SIPAER, por outro lado, não busca de modo algum identificar culpados, mas restringe-se a identificar as causas do acidente com vista à melhoria da segurança. Desse modo, não há ninguém na posição de acusado.

3.3.2 Existência de Lide

A existência de uma pluralidade de indivíduos com interesses distintos pode resultar no conflito entre tais interesses. A lide origina-se quando o sujeito de um dos interesses em conflito encontra resistência do sujeito do outro interesse. Pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio a um interesse próprio. A lide é, assim, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita

A lide penal¹³, por sua vez, consiste no conflito entre o interesse do Estado de ver aplicado ao caso concreto a legislação penal, e o interesse do acusado de ter resguardada a sua liberdade individual (MIRABETE, 2004, p. 27). Tal conflito deve ser solucionado por meio do processo penal.

Aqui a diferença entre a persecução penal e a investigação SIPAER é, mais uma vez, decorrente dos objetivos distintos das duas. Uma vez que não há, na investigação SIPAER, interesse na busca por culpados, e ainda menos na sua responsabilização, não há pretensão punitiva a ser resistida pelo eventual culpado, de modo que não há lide. Há, isso sim, unicidade de interesses, uma vez que tanto os investigadores quanto os agentes envolvidos no sinistro buscam a melhoria da segurança de voo.

3.3.3 Formalidades

O inquérito não está sujeito a formas indeclináveis, mas, como pode servir de base para a comprovação da materialidade do delito ou para a decretação da prisão preventiva, exige-se algum rigor formal em alguns atos, como o interrogatório (CPP, art 6^a, V) e a prisão em flagrante (CPC, arts. 304 e ss.), entre outros (MIRABETE, 2004, p. 83).

O processo penal, por outro lado, pode ser eivado de nulidade se não forem atendidas todas as formalidades legais. Assim dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LIV:

¹³ Ressalva-se que a existência da lide penal não é pacífica na doutrina. Tourinho Filho (2012, p. 49) esclarece que uma parte minoritária da doutrina entende não existir lide penal, uma vez que o interesse do Estado não seria o de infligir a pena ao acusado, mas sim provocar a jurisdição para que aprecie o fato e determine se o acusado merece ou não a condenação. Por isso, diante da sentença absolutória, o Estado não sucumbe mas, pelo contrário, vê atendido seu desejo de aplicação de justiça. Por essa razão teria o Ministério Público o dever de agir com imparcialidade, pugnando pela absolvição quando ausentes os elementos necessários pela condenação. Tal corrente doutrinária entende que essa postura exigida do Ministério Público não seria compatível com uma verdadeira lide.

“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Para definir o devido processo legal, Tourinho Filho (2012, p. 70) recorre a Eduardo J. Couture:

O devido processo legal consiste no direito de a pessoa não ser privada da liberdade e de seus bens sem a garantia que supõe a tramitação de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei.

Os atos produzidos no processo pelas partes que nele intervêm devem realizar-se de acordo com a lei, em conformidade à chamada tipicidade do ato processual. Se o ato amoldar-se ao modelo descrito em lei, ele será considerado perfeito e produzirá seus efeitos jurídicos. Do contrário será atípico, e pode ter sua eficácia afastada, tornando-se nulo. As formalidades visam dar efetividade real às garantias e princípios que regem o processo penal.

Dado que não há, na investigação SIPAER, acusado de nenhum tipo, não há também porque existir preocupação com mecanismos que visem dar eficácia às garantias do acusado. Assim, a investigação SIPAER transcorre segundo um procedimento bastante livre, desvinculado das diversas formalidades encontradas no processo penal.

3.3.4 Nexo Causal

O Código Penal prevê infrações chamadas crimes de mera conduta, os quais se consumam com a simples realização de um comportamento, não se sendo relevantes suas eventuais consequências. Outras vezes, o Código abarca, na descrição do tipo, a conduta humana e a consequência por ela produzida, o resultado, de tal forma que só haverá crime consumado quando esse resultado se concretizar (BITENCOURT, 2012, p. 300).

Nexo causal é o elo de ligação concreto, físico, material e natural que se estabelece entre a conduta do agente e o resultado naturalístico, por meio do qual é possível dizer se aquela deu ou não causa a este (CAPEZ, 2011, p. 178).

Desse modo, não há que se falar em nexos causais nos crimes de mera conduta, pois para tais o resultado naturalístico é irrelevante. Nos crimes de resultado, por outro lado, o nexo causal é elemento estrutural do fato típico, e sem ele não se configura o crime, conforme determina a primeira parte do artigo 13 do CP:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

A segunda parte desse artigo (“*considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”) consagra a adoção da teoria da equivalência das condições,

também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, para determinar a relação de causalidade. Causa, para essa teoria, é a soma de todas as condições, consideradas no seu conjunto, produtoras de um resultado (BITENCOURT, 2012, p. 301).

O processo para se verificar se dado fato é ou não causa segundo a teoria da equivalência das condições consiste em analisar se, mediante uma hipotética supressão do fato em questão, o resultado naturalístico ainda ocorreria. Se com tal supressão não for produzido o resultado naturalístico, o fato em questão é condição necessária do resultado e, portanto, causa. Do contrário, se mesmo diante da supressão se verifica o resultado naturalístico, então o fato não é condição necessária, e por isso não é causa.

A crítica que se faz a essa teoria é que ela permite uma regressão infinita. De fato, são igualmente causas, pelo critério da equivalência das condições, a fabricação do instrumento utilizado na conduta típica (ainda que completamente lícita tal fabricação), e a até mesmo a concepção do agente por seus genitores, porque, não havendo a concepção e nascimento do agente, certamente seria evitado o resultado. Por isso, visando restringir o universo de causas aos fatos penalmente relevantes, a doutrina apoia-se em outros critérios, como a causalidade adequada, ou a imputação objetiva (NUCCI, 2014a, p. 166), cujo estudo escapa ao propósito do presente trabalho. É relevante, entretanto, destacar que o nexo causal é requisito mínimo para a imputabilidade do resultado, ou seja, não havendo nexo causal entre uma conduta e o resultado, de plano não é possível imputar o resultado ao sujeito da conduta, de modo que esta deixa de ser relevante para o direito penal.

O mesmo não ocorre na investigação SIPAER, que não é limitada pela exigência do nexo causal. Essa característica obsta sua utilização como meio de prova no processo penal, como bem pontuou o magistrado, ao julgar a ação penal relativa ao acidente do TAM 3054:

Na realidade, no âmbito do método de investigação empregado pela investigação SIPAER, as hipóteses e probabilidades são extremamente relevantes para o fim almejado, qual seja, aprimorar a segurança de voo. Outrossim, a necessidade de ampliação da busca de “causas”, isto é, de identificação de condições inseguras, acarreta o afastamento das balizas dogmáticas jurídicas no que concerne ao nexo causal.

Nessa ordem de ideias, assinala o item 4.1.4 da NSCA que “o uso dos relatórios para qualquer propósito que não o de prevenção de futuros acidentes, poderá induzir a interpretações e conclusões errôneas”. (BRASIL, 2015, p. 31, destaque no original)

A título de ilustração, suponha-se um caso em que uma aeronave em procedimento de pouso, por uma falha de operação de sua tripulação, deixa de frear efetivamente, transpassando os limites da pista de pouso. Se, ao longo da investigação, for determinado que

a qualidade do pavimento da pista não atende aos requisitos de aderência previstos em norma, mas for determinado também que, em face da falha operacional, a saída de pista ocorreria independentemente da qualidade da pista, fica claro que a baixa qualidade da pista não é causa do acidente, visto que não era condição necessária. Assim sendo, não se pode imputar penalmente o acidente ao responsável pela qualidade da pista¹⁴, que não seria acusado no processo penal. Livre dessas amarras, e encontrando condições de insegurança passíveis de serem sanadas, o investigador SIPAER não apenas poderia, mas deveria emitir recomendações de segurança ao referido responsável, direcionadas a melhorar as condições da pista.

3.3.5 Juízo de Certeza

Dois dos princípios que norteiam o processo penal são o princípio da presunção de inocência e o princípio da prevalência do interesse do réu. O princípio da presunção de inocência estipula que, enquanto não for definitivamente condenado, presume-se inocente o réu. O segundo princípio, o da prevalência do interesse do réu, apresenta grande correlação com o primeiro, e desdobra-se em diferentes dispositivos que, resumidamente, buscam empoderar o réu em seu litígio com o Estado, tais como os recursos privativos da defesa (CPP, art. 609, parágrafo único), a vedação da reforma para pior (CPP, art. 617), a revisão criminal como direito exclusivo do réu (CPP, art. 609 e s.) e absolvição quando da insuficiência de provas (CPP, art. 386, VII) (TOURINHO FILHO, 2012, p. 75).

Assim, o réu parte de uma condição de inocência, e a sua culpa é que precisa ser demonstrada e provada no curso da persecução, o que demanda um juízo de certeza. Daí o adágio *in dubio pro reo* (na dúvida, a favor do réu). Ainda assim, ao avaliar a aplicação do referido adágio à absolvição por insuficiência de provas¹⁵, Tourinho Filho (2012, p. 75), citando Santiago Sentís Melendo, traz esclarecedor conceito: “*O juiz não duvida quando absolve. Está firmemente seguro, tem a plena certeza. De quê? De que lhe faltam provas para condenar*”.

¹⁴ No caso hipotético desenhado, embora o resultado acidente não pudesse ser imputado ao responsável pela qualidade da pista, nada obstaria a que fosse tal indivíduo responsabilizado pelo crime de atentado contra a segurança do transporte aéreo, uma vez que (ao menos na modalidade dolosa, descrita no caput do art. 261) o tipo penal não exige o resultado sinistro, mas somente a exposição concreta de aeronave a risco. Se a pista efetivamente não atingisse os requisitos mínimos previstos em norma, poderia ser caracterizada a situação concreta de risco.

¹⁵ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

[...]

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Como abordado na seção 2.2, o investigador SIPAER não precisa restringir-se aos fatos provados além de dúvida, mas pode basear-se em hipóteses não demonstradas. Pode haver inclusive multiplicidade de hipóteses, mutuamente excludentes entre si. Recorrendo ao exemplo hipotético tratado há pouco, da aeronave que transpassa os limites da pista durante o pouso, suponhamos agora que não seja possível provar quais das condições, operação da tripulação e má qualidade da pista, é causa do acidente. Confrontado com tal incerteza, o juiz penal não tem outra opção além de absolver ambos os agentes por insuficiência de provas. O investigador SIPAER, por outro lado, deve, independentemente de juízo de certeza, emitir recomendações de segurança voltadas tanto à melhoria da qualidade da pista como ao aprimoramento dos procedimentos da tripulação.

3.4 Acesso aos Vestígios e Prova Pericial

Na seção anterior foi discutido que, para que o juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa, é necessário que adquira certeza de que foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso, deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos.

A instrução penal trata desse processo de apuração da verdade e de convencimento, sendo a fase do processo em que as partes procuram demonstrar ao juiz a veracidade ou a falsidade da imputação feita ao réu e das circunstâncias que possam influir no julgamento da responsabilidade.

A prova é o instrumento utilizado dessa demonstração da realidade, e deve gerar no juiz a convicção de que necessita para seu pronunciamento. Provar é produzir um estado de certeza, na consciência e na mente do juiz, para sua convicção a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial (MIRABETE, 2004, p. 274).

Meios de prova são as coisas ou ações utilizadas para demonstrar a verdade: depoimentos, perícias, documentos. Por conta do princípio da livre convicção vigente no ordenamento brasileiro, em regra não há limitação aos meios de prova.

Entre os diversos meios de prova admitidos pelo ordenamento nacional, merece destaque a prova pericial. Uma vez que o julgador não possui conhecimentos enciclopédicos, mas ainda assim deve julgar causas das mais diversas e complexas, faz-se necessário o apoio de técnicos e especialistas que, utilizando-se de seus conhecimentos específicos, elucidam e descrevem circunstâncias de fato a partir dos vestígios materiais do crime. O processo pelo

qual informações e conclusões úteis são extraídos a partir dos vestígios é o exame pericial, e seus resultados são consubstanciados no documento denominado laudo pericial. Assim, perícia é “o exame procedido por pessoa que tenha determinados conhecimentos técnicos, científicos, ou experiência qualificada acerca de fatos, condições pessoais ou mesmo de circunstâncias relevantes para o desate da questão, a fim de comprová-los” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 578).

Perito é aquele que conduz o exame pericial e consigna seus resultados no laudo pericial. Sobre ele, diz Mirabete (2004, p. 286):

A perícia não é um simples meio de prova. O perito é um apreciador técnico, assessor do juiz, com uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica e a proceder à verificação e formação do corpo de delito. A perícia é um elemento subsidiário, emanado de um órgão auxiliar da Justiça, para a valoração da prova ou solução da prova destinada a descoberta da verdade. Por isso, o Código de Processo Penal inclui os peritos entre os “auxiliares da justiça”, sujeitando-os à “disciplina judiciária” (artigo 275) e à “suspeição” dos juízes (artigo 280), impedindo ainda que as partes intervenham em sua nomeação (artigo 276).

Corpo de delito é o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal. Por meio do corpo de delito é possível atestar a materialidade do crime (CAPEZ, 2012, p. 409). Vestígio é o rastro, a pista ou o indício deixado por algo ou alguém, e podem ser materiais ou imateriais. Diz-se que são materiais os vestígios passíveis de serem acusados pelos sentidos (NUCCI, 2014b, p. 289).

Em face à importância da prova pericial, o legislador teve por bem determinar sua obrigatoriedade para todas as infrações que deixam vestígios: “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. O exame de corpo de delito mencionado é a comprovação pericial dos elementos objetivos do tipo. Tal é o relevo dado ao exame pericial que, presentes os vestígios, sua ausência produz nulidade insanável:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

Uma vez que os vestígios podem perecer ou ser alterados, faz-se necessário que a autoridade policial determine a realização de perícia tão logo tenha conhecimento da prática da infração penal conforme CPP:

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;

[...]

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

A autoridade policial pode ainda determinar a perícia até a conclusão do inquérito. Durante a instrução, pode a perícia ser determinada pelo juiz ou requerida pelas partes, no momento do oferecimento da denúncia ou queixa, no prazo para a defesa prévia (CPP, art. 395) ou ao final da instrução (CPP, art. 499) (MIRABETE, 2004, p. 288).

Ainda que a prova pericial seja de fundamental importância para a elucidação dos crimes em geral, ainda mais importante se mostra nos crimes envolvendo acidentes aeronáuticos. Quando se encontra um cadáver ostentando múltiplos ferimentos por arma de fogo, a materialidade da infração é bastante evidente, embora a determinação da autoria possa ainda se mostrar desafiadora. O mesmo já não ocorre em um acidente aeronáutico. A própria existência de conduta típica não se mostra de plano, e só pode ser demonstrada pela revelação das causas, as quais mesmo assim devem ser analisadas sob a ótica dos eventos relacionados.

E determinar as causas de um acidente não é tarefa trivial. As pessoas que estariam em melhores condições de elucidar os eventos mediante testemunho são os tripulantes, mas é comum que eles pereçam durante o acidente. Testemunhas que presenciaram o acidente à distância não podem, em geral, contribuir com mais do que algumas indicações sobre a trajetória final da aeronave, não tendo condições de se pronunciar sobre o que levou a aeronave àquela situação.

Os dados que restam, os vestígios materiais do evento, normalmente consistem em destroços da aeronave acidentada, registros de seus gravadores, áudios de comunicações com os órgãos de controle de tráfego aéreo, telas radar de controle de tráfego aéreo, e documentação técnica da aeronave e da tripulação. A análise de tais vestígios exige conhecimento especializado, via de regra distante do conhecimento detido pelos operadores do Direito, de modo que a atuação da perícia se reveste de importância ainda maior. O exame pericial é realizado justamente sobre os vestígios listados, de modo que, privado do acesso a eles, não pode o perito chegar a conclusão alguma.

3.4.1 Exame Pericial em um Caso Concreto de Acidente Aeronáutico

A fim de exemplificar com um caso concreto o papel da perícia na elucidação dos eventos que envolvem um acidente aeronáutico, bem como a indispensabilidade de acesso aos vestígios do acidente, será analisado aqui o acidente com a aeronave Airbus A320 de registro PR-MBK, que, no dia 17/07/2007, realizava o voo TAM 3054. Durante o pouso da aeronave no Aeroporto Internacional de Congonhas, na cidade de São Paulo, a aeronave excursionou além dos limites da pista, vindo a colidir com instalações localizadas fora da área do sítio aeroportuário e resultando na morte de seus 187 ocupantes e de mais 12 pessoas localizadas naquelas instalações.

Foram denunciados pelo acidente o Diretor de Segurança de Voo e o Vice-Presidente de Operações da TAM Linhas Aéreas, bem como a Diretora da Agência Nacional de Aviação Civil (BRASIL, 2015, p. 1), dando início ao processo nº 0008823-78.2007.403.6181. A sentença absolveu os três réus de todas as acusações, citando diversos trechos dos laudos periciais produzidos. Uma vez que o processo segue sob sigilo, citam-se aqui apenas os trechos dos laudos reproduzidos na sentença.

O Relatório Técnico de Aeronave é o documento do qual constam as atividades de manutenção conduzidas na aeronave. A partir do seu exame, os peritos verificaram que o reversor de empuxo do motor direito encontrava-se desativado em virtude de um vazamento em um de seus atuadores. Tal desativação, entretanto, não impedia a operação da aeronave, em vista da análise de sua Lista de Equipamento Mínimo, documento elaborado pelo fabricante e homologado pelo órgão nacional de certificação aeronáutica, o qual permitia operação com um ou até mesmo os dois reversores desativados (BRASIL, 2015, p. 100).

Até janeiro de 2007 a desativação de um dos reversores de empuxo, no entanto, exigia do piloto uma modificação no modo de operação dos manetes de potência durante o pouso, de modo a não acionar o reversor desativado. A fabricante determinava o procedimento diferenciado, pois o comando do reversor desativado poderia incrementar a distância necessária de parada da aeronave (BRASIL, 2015, p. 76). Apesar disso, naquele mês, o manual da aeronave foi modificado, e o procedimento diferenciado deixou de ser adotado, de modo que a operação com um reversor desativado passou a ser idêntica à operação com os reversores operacionais (BRASIL, 2015, p. 69).

A análise do gravador de dados de voo mostrou que, no pouso sinistrado, a tripulação operou apenas o manete de potência relativo ao motor esquerdo, permanecendo o manete

direito na posição de voo de cruzeiro. Tal procedimento é distinto daquele então em vigor, e distinto também do procedimento que vigia até janeiro de 2007 (BRASIL, 2015, p. 136).

Os *ground spoilers* são dispositivos que aumentam sobremaneira a eficiência dos freios durante o pouso, constituindo parte vital do sistema de desaceleração da aeronave. Sua abertura durante o voo é, entretanto, catastrófica, resultando na queda da aeronave. Por essa razão, e conforme depreendido da análise dos manuais da aeronave, no A320 a abertura dos *ground spoilers* é bloqueada se ao menos um dos manetes de potência encontrar-se em posição de aceleração. Assim, em vista da posição do manete direito, os *ground spoilers* não foram acionados durante o pouso, o que foi faticamente confirmado a partir do exame do gravador de dados de voo e dos atuadores identificados em meios aos destroços (BRASIL, 2015, p. 136).

Mais uma vez recorrendo aos manuais da aeronave, os peritos verificaram que os freios localizados nos trens de pouso podem ser acionados manualmente pelos pedais dos pilotos ou, o que é mais comum, por uma função automática, disparada pela abertura dos *ground spoilers*. Uma vez que os *ground spoilers* não foram acionados por conta da inibição decorrente da posição do manete esquerdo, os freios também não foram automaticamente acionados. Conforme análise do gravador de dados de voo, a tripulação teve que manualmente acionar os freios, após se dar conta da sua não atuação automática (BRASIL, 2015, p. 136).

Por fim, o gravador de dados de voo, interpretado à luz do manual de manutenção da aeronave, demonstrou, ainda, que a falha na operação do manete direito manteve ativa a função de aceleração automática do motor correspondente, que reagiu à perda de velocidade aumentando seu empuxo (BRASIL, 2015, p. 136).

Face aos relatos de que outras aeronaves teriam aquaplanado na pista nos dias que antecederam o acidente, os peritos analisaram as marcas pneumáticas deixadas pela aeronave sinistrada ao longo da pista. Assim, a sentença do processo nº 0008823-78.2007.403.6181 (BRASIL, 2015, p. 149) cita textualmente o Laudo nº 720/2008-INC/DITEC/DPF:

[...] a hipótese de ocorrência de aquaplanagem dinâmica foi descartada quando os Peritos constataram que havia, em todo o percurso do TAM 3054, impressões pneumáticas nítidas, homogêneas, contínuas, de coloração enegrecida e bordos regulares, com calibres compatíveis com aqueles esperados para a aeronave modelo A 320

[...] do momento em que as marcas pneumáticas se tornaram visíveis, até o final do percurso em asfalto, a aeronave não foi acometida pelo fenômeno da aquaplanagem viscosa

Havia também a suspeita de que a pista do Aeroporto de Congonhas encontrava-se escorregadia, com diversos relatos nesse sentido, notadamente sob condições de chuva. Por

isso, os peritos empregaram um equipamento de medição de coeficiente de atrito *Mu-meter* modelo MK6, operando com lâmina de 1,0 mm de água simulada por espargimento, em conformidade com a norma IAC (Instrução de Aviação Civil) nº 4202 (BRASIL, 2015, p. 153). Os resultados obtidos mostraram “*que o coeficiente de atrito da pista principal do aeroporto de Congonhas atendeu, ainda que com estreita margem, os requisitos listados na IAC nº 4.302*” (BRASIL, 2015, p. 154).

Por fim, os peritos buscaram determinar se a existência de uma área de escape ou um melhor coeficiente de atrito na pista poderiam ter evitado a ocorrência do acidente. Para isso foi calculada a distância estimada de parada da aeronave para as condições de operação verificadas no dia do sinistro, com exceção do valor do coeficiente de atrito da pista, que foi considerado como sendo o de uma pista padrão. Na verificação foram empregadas três abordagens: a) foi solicitado à Airbus que estimasse a distância de parada a partir de seus modelos numéricos da aeronave; b) foram conduzidos testes em um simulador de voo; c) foram empregadas as tabelas e fórmulas disponíveis no manual operacional da aeronave. Em todas as metodologias utilizadas, os peritos concluíram que “*mesmo uma Área de Segurança de Fim de Pista com as dimensões recomendáveis pelo Anexo 14 da ICAO, estendendo-se por 240m além do final da pista, seria insuficiente para permitir a parada da aeronave acidentada*”, de onde concluíram que nem o coeficiente de atrito da pista, nem a ausência de uma área de escape foram causas do acidente (BRASIL, 2015, p. 145).

Por tudo isso, os peritos concluem o laudo informando:

Conforme mostrado no capítulo VI.5, os dados armazenados no FDR da aeronave acidentada indicam que, durante o pouso, as manetes de controle de empuxo foram operadas de maneira distinta do procedimento padrão de pouso e distinta também do procedimento previsto para operação com um dos reversores de empuxo desativado. Como consequência da operação incorreta das manetes houve um aumento no empuxo do motor direito, os Ground Spoilers não foram acionados e a função de frenagem automática não foi disparada. Tal comportamento é compatível com o esperado para o caso de desaceleração de apenas uma das manetes de empuxo. Conforme visto nos capítulos VI.7 e VI.8.2, as informações que puderam ser obtidas a partir da análise dos destroços da aeronave e das marcas pneumáticas deixadas na pista são consistentes com os dados armazenados no FDR. Sendo assim, os peritos concluem que a operação incorreta das manetes por parte da tripulação foi o fator determinante para a ocorrência do acidente (BRASIL, 2015, p. 44)

Observa-se que os exames periciais foram conduzidos sobre os vestígios materiais das condutas: destroços, registros dos gravadores de voo, livros de manutenção, manuais da aeronave. Se não fosse facultado aos peritos o acesso a esses vestígios, nenhuma conclusão teria sido possível, e desfalcada ficaria a persecução penal.

4 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.970/2014 E PROPOSTAS

4.1 Pontos Controversos da Lei nº 12.970/2014

A Lei nº 12.970/2014 reformulou o Capítulo VI do Código Brasileiro de Aeronáutica, o qual dispõe sobre o SIPAER, o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos.

Ela introduziu diversos dispositivos que visam salvaguardar a investigação SIPAER, protegendo suas fontes e conclusões, e garantindo, assim, sua eficácia na prevenção de futuros acidentes. Essa proteção visa a evitar muitos dos malefícios descritos na seção 2.3 deste trabalho. A Lei nº 12.970/2014 também trouxe para dentro do CBA muitas diretrizes baseadas no Anexo 13 da Convenção de Chicago que vêm, há anos, servindo de guia para a investigação SIPAER, embora sem previsão em nível legal. Tais diretrizes encontravam-se, até então, unicamente em decretos e normativos internos do Comando da Aeronáutica.

Assim, a Lei nº 12.970/2014 representa verdadeiro avanço para a investigação SIPAER no Brasil, e pode, sem dúvida, contribuir para a melhoria da segurança de voo. Apesar disso, no legítimo intuito de dar efetividade à investigação voltada à segurança, o legislador em alguns pontos acabou excedendo-se, e incorrendo em dispositivos que afetam ditames constitucionais, como será analisado a seguir.

4.1.1 Acesso e Custódia dos Vestígios do Acidente

A Lei nº 12.970/2014 é bastante incisiva ao tratar sobre a quem cabe a precedência no acesso e custódia dos itens de interesse da investigação, chegando a ser repetitiva:

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-I. São fontes Sipaer:

I - gravações das comunicações entre os órgãos de controle de tráfego aéreo e suas transcrições;

II - gravações das conversas na cabine de pilotagem e suas transcrições;

III - dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências;

IV - gravações das comunicações entre a aeronave e os órgãos de controle de tráfego aéreo e suas transcrições;

V - gravações dos dados de voo e os gráficos e parâmetros deles extraídos ou transcritos ou extraídos e transcritos;

VI - dados dos sistemas automáticos e manuais de coleta de dados; e

VII - demais registros usados nas atividades Sipaer, incluindo os de investigação.

§ 1º Em proveito da investigação Sipaer, a autoridade de investigação Sipaer terá precedência no acesso e na custódia das fontes citadas no caput.

[...]

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.

[...]

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.

Da literal disposição desses artigos, dois aspectos essenciais podem ser extraídos:

1) A investigação SIPAER tem precedência sobre as demais investigações no acesso e custódia dos vestígios do acidente;

2) Ninguém, nem mesmo a polícia judiciária, pode acessar, examinar, manipular ou remover vestígios da cena do acidente sem a anuência da autoridade de investigação SIPAER.

Convém aqui destacar a elevada importância que tem, para qualquer investigação, seja a investigação SIPAER, seja o exame pericial, a idoneidade do local do acidente. De fato, a mera disposição dos diferentes elementos na cena fornece informações que não poderiam ser obtidas de outra forma. O grau de espalhamento dos destroços pode indicar se houve uma desintegração em voo da aeronave, ou se a ela alcançou íntegra o solo. A presença de um elemento da aeronave isolado em local distante do ponto da queda pode indicar que a aeronave colidiu com algum obstáculo antes da queda. Quando componentes idênticos são instalados em posições diferentes da aeronave, como normalmente é o caso de sensores ou atuadores, muitas vezes a posição original de instalação de cada um deles só pode ser determinada a partir de sua localização na cena. Enfim, quando os destroços são movidos ou recolhidos, todas as informações que poderiam ser extraídas de sua posição física são irremediavelmente perdidas.

Não é por outra razão que o CPP determina expressamente que não se alterem o estado e conservação das coisas no local do crime, até a chegada dos peritos criminais (CPP, art. 6º, I), que então poderão documentar a disposição dos vestígios e dela extrair informações úteis à elucidação dos fatos.

4.1.2 Disposição Legal Anterior

Para melhor compreender o alcance e implicações dos dispositivos mencionados, é relevante primeiro avaliar o dispositivo existente no CBA antes do advento da Lei nº 12.970/2014, o qual foi revogado por essa lei:

Art. 89. Exceto para efeito de salvar vidas, nenhuma aeronave acidentada, seus restos ou coisas que por ela eram transportadas, podem ser vasculhados ou removidos, a não ser em presença ou com autorização da autoridade aeronáutica.

Honorato (2014, p. 491) entende que a mencionada redação do artigo 89 já deferia a prioridade no acesso à autoridade aeronáutica:

No entanto, o Código Brasileiro de Aeronáutica, antes mesmo da aprovação da Lei 12.970/2014, já deferia precedência investigativa ao Sipaer, constante do seu antigo art. 89, quando determinava a prioridade de acesso aos destroços e sua custódia à autoridade aeronáutica, numa interpretação *in contrario sensu* [...]

A linha interpretativa do art. 89 do CBA assentava-se na seguinte lógica: se nenhuma pessoa poderia alterar (vasculhar ou remover) os destroços de uma aeronave acidentada, senão devidamente autorizada pela autoridade aeronáutica, a tal autoridade caberia diligenciar prioritariamente tais materiais, tanto para acessá-los, como para custodiá-los, ressalvadas as ações de salvamento de vidas, que naturalmente requerem uma maior precedência.

Com o devido respeito ao jurista, extensivamente citado neste trabalho, inclusive, deve-se ressaltar que sua análise erra por uma razão muito simples: ela omite parte essencial do dispositivo: “[...] a não ser **em presença ou com autorização da autoridade aeronáutica**” (sem destaque no original). A leitura do dispositivo em sua íntegra não permite outra interpretação, frente à conjunção alternativa “ou” é forçoso reconhecer que a presença física da autoridade aeronáutica no local do acidente dispensa sua autorização para que os destroços sejam examinados.

Tal entendimento encontra perfeito entrosamento com a interpretação lógica do revogado artigo 89. Ao determinar que não se vasculhem ou se removam os restos da aeronave acidentada antes da chegada da autoridade aeronáutica, o dispositivo objetiva

preservar as informações passíveis de serem obtidas a partir da organização espacial dos vestígios na cena do acidente. Trata-se de disposição análoga àquela feita no artigo 6º, I do CPP, a qual visa preservar a cena até a chegada dos peritos criminais. Estando presente a autoridade aeronáutica, poderá ela documentar a posição dos vestígios e assim obter suas conclusões. Nesse cenário, não faz sentido que outros órgãos com atribuições legais próprias e independentes, como é o caso da perícia criminal, dependam de autorização da autoridade aeronáutica para exercer tais atribuições.

Desse modo, a segunda parte da conjunção alternativa, “*ou com autorização da autoridade aeronáutica*”, diz respeito apenas ao cenário em que a autoridade aeronáutica não se encontra no local do acidente. Tal dispositivo recobre-se de importância quando se considera que o Brasil tem dimensões continentais, e que muitas vezes acidentes aeronáuticos ocorrem nas regiões mais inóspitas e de difícil acesso. Não sendo viável a presença da autoridade aeronáutica no local, em face do exagerado tempo de deslocamento, pode ela autorizar que se vasculhem e se removam os restos da aeronave sem a sua presença. Não fosse essa parte do artigo, a presença da autoridade aeronáutica seria obrigatória na cena de todos os acidentes.

Desse modo, a sujeição dos demais órgãos públicos à autorização da autoridade aeronáutica para que possam examinar os destroços de aeronave acidentada é, sim, inovação introduzida pela Lei nº 12.970/2014.

4.1.3 Inafastabilidade da Jurisdição e Obrigatoriedade da Persecução Penal

Na Constituição Federal, o princípio da inafastabilidade da jurisdição encontra-se expressamente consagrado entre os direitos e garantias fundamentais:

Art. 5º [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Ocorre que, conforme visto na seção 3.2, o acidente aeronáutico pode ser resultado de uma conduta criminosa que acaba por lesar diferentes bens jurídicos tutelados: a vida, a integridade física, o patrimônio e a incolumidade pública. Havendo lesão a tais bens, obrigatória se faz a persecução penal, a fim de que o Poder Judiciário possa determinar se tal lesão foi ou não criminosa.

Mais uma vez, observe-se o conteúdo dos artigos 88-N e 88-P introduzidos pela Lei nº 12.970/2014:

Art. 88-N. [...] **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 [...]**

[...]

Art. 88-P. [...] ficará assegurado a outros órgãos, inclusive [...] 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.** (sem destaques no original)

Pretende o legislador ordinário condicionar o acesso da polícia judiciária e dos peritos criminais aos destroços à anuência da autoridade SIPAER. O que ocorre, então, se tal autoridade, por seu arbítrio, decidir não conceder a necessária anuência? Segundo literal disposição da lei, não poderão os peritos criminais examinar, manipular ou recolher nenhum dos vestígios presentes no local do acidente.

Tal situação inviabilizaria a persecução penal do acidente tanto no plano material como no plano formal.

Com relação ao plano material, foi visto na seção 3.4 que os crimes relativos a acidentes aeronáuticos encontram-se entre aqueles de grande complexidade técnica e, por isso, neles a prova pericial apresenta importância ainda maior que a costumeira. Ademais, em um acidente aeronáutico, parte expressiva das conclusões oferecidas no laudo pericial criminal apoia-se justamente no exame pericial dos vestígios encontrados na cena do acidente, como bem ilustra o caso concreto apresentado na seção 3.4.1. Sem o acesso dos peritos criminais aos vestígios, poucas conclusões podem ser obtidas, e a efetiva persecução penal pode ser inviabilizada diante da ausência de provas.

Já em relação ao plano formal, deve-se considerar o disposto no CPP:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Conforme já dito, os destroços e outros elementos encontrados na cena do acidente compõem o corpo de delito, de modo que seu exame se faz indispensável por força do artigo 158. A sanção prescrita pelo CPP, para seu descumprimento, é a nulidade:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

[...]

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

[...]

b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no Art. 167;

A exceção prevista no artigo 167¹⁶ não se aplica ao caso em análise, por tratar de caso em que os vestígios desapareceram, não se estendendo, portanto, ao caso em que o vestígio existe, mas não pode ser acessado pelo perito criminal.

A nulidade tem o condão de obstar o andamento do processo. Mirabete (2004, p. 642) entende que a inexistência de nulidade é condição para o regular desenvolvimento do processo. Tourinho Filho (2012, p. 533) vai além, ao afirmar que o exame de corpo de delito constitui pressuposto, e não condição, de validade do processo:

Assim, se num processo por crime que tenha deixado vestígio não se procedeu ao exame de corpo de delito, direto ou indireto, haverá nulidade, nos termos do art. 564, III, b, do CPP. Anula-se o procedimento, anula-se o processo [...]

Assim, o exame de corpo de delito constitui ato essencial do processo, imprescindível para a própria validade da relação processual (TOURINHO FILHO, 2012, p. 536), de modo que sua ausência é causa de invalidade absoluta, insanável. Tal conclusão decorre de não estar tal nulidade no rol daquelas sanáveis, apresentado no artigo 572¹⁷ do CPP.

A consequência prática é que, ao condicionar o acesso dos peritos criminais aos vestígios, os artigos 88-N e 88-P introduzidos pela Lei nº 12.970/2014 dão à autoridade SIPAER o poder discricionário de obstar ou não a persecução penal de crimes que resultem em acidentes aeronáuticos.

Ora, foi visto na seção 3.1 que a ninguém, nem mesmo ao Ministério Público, titular da ação penal pública, é dado dispor do poder-dever que possui o Estado de apurar e punir as condutas criminosas. Assim, não poderia a lei ordinária outorgar tal poder a nenhum órgão ou pessoa, tornando inefetivo o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Os limites dos direitos fundamentais, quando não constem diretamente da Constituição, são demarcados em abstrato pelo legislador ou em concreto pelo juiz constitucional. Por isso é essencial protegê-los contra a abusividade de leis restritivas, bem como fornecer parâmetros ao intérprete judicial (BARROSO, 2009, p. 333).

Para Canotilho (2010, p. 947), face ao princípio da prevalência da Constituição, a sanção aplicável a ato normativo colidente com o parâmetro normativo-constitucional é a inconstitucionalidade, de modo que a lei assim denunciada é nula *ipso jure*.

¹⁶ Art. 167. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.

¹⁷ Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, d e e, segunda parte, g e h, e IV, considerar-se-ão sanadas

4.1.4 Indício de Crime Encontrado durante a Investigação SIPAER

Poderia alguém argumentar que, estando a investigação SIPAER obrigada a comunicar indícios de crime à autoridade policial, conforme determina o artigo 88-D inserido pela Lei nº 12.970/2014, restaria atendido o princípio da inafastabilidade da jurisdição:

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.

Nesse caso, poderia a autoridade SIPAER negar o acesso da perícia criminal aos vestígios, mas, posteriormente confrontada com indícios de crime, fazer a comunicação à autoridade policial. Face à complexidade de acidentes aeronáuticos, a conclusão pela existência de indícios de crime pode ser demorada, de modo que a persecução penal tornar-se-ia completamente intempestiva. No momento em que os investigadores SIPAER chegarem a essa conclusão, muitos dos vestígios terão perecido. O local há muito terá sido desfeito. Exames destrutivos terão sido conduzidos, e o substrato examinado não existirá mais. Testemunhas que poderiam ter contribuído para a investigação criminal não estarão mais disponíveis, ou não lembrarão mais de detalhes relevantes. Crimes poderão estar prescritos. Assim, para que a persecução penal seja efetiva, deve ela ser tempestiva, iniciando-se logo após o acidente.

Não se duvida de que a condução da investigação SIPAER seja confiada a pessoa da mais elevada qualificação. No entanto, a qualificação necessária envolve conhecimentos relativos a operação e segurança de voo, condições inseguras, barreiras a falhas, propagação de erros, entre outros essenciais ao cumprimento da finalidade precípua da investigação SIPAER. Certamente não consta do rol de habilidades exigidas do investigador de acidentes aeronáuticos a necessidade de extensos conhecimentos de direito penal. Por isso, embora seja certo que o investigador SIPAER possa identificar como indício de crime a presença de vestígios de um detonador em meio aos destroços, outros cenários mais sutis podem passar completamente despercebidos, ainda mais considerando quão tênue é, em muitos casos, a linha existente entre o caso fortuito e a negligência ou a imperícia. Mais do que isso, muitas condutas, para serem consideradas criminosas, necessitam de elementos subjetivos que não podem ser apurados de plano, mas, pelo contrário, demandam minuciosa apuração de fatores externos aos vestígios materiais para serem identificados. Tendo em vista que a investigação SIPAER, corretamente, furta-se a apurar responsabilidades, é natural que tais crimes jamais sejam identificados pelo investigador SIPAER.

Por fim, resta a ilegitimidade do investigador SIPAER para determinar, sozinho, se determinado vestígio é ou não indício de crime. Na persecução penal, a autoridade policial avalia o conjunto probatório e decide se existe justa causa, e assim se indicia ou não o suspeito. Tal decisão é avaliada pelo Ministério Público que, mediante nova análise do conjunto probatório, decide se oferece ou não a denúncia. Caso o Ministério Público considere por bem arquivar o caso, tal decisão será submetida ao juiz, que avaliará seu acerto, podendo fazer a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, caso não concorde com o arquivamento. Assim, observa-se que, na persecução penal, a decisão por não buscar a punição do suspeito não pode ser arbitrária, mas sujeita-se a diversos mecanismos de controle. O poder concedido ao investigador SIPAER pela Lei nº 12.970/2014 não se submete a nenhum desses controles, pode ele decidir por não permitir o acesso dos peritos criminais e da polícia aos destroços, e posteriormente decidir, sozinho e de acordo com sua própria consciência, se os vestígios encontrados constituem ou não indícios de crime para efeito do artigo 88-D do CBA.

Dessa forma, tal artigo não remedia a inconstitucionalidade em que incorrem os artigos 88-N e 88-P ao vulnerarem o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

4.1.5 Inexistência de Colisão entre o Direito à Vida e a Inafastabilidade da Jurisdição

Em vista da flagrante inconstitucionalidade de se submeter o poder-dever de punir do Estado ao arbítrio de uma pessoa, ao inserir esse dispositivo no CBA, buscou o legislador ordinário embasar tal pretensão em um princípio constitucional fundamental, o direito à vida:

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. (sem destaques no original)

Não condiz com a boa técnica legislativa incorporar à norma sua justificativa ou fundamentação. Se o fez no presente caso, é porque o legislador buscava implicar uma colisão entre princípios, supostamente apta a relativizar a aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Ocorre que não é esse o caso.

Ao conceder absoluto controle sobre os vestígios do acidente à investigação SIPAER, a lei sucede, apenas e tão somente, em salvaguardar a realização dessa investigação.

Acontece que a investigação SIPAER não se confunde com a segurança de voo, mas, pelo contrário, busca, por seus resultados, uma eventual melhoria desta.

Embora sem dúvida seja um relevante bem jurídico, ninguém poderá afirmar que a segurança de voo é um direito fundamental constitucionalmente tutelado. Também não se confunde a segurança de voo com o direito à vida. Ainda que uma melhoria na segurança de voo possa, em momento futuro, eventualmente, evitar a perda de vidas humanas, por certo tratam-se de bens jurídicos distintos, cuja relação depende de eventos vindouros, incertos, em verdadeira relação de abstração.

Como bem ensina Barroso, a colisão entre princípios constitucionais decorre da diversidade de valores que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição, e *“não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”* (BARROSO, 2010, p. 330).

Analisando-se o caso concreto apresentado, sobressai que a lei pretende afastar direito fundamental, o da apreciação, pelo Poder Judiciário, das lesões a direito, em proveito de procedimento administrativo que, apenas por uma via duplamente indireta e eventual (a investigação SIPAER pode, eventualmente, resultar em melhoria na segurança de voo, a qual pode, eventualmente, evitar a perda futura de vidas humanas), pode contribuir para salvaguardar outro direito fundamental.

Tal situação não configura, de forma alguma, uma colisão de direitos fundamentais. Nesse sentido também aponta Canotilho (2010, p. 1270):

Considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.

Conforme visto na seção 3.1, o direito de punir é exercido pela sociedade organizada, em resposta a uma lesão aos bens jurídicos tutelados pela lei penal, conforme garantido pelo inciso art. 5º, XXXV, da Constituição. Entretanto, do outro lado da colisão não há nenhum titular de direito, senão a própria Administração, que tem a pretensão de ver conduzida a investigação SIPAER, o que, conforme visto, não constitui direito fundamental.

4.1.6 Aplicação do Princípio da Proporcionalidade

Ainda que se entendesse, por absurdo, que a identidade entre a investigação SIPAER e o direito fundamental à vida é de tal monta que uma obstrução dessa investigação resultasse

em verdadeiro dano à vida, mesmo assim essa conclusão não bastaria para evitar, por si, a aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Isso porque, como bem ensina Barroso (2009, p. 207), a doutrina tem rejeitado a predeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo da absolutização de algum dos direitos fundamentais.

De fato, estabelecer uma escala de valores para os princípios constitucionais implicaria que alguns princípios fossem absolutos. Mas esse cenário não se compatibiliza com o ordenamento pátrio, e mesmo princípios verdadeiramente caros para a sociedade, como é o caso do princípio do direito à vida, são por vezes relativizados, como se constata pela previsão constitucional da pena de morte, ainda que em situações excepcionais. Sobre esse tema, discorre Canotilho (2010, p. 1182):

A pretensão de validade absoluta de certos princípios com sacrifício de outros originaria a criação de princípios reciprocamente incompatíveis, com a conseqüente destruição da tendencial unidade axiológico-normativa da lei fundamental. Daí o reconhecimento de momentos de tensão ou antagonismo entre os vários princípios e a necessidade, atrás exposta, de aceitar que os princípios não obedecem, em caso de conflito, a uma lógica de tudo ou nada, antes podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante seu peso e as circunstâncias do caso.

Assim, para se estabelecer a mencionada ponderação e concordância prática é que se recorre ao princípio da proporcionalidade, a fim de se solucionar a colisão de princípios e determinar, no caso concreto, qual princípio terá predominância. O princípio da proporcionalidade pretende instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta, para que se torne possível um controle do excesso.

Segundo Bonavides (2010, p. 396) há três elementos ou subprincípios que governam a composição do princípio da proporcionalidade. O primeiro é a pertinência ou aptidão, que deve informar se determinada medida representa o meio certo para levar a cabo um fim baseado no interesse público. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido.

O segundo elemento ou subprincípio da proporcionalidade é o da necessidade. Segundo ele, a medida não há de exceder os limites indispensáveis à consecução do fim legítimo que se almeja, ou seja, uma medida para ser admissível deve ser necessária. Tal princípio não questiona a escolha operada, mas o meio empregado, de modo que este deve ser dosado para chegar ao fim pretendido. Isso equivale a dizer que, entre todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses

do cidadão, podendo assim o subprincípio da necessidade ser também chamado princípio da escolha do meio mais suave.

Por fim, o terceiro critério ou elemento de concretização do princípio da proporcionalidade consiste na proporcionalidade em sentido estrito. Consiste em selecionar o meio ou os meios que, no caso específico, levarem mais em conta o conjunto de interesses em jogo. O aplicador deste princípio se defronta ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais. Os meios são considerados desproporcionais quando os motivos que fundamentam a adoção da medida não têm peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. Dito de outra forma, se a importância da realização do direito fundamental no qual a limitação se baseia não for suficiente para justificá-la, será desproporcional a limitação.

A inconstitucionalidade ocorre, enfim, quando a medida é excessiva, injustificável, ou seja, não cabe na moldura da proporcionalidade (BONAVIDES, 2010, p. 398).

Cumprido, portanto, aplicar o princípio da proporcionalidade ao caso em análise. Inicia-se pela constatação de qual fim se almeja atingir. Trata-se do direito à vida, que restará protegido se acidentes futuros forem evitados graças a uma investigação eficaz e tempestiva do acidente pelo órgão SIPAER. A fim de que seja eficaz a investigação, é importante que o local seja preservado intocado até a chegada dos investigadores SIPAER, que assim poderão extrair da cena todas as informações possíveis.

A medida implementada pela Lei nº 12.970/2014, de condicionar o acesso de quem quer que seja à anuência da autoridade aeronáutica, é apta a alcançar esse objetivo. Se ninguém pode manipular, vasculhar ou remover os vestígios sem anuência da autoridade aeronáutica, fica garantida a sua preservação. A medida, assim, atende ao primeiro elemento da proporcionalidade, o elemento da aptidão.

O dispositivo, entretanto, não supera o teste do segundo critério, o da necessidade ou da medida menos nociva. Se o objetivo é garantir a efetividade da investigação SIPAER, basta que a cena do acidente encontre-se inalterada, e que os investigadores SIPAER tenham amplo acesso a ela. Para que esse fim seja atingido, não é necessário conceder à autoridade aeronáutica o poder para vetar o acesso dos peritos criminais aos vestígios, o que, como visto, atinge o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Basta tão somente garantir que os vestígios não sejam modificados até que os investigadores SIPAER estejam no local e possam coletar as informações disponíveis quanto a sua disposição e condição. Uma norma desse tipo

garantiria, ao mesmo tempo, a eficácia da investigação SIPAER e a realização do exame pericial, de modo que nenhum dos princípios em suposta colisão teria que ser afastado.

Ora, não é por acaso que essa era justamente a disposição legal anterior à Lei nº 12.970/2014, consubstanciada no revogado artigo 89 do CBA, conforme analisado na seção 4.1.2 deste trabalho.

Assim, ainda que se considerem em colisão os princípios do direito à vida e da inafastabilidade da jurisdição, a restrição feita a princípio fundamental pelos artigos 88-N e 88-P, introduzidos pela Lei nº 12.970/2014, é desnecessária e, portanto, inconstitucional face ao princípio da proporcionalidade.

4.2 Problemas Decorrentes da Precedência da Investigação SIPAER

Conforme discutido, a falta de acesso dos peritos criminais aos destroços, ainda no local da queda, representa um problema para a administração da justiça não apenas no aspecto formal, mas também material. E problemas dessa natureza já se fizeram concretamente presentes, em mais de uma ocasião, como ilustram os casos a seguir detalhados.

4.2.1 Acidente do Voo Air France 296

O Airbus A320 foi a primeira aeronave comercial do mundo a operar um sistema de comandos de voo *fly-by-wire*¹⁸ totalmente digital. A primeira unidade do modelo foi entregue em 26 de março de 1988, para a empresa Air France. O A320 era o pioneiro de uma nova geração de aeronaves altamente sofisticadas e computadorizadas, e introduzia inovações revolucionárias no âmbito da indústria aeronáutica. Na ocasião, ele colocava a Airbus anos à frente de seus competidores em termos de avanços tecnológicos e sistemas de proteção. Entretanto, diante de tamanha inovação, graves consequências recaíam sobre a fabricante Airbus caso fossem identificados problemas no sistema de comandos de voo *fly-by-wire* ou no computador de controle de motores totalmente automático e digital. O governo francês tinha

¹⁸ *Fly-by-wire* é um sistema que substitui os comandos de voo convencionais de uma aeronave, operados via cabos mecânicos e polias, por uma interface eletrônica. Os movimentos realizados nos controles pelo piloto são convertidos em sinais transmitidos via cabos elétricos (e daí a origem do termo), e computadores dedicados determinam quanto devem mover-se os atuadores de cada uma das superfícies de comando, a fim de alcançar a resposta demandada. O sistema *fly-by-wire* também permite que comandos automáticos sejam enviados pelos computadores da aeronave sem a participação do piloto, possibilitando a implementação de funções que aumentam a estabilidade da aeronave, ou evitam a operação insegura da aeronave fora de seu envelope de voo (SPITZER, 2001, p. 12-3).

interesse direto no sucesso do projeto, tanto por ser o maior acionista individual da empresa, como pelo número de empregos gerados pela companhia em território francês.

Como parte dos esforços para promover a recém lançada aeronave, em 26 de junho de 1988, um Airbus A320 da Air France, operando como voo 296, participaria de um show aéreo na cidade de Habshiem, na França. A aeronave deveria realizar duas passagens sobre o aeroporto de Mulhouse-Habsheim, a primeira a baixa velocidade, com os trens de pouso baixados e a 100 pés de altura, e depois uma passagem em alta velocidade com os trens recolhidos. Quando a aeronave aproximava-se para a primeira passagem, o copiloto informou ao comandante que aeronave atingira a altura de 100 pés. Oito segundos depois, a aeronave alcançou 50 pés e, a seguir, a faixa de 30 a 35 pés. O comandante comandou potência total dos motores, mas pouco depois a aeronave tocou as árvores existentes ao final da pista, vindo a cair em meio à floresta. Três passageiros faleceram no acidente, e mais de 50 ficaram feridos (MICHAELIDES-MATEOU, 2010, p. 57). O comandante da aeronave saiu caminhando do acidente, prontamente alegando que os motores não aceleraram como deveriam (ROGER, 1998, p. 3).

No dia seguinte ao acidente, o ministro francês dos transportes, a empresa Air France e a fabricante Airbus declararam publicamente que a aeronave não apresentou problemas (ROGER, 1998, p. 3).

A investigação prevista no Anexo 13 da Convenção de Chicago foi conduzida pelo BEA (Bureau d'Enquêtes et d'Analyses pour la Sécurité de l'Aviation Civile), o órgão do governo francês responsável pela investigação de acidentes aeronáuticos. Os principais elementos utilizados foram os dados obtidos dos gravadores de voo, os depoimentos da tripulação, e um vídeo do acidente. As conclusões dessa investigação apontaram que as causas prováveis do acidente foram a altura muito baixa, a velocidade muito baixa, a potência do motor em neutro e a aplicação tardia de potência total dos motores, disso tudo resultando o impacto com as árvores ao final da pista. O relatório ainda concluiu que, caso a descida abaixo da altura de 100 pés não tenha sido deliberada, ela pode ter resultado da falha da tripulação em monitorar adequadamente as informações visuais e sonoras disponíveis (MICHAELIDES-MATEOU, 2010, p. 58). Por outro lado, o relatório final afirmou, inequivocamente, que nem a aeronave nem os motores contribuíram para o acidente. A autoridade certificadora aeronáutica francesa não determinou nenhuma modificação da aeronave, seus sistemas ou procedimentos operacionais em decorrência do acidente (AIRBUS, 1991, p. 10).

Analisando o relatório final do BEA, Michaelides-Mateou (2010, p. 58) constata que suas conclusões apontam, todas, para ações e omissões dos pilotos, indiretamente atribuindo culpa a um dos atores envolvidos, em detrimento do que dispõe a Convenção de Chicago.

Paralelamente à investigação do BEA, uma investigação judicial foi iniciada. A lei francesa determina que as autoridades judiciais têm total controle sobre os destroços e documentos relacionados, e que esses permanecem sob o controle da autoridade judiciária (ICAO, 2003, p. 12). Os gravadores de dados de voo, portanto, deveriam permanecer sob custódia do Poder Judiciário, para serem examinados pelos peritos. Entretanto, eles foram removidos da aeronave duas horas após o acidente, pela autoridade aeronáutica, permanecendo em sua custódia por dez dias, até que foram apreendidos por ordem judicial. Os gravadores apreendidos, entretanto, mostravam algumas características que puseram em questão sua autenticidade, levantando especulações quanto a possíveis adulterações ou mesmo a completa substituição dos gravadores (MICHAELIDES-MATEOU, 2010, p. 58).

Nesse sentido, o IPSC (Institut de Police Scientifique et de Criminologie) de Lausanne, na Suíça, analisou fotos tiradas no local do acidente, que mostram os gravadores de voo sendo transportados. A partir disso, concluiu que os gravadores apresentados à justiça não seriam os mesmos retirados da aeronave (MICHAELIDES-MATEOU, 2010, p. 59). A justiça francesa, face a outras evidências, decidiu que não teria ocorrido adulteração dos gravadores, indeferindo o pedido do comandante da aeronave para que os gravadores de voo fossem desconsiderados como prova. Ao final do processo, o comandante da aeronave foi considerado culpado e condenado a 10 meses de reclusão.

Tenha ou não ocorrido adulteração nos gravadores no caso do Air France 296, a ausência de uma cadeia de custódia verificável e legalmente válida certamente resultou em prejuízo para a apuração do caso. Essa conclusão levou a uma notável modificação no procedimento por parte dos órgãos franceses encarregados das investigações de acidentes aeronáuticos, tanto o BEA como a polícia judiciária.

Assim, quando os gravadores de voo da aeronave que realizava o voo Air France 447 foram retirados do fundo do Oceano Atlântico, um representante da autoridade judiciária francesa encontrava-se a bordo do navio para prontamente colocar os gravadores sob lacre judicial:

Em 7 de maio, o navio da marinha francesa La Capricieuse recolheu os gravadores de voo, que foram colocados sob lacre judicial por representantes das autoridades judiciárias francesas, e transportou-os tão rapidamente quanto possível para Cayenne, de onde foram levados por avião para Paris [...] (FRANÇA, 2012, p. 10, tradução nossa)

Cuidado similar foi tomado com os gravadores de voo da aeronave que realizava o voo Germanwings 4U9525:

O CVR foi enviado ao BEA em 25 de março sob lacre judicial (FRANÇA, 2015, p. 21, tradução nossa)

[...]

O FDR foi enviado ao BEA em 2 de abril, sob lacre judicial (FRANÇA, 2015, p. 22, tradução nossa)

4.2.2 Acidente do Voo Gol 1907

Em 29/09/2006 a aeronave de registro N600XL, modelo Embraer Legacy 600, realizava um voo de entre as cidades de São José dos Campos-SP e Manaus-AM. A aeronave de registro PR-GTD, modelo Boeing 737-800, por sua vez, realizava o voo Gol 1907, partindo de Manaus-AM com destino a Brasília-DF. As aeronaves colidiram no ar quando se encontravam sobre o estado de Mato Grosso e, como resultado, a aeronave que realizava o voo Gol 1907 veio cair, levando a óbito todos os seus 154 ocupantes. A aeronave Legacy, entretanto, ainda que avariada, conseguiu pousar na Base Aérea do Cachimbo.

Os peritos criminais determinaram que o *transponder* da aeronave Legacy foram desligados pouco depois da aeronave passar por Brasília:

É indiscutível que o *transponder* parou de funcionar durante o voo. Parou de funcionar tão logo o avião passou pelo Centro de Brasília e só entrou novamente em funcionamento momentos após a colisão. Os trabalhos periciais não deixam qualquer espécie de dúvida a respeito. (BRASIL, 2011, p. 33)

O *transponder* é um aparelho que interage com os radares do controle de tráfego aéreo e com outros *transponders*, interrogando e fornecendo informações, notadamente sobre a identidade, posição e velocidade das aeronaves. Sua atuação é essencial para que controle de tráfego possa determinar com precisão a altitude de cada aeronave, uma vez que os dados de altitude obtidos pelo uso dos sistemas radares primários (que dispensam o uso de *transponder* pelas aeronaves) apresentam baixa exatidão. Por isso, seu uso é obrigatório em áreas RVSM (Separação Vertical Mínima Reduzida), como era o caso da aerovia em que ocorreu a colisão (BRASIL, 2011, p. 4).

O *transponder* é ainda elemento essencial do TCAS (Sistema de Alerta de Tráfego e Prevenção de Colisão), que é um sistema que visa alertar o piloto para a presença de aeronaves que possam representar um perigo de colisão. O sistema independe de informações

ou suporte baseados no solo, utilizando apenas informações fornecidas diretamente pelas aeronaves próximas. O TCAS detecta outras aeronaves utilizando o *transponder*, através do qual interroga aeronaves que possam estar próximas. Se estas aeronaves próximas forem equipadas com um *transponder* em funcionamento, elas responderão às interrogações (BRASIL, 2011, p. 4).

Uma vez que o *transponder* da aeronave Legacy deixou de operar, a altitude da aeronave passou a ser estimada, com grande erro, pelo sistema de radares primários. Assim, confrontado com o dado errôneo fornecido pelo sistema, o controlador de tráfego aéreo responsável por monitorar o voo do Legacy acreditou que a aeronave encontrava-se em uma altitude diferente da real, e assim deixou de comandar a necessária e prevista mudança de altitude.

Da mesma forma, embora ambas as aeronaves envolvidas no acidente estivessem equipadas com sistemas TCAS, e o sistema da aeronave PR-GTD estivesse funcional, o mesmo não se verificava com o sistema da aeronave Legacy, inoperante em face ao desligamento de seu *transponder*. Assim, nenhum alerta de colisão foi emitido em nenhuma das aeronaves (BRASIL, 2011, p. 34).

Dessa forma, o desligamento do *transponder* foi, sem dúvida, uma das causas do acidente. Era essencial, por isso, determinar a causa do desligamento, como fica claro na sentença:

[...] O que pende de esclarecimento no processo é saber se o desligamento deu-se por falha do sistema ou por obra humana. (BRASIL, 2011, p. 33)

Ocorre que, passadas menos de 24 horas do acidente, investigadores do SIPAER, representantes da fabricante da aeronave Legacy, e os próprios acusados já examinavam o equipamento cuja falha tinha tamanho relevo:

Menos de 24 horas após o acidente, uma Equipe de Ação Inicial do CENIPA e representantes da EMBRAER, contando com a presença a bordo dos dois pilotos do N600XL, realizou checagens (“*self-tests*”) em seus aviônicos. (CENIPA, 2008, p. 24)

Mais do que isso, em 07/10/2006, treze dias depois da colisão, representantes do fabricante do equipamento já tinham acesso àquele que era, possivelmente, um dos vestígios mais importantes do caso. Por fim, os equipamentos relativos ao sistema aviônico da aeronave foram retirados e remetidos para exames a serem conduzidos pelo fabricante:

No dia 07 OUT 2006, com a presença do representante acreditado estadunidense, a equipe repetiu as mesmas checagens, acrescentadas de “*downloads*” das páginas de testes de todos os aviônicos, além da checagem

do funcionamento do TCAS, por meio da ativação de emissões de Transponder simuladas. [...]

Com o intuito de se pesquisar mais a fundo a integridade da suíte de aviãoica do N600XL, os seguintes componentes foram remetidos à empresa Honeywell, em PhoenixAZ / EUA, fabricante da maioria dos itens e responsável pela integração de equipamentos fabricados por terceiros em sua suíte de aviãoica:

Sistema de Comunicações:

TCAS Computer Model-RT-951

Communication Unit Model-RCZ-833K

Radio Management Unit Model-RM-855 (CENIPA, 2008, p. 24)

Na sede do fabricante da suíte eletrônica da aeronave, nos EUA, os equipamentos foram testados conforme um protocolo de ensaios prescrito pelos próprios fabricantes. O resultado dos exames é que nenhuma anomalia foi identificada nos equipamentos:

3.3.5.1. Testes de bancada (Phoenix, de 28 NOV a 01DEZ 2006)

A CIAA¹⁹ reuniu-se nas instalações da Honeywell, Arizona, EUA, com a finalidade de realizar testes de bancada em cada uma das unidades listadas na tabela 2 do item 3.3.4, as quais foram removidas da aeronave N600XL em Cachimbo.

[...]

Na sequência, cada unidade foi testada separadamente em sua respectiva bancada de teste, utilizando equipamentos de medição conforme procedimentos elaborados pela Honeywell para as unidades RMU e RCZ, e procedimentos elaborados pela ACSS para a unidade TCAS.

[...]

Para todas as unidades, os resultados dos testes, incluindo análises dos registros internos das unidades, não indicaram falhas ou anomalias.

Com relação às unidades RCZ, em nenhum momento foi observada mudança não comandada de modo do *transponder*. (CENIPA, 2008, p. 30)

Por uma questão de lealdade, é importante destacar que os exames foram sempre acompanhados por representantes da investigação SIPAER conduzida pelo Brasil. Ainda assim, tanto a Embraer, fabricante da aeronave, como a Honeywell, fabricante e integradora da suíte aviãoica da aeronave, da qual o *transponder* é componente, são partes diretamente interessadas no resultado de possíveis processos judiciais advindos do acidente. Caso ficasse demonstrado uma falha dos equipamentos, as empresas certamente seriam civilmente responsabilizadas, e seus dirigentes e responsáveis técnicos poderiam ainda enfrentar acusações criminais.

¹⁹ Comissão de Investigação de Acidente Aeronáutico

Para efeitos judiciais, é completamente descabido que possíveis responsáveis sejam incumbidos de determinar a existência de sua própria responsabilidade. Por outro lado, esse procedimento encontra-se em perfeita sintonia com a filosofia de investigação SIPAER, onde, conforme visto na seção 2.2, todos os envolvidos são instados a participar livremente, mediante a garantia de não responsabilização.

Por essa razão a importância de que os exames que visem instruir ações penais sejam conduzidos por pessoal tecnicamente capacitado, mas ao mesmo tempo imparcial, visto que sem interesse pessoal quanto aos resultados. Daí o relevo do exame pericial, conduzido pelos peritos oficiais. Ao se impossibilitar uma análise imparcial dos vestígios, resta prejudicado o direito das pessoas que tiveram seus bens lesados de buscar indenização dos efetivos responsáveis, bem como de ver apurada de maneira eficaz a existência de responsabilidade criminal.

A solução, que será abordada novamente na seção 4.4, passa pela lacração dos vestígios no próprio local do acidente, mediante colocação de selos tanto da perícia criminal como dos investigadores SIPAER, de modo que seja assegurada sua idoneidade até o momento dos exames. Passa também pela definição conjunta, por ambas as investigações, dos procedimentos de testes necessários, bem como pelo acompanhamento dos ensaios por todos os envolvidos.

Diante da indisponibilidade de vestígios idôneos, que viabilizassem a realização de exame pericial, restou ao juiz aceitar por verdadeiras as conclusões obtidas pelo fabricante, de que não haveria problemas nos equipamentos em questão, utilizando como prova no processo penal as conclusões obtidas pela investigação SIPAER, com todas as deficiências e problemas advindos de tal uso, conforme discutido na seção 2.3.

Uma última ressalva que se faz pertinente para a análise do caso apresentado é que não se tratou, aqui, de um exercício de precedência como o previsto nos dispositivos introduzidos no ordenamento pela Lei nº 12.970/2014. O que ocorreu é que não houve a instalação imediata de um procedimento investigativo penal, pois não se encontraram, desde logo, indícios suficientes de condutas criminosas. Mesmo quando a persecução penal foi iniciada, verificou-se um conflito positivo de competências entre a Justiça do Estado do Mato Grosso e a Justiça Federal, cuja solução também retardou o andamento da investigação, de modo que a solicitação de exame pericial só foi realizada em 11/12/2006, momento esse em que os componentes aviônicos da aeronave Legacy já haviam sido examinados pelo fabricante nos EUA. Ainda assim, o caso ilustra bem as consequências que teriam os dispositivos da Lei

nº 12.970/2014 que concedem à autoridade aeronáutica o absoluto controle e custódia dos vestígios do acidente, caso fossem considerados válidos.

4.3 Abordagem do Problema em Outros Países

4.3.1 EUA

Em 2005 o NTSB e o FBI (Federal Bureau of Investigation) assinaram um memorando de entendimento buscando formalizar e perpetuar as práticas e procedimentos vigentes de ambas as agências, o qual determina que *“As investigações do NTSB têm prioridade sobre qualquer investigação de outro departamento, agência ou órgão do Governo dos Estados Unidos”* (EUA, 2005, p. 1, tradução nossa). Por outro lado, o memorando também determina que:

O NTSB, quando exercendo sua prioridade investigativa, é obrigado a ‘prover participação apropriada na investigação a outros departamentos, agências e órgãos’. 49 U.S.C. § 1131(a)(2)(A). Ademais, ‘se uma agência de segurança pública federal suspeitar e notificar o NTSB de que um acidente sendo investigado pelo NTSB sob os subparágrafos (A), (B), (C), ou (D) do parágrafo (1) pode ter sido causado por um ato criminoso intencional, o NTSB, em coordenação com a agência de segurança pública federal, deverá tomar as ações necessárias para garantir que as evidências do ato criminoso sejam preservadas’. 49 U.S.C. § 1131(a)(2)(C). A prioridade investigativa do NTSB ‘não afeta a autoridade de outros departamentos, agências ou órgãos do governo para investigar um acidente sob a lei aplicável, ou para obter informações diretamente das partes envolvidas, ou de testemunhas do acidente’. 49 U.S.C. § 1131(a)(3) [...] (EUA, 2005, p. 2, tradução nossa)

Na ocorrência de um acidente, o NTSB é a agência investigativa responsável. Ainda assim, o memorando prevê que, caso seja estabelecida uma investigação criminal, o FBI designará um agente, o qual, mediante coordenação prévia com o investigador encarregado do NTSB, definirá as atividades do FBI na cena do acidente. As atividades do NTSB serão conduzidas conforme os procedimentos do NTSB, mas modificações como, por exemplo, procedimentos específicos de cadeia de custódia dos vestígios, podem ser definidos caso a caso em coordenação (EUA, 2005, p. 2).

Um ponto de destaque é que o memorando estabelece ainda que deve haver uma completa e célere troca de informações entre ambas as investigações. Assim, cada agência deve manter a outra informada de toda informação factual que seja obtida em sua investigação (EUA, 2005, p. 3). Observe-se que tal compartilhamento abrange apenas as informações

factuais, aquelas extraídas diretamente dos vestígios materiais existentes, desprovidas de juízo de valor.

O memorando também estabelece o modo como, nos acidentes decorrentes de ação criminosa, é transferida a coordenação da investigação:

Se o Procurador Geral, em consulta ao Diretor do NTSB, determinar e notificar o NTSB que as circunstâncias razoavelmente indicam que o acidente possa ter sido causado por um ato criminoso intencional, o NTSB deverá ceder a prioridade investigativa ao FBI. A cessão da prioridade investigativa não afetará de outra forma a autoridade do NTSB para continuar sua própria investigação. (EUA, 2005, p. 1, tradução nossa)

Como exemplo dessa situação, é possível citar o caso da aeronave BAe-146 da Pacific Southwest Airlines que caiu na Califórnia em 7 de dezembro de 1987, no qual havia indicações preliminares de que um crime fora cometido, pois o piloto informou, via rádio, pouco antes da queda, que alguém havia disparado uma arma a bordo. Um investigador do FBI participou da leitura dos gravadores de voo. A partir dos dados obtidos, ficou claro que um crime fora cometido, e o FBI assumiu a liderança da investigação. O NTSB seguiu fornecendo suporte, incluindo a análise dos destroços e dos dados dos gravadores de voo (EUA, 1998, p. 21).

Como foi informado, o propósito do memorando estabelecido entre o NTSB e o FBI era o de formalizar práticas já existentes. Nesse sentido, o próprio diretor do NTSB, em oitiva conduzida no Senado dos EUA em 1997, já informava:

[...] os procedimentos estabelecidos do NTSB incluem total cooperação com o FBI durante nossas investigações. A investigação do NTSB é iniciada em todos os acidentes, independentemente de relatos iniciais de possíveis atos criminosos. Se é apurado que atividade criminosa é uma causa do acidente, nós cedemos a responsabilidade pela liderança da investigação ao FBI. De outro modo, nós mantemos a liderança e cooperamos com quaisquer necessidades do FBI relativas a ações criminosas reais ou potenciais. (EUA, 1998, p. 21, tradução nossa)

O diretor do NTSB também destaca as diferenças entre as duas investigações, e como o NTSB coopera com o FBI no sentido de proteger a cadeia de custódia das possíveis evidências. Ele também explica como eventuais divergências são sanadas:

[...] o NTSB opera em um modo totalmente aberto durante a fase de apuração de elementos factuais de todas as investigações de acidentes. Por exemplo, nós convidamos para a investigação partes não pertencentes ao governo, incluindo experts da companhia aérea, dos fabricantes da aeronave, do motor e de componentes, sindicatos [...]

Por outro lado, o FBI, por conta dos padrões necessários à justiça criminal e outros fatores, incluindo preocupações quanto à segurança nacional, opera em um modo altamente fechado, por razões óbvias. Por conta do risco de

contaminação das evidências, que pode atrapalhar uma eventual persecução penal, o FBI tem procedimentos muito criteriosos quanto ao manuseio de evidências. O NTSB atende a tais necessidades do FBI como parte de seu trabalho como coordenador das investigações, entretanto, o NTSB permanece como órgão responsável até o momento em que a existência de crime é determinada.

[...]

Houve algumas vezes em que essas diferentes culturas operacionais colidiram, mas nada que eu considere como grave. [...] Quando divergências surgiram, o pessoal mais graduado de ambas as agências se reuniu e discutiu essas questões. (EUA, 1998, p. 22, tradução nossa)

Assim, ainda que o NTSB detenha a prioridade investigativa nos acidentes aeronáuticos ocorridos nos EUA, dois pontos ficam claros. Primeiro, o acesso dos investigadores criminais aos vestígios do acidente não é uma escolha do NTSB, mas um dever. Segundo, o NTSB tem o dever de tomar as medidas necessárias para que a idoneidade dos vestígios seja preservada, mediante um procedimento apropriado de cadeia de custódia.

4.3.2 Austrália

Conforme visto na seção 2.1, o artigo 37 da Convenção de Chicago dispõe que os Estados Contratantes devem buscar a maior uniformidade possível em matéria de normas aeronáuticas, e estabelece os anexos que serão produzidos pela OACI a fim de buscar essa uniformização, incluindo entre eles o Anexo 13, referente a acidentes aeronáuticos.

Entretanto, diante da impossibilidade de alguns dos países contratantes adotarem na íntegra as normas contidas nos anexos da Convenção, o artigo 38 prevê a obrigatoriedade desses países informarem a OACI quanto às discrepâncias entre sua legislação nacional e os anexos:

ARTIGO 38 - Diferenças entre as normas e processos internacionais

Se um Estado se vê impossibilitado de cumprir em todos os seus detalhes certas normas ou processos internacionais, ou de fazer que seus próprios regulamentos e práticas concordem por completo com as normas e processos internacionais que tenham sido objeto de emendas, ou se o Estado considerar necessário adotar regulamentos e práticas diferentes em algum ponto dos estabelecidos por normas internacionais, informará imediatamente a Organização Internacional de Aviação Civil das diferenças existentes entre suas próprias práticas e as internacionais. Em caso de emendas a estas últimas, o Estado que não fizer estas alterações nos seus regulamentos ou práticas deverá informar o Conselho dentro do período de 60 dias a contar da data em que for adotada a emenda às normas internacionais, ou indicará o que fará a esse respeito. Em tal caso o Conselho notificará imediatamente a todos os demais Estados a diferença existente entre as normas internacionais e as normas correspondentes no Estado em apreço. (BRASIL, 1946)

Um dos dispositivos do Anexo 13 da Convenção de Chicago determina que o investigador encarregado deve ter controle irrestrito sobre os destroços:

Investigador encarregado - acesso e controle

5.6 O investigador encarregado deverá ter acesso desimpedido aos destroços e a todo material relevante, incluindo gravadores de voo e registros do sistema de controle de tráfego aéreo, e deverá ter controle irrestrito sobre os mesmos, de modo a garantir que um exame detalhado possa ser conduzido sem demora por pessoal autorizado participante da investigação. (ICAO, 2010, p. 5-3, tradução nossa)

Por isso, diversos Estados Contratantes da Convenção de Chicago informaram à OACI sobre discrepâncias entre seu ordenamento interno e o referido artigo 5.6, tendo a OACI informado aos demais Estados Contratantes por meio de um suplemento ao Anexo 13. Um desses países é a Austrália, que informou:

5.6 O investigador encarregado tem, de fato, acesso irrestrito para garantir a efetiva condução da investigação. Entretanto, às vezes este acesso pode ser exercido conjuntamente com agências policiais ou institutos médico-legais, como quando na investigação de uma fatalidade, de modo que o controle é, às vezes, compartilhado.

Observações: As autoridades investigativas australianas têm um bom relacionamento profissional com a polícia e institutos médico-legais. Na prática, arranjos quanto ao controle na investigação de acidentes envolvendo fatalidades têm funcionado efetivamente, de modo a permitir a cada agência cumprir suas responsabilidades em relação à investigação sem embarçar umas às outras, e sem impactar a necessária independência do investigador SIPAER. (ICAO, 2003, p. 8, tradução nossa)

Desse modo, o sistema australiano contemplaria um controle compartilhado da cena do acidente, em um arranjo similar àquele que vigia no Brasil até a lei nº 12.970/2014, conforme visto na seção 4.1.2.

4.3.3 França

Assim como o governo australiano, o governo francês informou à OACI sobre as discrepâncias entre seu ordenamento e o artigo 5.6 do Anexo 13.

5.6 Na França, em conformidade com a Recomendação 5.4.1, uma investigação separada de qualquer investigação conduzida conforme as disposições deste Anexo é conduzida quando a autoridade judicial considera que há uma possível infração criminal. A lei, em conformidade com o artigo 5.10, de fato estabelece uma relação entre as duas investigações e permite ao investigador encarregado acesso irrestrito aos destroços e a todos os documentos relevantes, de modo a permitir a execução dos trabalhos e exames necessários sem demora. Entretanto, a lei não concede a ele total

controle sobre os destroços e documentos, sendo que estes últimos geralmente permanecem sob o controle da autoridade judicial. (ICAO, 2003, p. 12, tradução nossa)

Aqui, embora a lei garanta o pleno acesso do investigador SIPAER aos destroços, nota-se uma precedência do processo judicial quanto à custódia dos vestígios, pelo menos no tocante aos documentos relacionados ao acidente.

4.3.4 Mônaco

A informação enviada por Mônaco à OACI quanto às divergências entre o artigo 5.6 e seu ordenamento é bastante lacônica:

5.6 Os destroços devem permanecer sob o controle da autoridade judicial. (ICAO, 2003, p. 16, tradução nossa)

Dada a brevidade da autoridade aeronáutica de Mônaco, não é possível determinar se há ou não garantias quanto ao acesso do investigador SIPAER aos destroços, mas fica claro que a precedência no controle e custódia cabe ao Poder Judiciário.

4.4 Atuação Paralela da Investigação Criminal e da Investigação SIPAER

O cerne deste trabalho encontra-se na existência de dois interesses públicos, legítimos, os quais comunicam-se (ainda que um deles o faça por via indireta) a bens jurídicos constitucionalmente tutelados. Como visto ao longo deste trabalho, é necessário que tais interesses públicos sejam materializados mediante a atuação independente de dois órgãos. Ademais, os destroços da aeronave acidentada representam elementos essenciais para ambos os órgãos. Desse cenário resulta a problemática relativa ao acesso e à custódia desses destroços. Propôs o legislador ordinário, mediante a Lei nº 12.970/2014, dirimir o problema mediante a inconstitucional solução de limitar um dos interesses, estabelecendo a precedência do outro.

Ora, todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais. A única solução do problema coerente com este princípio é a que se encontre em consonância com as decisões básicas da Constituição e evite sua limitação unilateral a aspectos parciais (BARROSO, 2009, p. 203). Tal princípio é denominado princípio da harmonização ou da concordância prática.

Segundo Canotilho (2010, p. 1225), o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Sobre esse princípio também lecionou Barroso:

Na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. (BARROSO, 2010, p. 304)

De fato, na seção 4.1.6 foi demonstrado que um dos critérios que apontam a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 12.970/2014 que subordinam a persecução penal de acidentes aeronáuticos ao arbítrio da autoridade aeronáutica é justamente a ausência de necessidade dessa medida para seja resguardado o bem jurídico pretendido. Em outras palavras, esse não é o meio menos gravoso para os demais interesses públicos em questão.

Na verdade, é possível dar efetividade a ambos os interesses públicos, sem que seja necessário sacrificar nenhum deles. A solução é tão evidente que já se encontrava no ordenamento nacional, até ser removida pela Lei nº 12.970/2014, sendo materializada no revogado artigo 89 do CBA:

Art. 89. Exceto para efeito de salvar vidas, nenhuma aeronave acidentada, seus restos ou coisas que por ela eram transportadas, podem ser vasculhados ou removidos, a não ser em presença ou com autorização da autoridade aeronáutica. (sem destaque no original)

Conforme discutido na seção 4.1.2, esse dispositivo resguardava a incolumidade dos vestígios presentes no local da queda até a chegada da autoridade aeronáutica. Nada poderia ser vasculhado até então, nem pelos peritos criminais, nem por ninguém, salvo se autorizado pela própria autoridade. Por outro lado, estando presente a autoridade aeronáutica, ficavam livres os demais órgãos para iniciar o exame dos vestígios.

De outro lado, o CPP resguardava o outro interesse público em jogo:

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; (sem destaque no original)

Trata-se de dispositivo simétrico àquele que constava então no CBA. Até a chegada dos peritos, não pode ninguém, nem mesmo a autoridade aeronáutica, vasculhar os destroços. Por outro lado, chegando os peritos ao local, nada diz a lei quanto à necessidade de autorização para que outros órgãos possam exercer suas atribuições.

Analisando-se os dois dispositivos conjuntamente, somente uma solução é possível: nenhuma das duas equipes pode iniciar os exames enquanto não estiver a outra presente, mas, estando presentes ambas, não pode nenhuma impedir o trabalho da outra. Pelo contrário, quis o legislador que ambas as equipes realizassem o exame conjuntamente, visto que, conforme detalhado na seção 4.1.1, a posição espacial dos vestígios contém, em si, informação relevante, a qual é perdida permanentemente quando os destroços são deslocados.

Assim, a equipe que primeiro chegar ao local da queda, seja ela de peritos criminais, seja de investigadores SIPAER, deve restringir-se a realizar exames não destrutivos, como a documentação fotográfica da cena. Exames destrutivos, que impliquem vasculhar ou movimentar os destroços devem ser adiados até a chegada do outro órgão.

Mesmo Honorato, que em sua obra defende a importância da precedência investigativa do SIPAER, suprime de sua interpretação do artigo 88-P²⁰ do CBA a necessidade de que a autoridade SIPAER autorize o acesso da polícia aos destroços, destacando a garantia de acessibilidade compartilhada desses:

Apesar da prioridade legal que a investigação Sipaer detém para acesso e guarda dos destroços, tal precedência não gera exclusividade e, por isso, não se pode traduzir em prejuízo à investigação policial, esvaziando os cuidados que as leis processuais deferem à preservação do estado das coisas a serem periciadas (art. 169 do CPP e art. 339 do CPPM). Assim, é necessária uma ação coordenada entre todas as autoridades interessadas, sob pena de a prioridade de acesso se transformar em absolutismo investigativo, comprometendo a atuação dos demais órgãos estatais e, em última instância, da plena acessibilidade dos fatos pelo Poder Judiciário. Exatamente nesse sentido que o art. 88-P do CBA, incluso pela Lei 12.970/2014, deve ser interpretado: garantia de acessibilidade compartilhada aos destroços da aeronave, sob coordenação da autoridade Sipaer. (HONORATO, 2014, p. 499)

Essa visão assemelha-se ao procedimento adotado nos EUA, onde, conforme visto na seção 4.3.1, o NTSB detém a liderança da investigação, mas é assegurado ao FBI participar do exame dos vestígios encontrados na cena da queda. Mais do que isso, ambas as agências compartilham entre si todas as informações obtidas a partir do exame dos destroços, por trataram-se de dados factuais que, conforme detalhado na seção 2.2, não são abarcados pelo princípio da proteção da fonte, que protege os dados voluntariamente fornecidos à investigação SIPAER.

²⁰ 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.

Tampouco tem o Anexo 13 a pretensão de obstar a administração da Justiça nos Estados Contratantes, mas, pelo contrário, ressalta a necessidade de coordenação entre os investigadores SIPAER e a investigação criminal:

5.10 O Estado conduzindo a investigação deverá reconhecer a necessidade de coordenação entre o investigador encarregado e as autoridades judiciais. Particular atenção deverá ser dada a evidências que requeiram registro e análise imediatos para que a investigação seja bem-sucedida, como o exame e identificação das vítimas e leituras dos registros dos gravadores de voo.

[...]

Nota 2 - Possíveis conflitos entre autoridades aeronáuticas e judiciárias com relação à custódia dos gravadores de voo e seus dados podem ser resolvidos fazendo com que esses sejam transportados por um oficial da autoridade judiciária até o local de leitura, assim mantendo a cadeia de custódia. (ICAO, 2010, p. 5-4, tradução nossa)

Com relação à Nota 2 presente no artigo 5.10 do Anexo 13, tal procedimento assemelha-se ao atualmente adotado na França, onde, conforme relatado na seção 4.2.1, os gravadores de voo são colocados sob lacre judicial no local da queda, e então transportados na presença de um representante da autoridade judiciária até o local da leitura.

De fato, em nenhuma das legislações estrangeiras analisadas na seção 4.3 encontram-se dispositivos similares àqueles introduzidos pela Lei nº 12.970/2014, subordinando a execução da investigação criminal à anuência da investigação SIPAER. Muito pelo contrário, o que se verifica é a implementação de mecanismos de cooperação que objetivam dar eficácia a ambas as investigações. Trata-se de postura racional, decorrente de se reconhecer que, embora as investigações tenham objetivos distintos, esses objetivos são conciliáveis, desde que perseguidos de maneira independente, e encontram seus fundamentos no interesse público.

5 CONCLUSÃO

Inicialmente, este trabalho ocupou-se da investigação voltada à prevenção de novos acidentes, a investigação SIPAER. Foi abordada a fundamentação legal dessa investigação, que encontra suas raízes na Convenção de Aviação Civil Internacional, a qual foi internalizada e integra o ordenamento nacional. Até recentemente, muitos dos princípios estabelecidos no Anexo 13 da Convenção não se encontravam reproduzidos na legislação ordinária nacional, embora estivessem presentes nas normas emitidas pelo Comando da Aeronáutica e fossem faticamente observados. A Lei nº 12.970/2014 supriu essa lacuna ao insculpir no Código Brasileiro de Aeronáutica muitos desses princípios.

Analisados os seus fundamentos legais, foi estudada a seguir a investigação SIPAER propriamente dita, sendo observado que seu objetivo único é a prevenção de futuros acidentes, a qual é alcançada mediante a identificação das possíveis causas do acidente ocorrido e sua remediação. Também restou claro que, visando aumentar sua eficácia em atingir esse objetivo, a investigação SIPAER expressamente isenta-se de apurar responsabilidades. Assim agindo, busca contar com a espontânea colaboração de todos os envolvidos. Diante dessas premissas, constatou-se que a investigação SIPAER é realizada sobre fundamentos bastante peculiares, distinguindo-a de outros processos de investigação. Foram então analisadas as consequências, para a investigação SIPAER, da violação desses fundamentos, como ocorre quando suas conclusões são utilizadas na aferição de responsabilidades. Em tais situações, a eficácia de futuras investigações SIPAER é atingida, uma vez que as partes envolvidas, por receio, evitam dar sua colaboração. Disso, restou fundamentada logicamente a norma prevista na Convenção de Chicago, que estabelece a necessidade de investigações separadas e independentes, se houver interesse na apuração de responsabilidades.

O procedimento que objetiva a aferição e imputação de responsabilidade em acidentes aeronáuticos, a persecução penal, foi objeto da segunda parte do trabalho. Ali foi demonstrado que, estando presentes seus pressupostos, faz-se obrigatória a persecução penal. Portanto, não há espaço, no ordenamento brasileiro, para a discricionariedade quanto a conveniência e oportunidade da persecução. Para a melhor compreensão das condutas que podem ensejar a estudada persecução, foram examinados os tipos penais que abrangem condutas passíveis de causar acidentes aeronáuticos, incluindo seus elementos objetivos e subjetivos.

Colocadas lado a lado a persecução penal e a investigação SIPAER, ficaram explícitas as diferenças entre os dois procedimentos. A principal delas, e fundamento de onde

derivam as demais, concerne aos seus objetivos: enquanto a persecução penal ocupa-se de apurar e imputar responsabilidades, a investigação SIPAER visa descobrir e sanar as causas do acidente, evitando assim futuras repetições. Dessa distinção resultam abordagens diferentes que, como visto, acabam por tornar imprestáveis, como meio de prova no processo penal, as conclusões obtidas pela investigação SIPAER. Assim, no primeiro capítulo mostrou-se que uma investigação separada para apurar responsabilidade faz-se necessária, a fim de que não sejam prejudicadas futuras investigações SIPAER. Por outro lado, no segundo capítulo ficou demonstrado que a investigação criminal do acidente é também essencial face às necessidades da jurisdição, que apresenta requisitos não atendidos pela investigação SIPAER.

Frente à grande complexidade técnica de se apurarem as causas do acidente, e à importância de se estabelecer nexos causais entre as condutas investigadas e o resultado, foi destacado o papel exercido pela perícia criminal na persecução de acidentes aeronáuticos. Tal papel reveste-se de aspectos materiais e formais. Os primeiros decorrem da necessidade de se deduzirem, tecnicamente, e a partir dos vestígios, os fatos. Já o aspecto formal decorre da imposição, no Código de Processo Penal, de que o corpo de delito seja objeto de exame pericial, sob pena de nulidade do processo. Por fim, concluiu-se que, por serem os vestígios o substrato do exame pericial, negar o acesso dos peritos criminais a eles tem o condão de inviabilizar a persecução penal.

No derradeiro capítulo do trabalho, foi abordado o problema da atuação simultânea da investigação SIPAER e da investigação criminal. A literal análise de algumas das normas introduzidas no Código Brasileiro de Aeronáutica pela Lei nº 12.970/2014 mostra sua pretensão de estabelecer a absoluta precedência da investigação SIPAER sobre as demais investigações. Tais normas condicionam à anuência da autoridade de investigação SIPAER o acesso de quem quer que seja aos destroços do acidente, inclusive aí os peritos criminais. Uma vez que os destroços constituem substrato essencial do exame pericial, tal poder discricionário implica a possibilidade de obstar o exame pericial. Por conseguinte, e tendo em vista que, conforme já visto, o exame pericial é necessário à persecução penal, a Lei nº 12.970/2014 efetivamente atribui à autoridade SIPAER a faculdade de inviabilizar a persecução penal.

Foi mostrado que esse poder discricionário é inovação estranha ao ordenamento pátrio, tendo sido introduzida pela Lei nº 12.970/2014, em clara violação à obrigatoriedade da persecução penal e ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Desse modo, os referidos dispositivos encontram-se em dissonância com o restante do ordenamento, sendo manifestamente inconstitucionais. De fato, restou demonstrado neste trabalho que essa medida não resiste à aplicação do princípio da proporcionalidade. Os malefícios oriundos da

adoção dessa desproporcional precedência foram então ilustrados mediante a apresentação de casos concretos, nos quais a persecução penal foi desnecessariamente prejudicada. Em um dos casos, a consequência foi justamente o emprego judicial de produtos da investigação SIPAER, o que contraria, simultaneamente, os interesses da persecução penal e da própria investigação SIPAER.

Mediante análise do direito comparado, ficou claro que, mesmo em países onde a investigação voltada à prevenção conta com explícita precedência sobre as demais, não há nenhum instrumento similar àqueles introduzidos pela Lei nº 12.970/2014. Pelo contrário, do exame da legislação de todos os países considerados, o que se sobressaiu foi justamente a obrigação de que ambas as investigações tenham acesso aos elementos necessários para que possam, com sucesso, exercer suas atribuições institucionais. Mais do que isso, devem os diferentes órgãos cooperar, observados os limites decorrentes de seus objetivos distintos.

Ao final, o presente trabalho conclui que, mais do que possível, é dever de todos os órgãos envolvidos na investigação de um acidente aeronáutico estabelecer uma forma de atuação harmônica, que possibilite aos agentes públicos acesso equivalente e idôneo aos vestígios, uma vez que estes são elementos essenciais à consecução dos objetivos tanto da investigação criminal como da investigação SIPAER. Atuando-se dessa forma, restarão protegidos os diferentes direitos cuja tutela cabe a essas investigações, e que nada mais são que diferentes faces de um interesse público comum.

6 REFERÊNCIAS

AIRBUS. **The A320 Habsheim accident. An Airbus Industrie response to allegations made in television programmes and other media.** 1991. Disponível em: <<http://www.crashdehabsheim.net/Rapport%20Airbus.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2015.

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís R. **Interpretação e aplicação da constituição.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal: parte geral.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Decreto n. 21.713, de 27 de agosto de 1946.** Promulga a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago a 7 de dezembro de 1944 e firmado pelo Brasil, em Washington, a 29 de maio de 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21713.htm>.

BRASIL. Justiça Federal. 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo. 8ª Vara Federal Criminal de São Paulo. **Processo nº 0008823-78.2007.403.6181.** Ministério Público Federal, Marco Aurélio dos Santos de Miranda e Castro, Alberto Fajerman, Denise Maria Ayres Abreu. Julgador: Juiz Federal Márcio Assad Guardia. 30 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoies/2015/150504tam.pdf>>. Acesso em 17 nov. 2015.

BRASIL. Justiça Federal. Subseção Judiciária de Sinop. Juízo da Vara Única. **Processo nº 2007.36.03.002400-5.** Ministério Público Federal, Jomarcelo Fernandes dos Santos, Lucivando Tibúrcio de Alencar, Leandro José Santos de Barros, Felipe Santos dos Reis, Joseph Lepore, Jan Paul Paladino. Julgador: Juiz Federal Murilo Mendes. 16 mai. 2011.

CANOTILHO, Jose J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

_____. **Curso de processo penal.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CENIPA. **Relatório final A-022/CENIPA/2008.** Brasília, 2008.

DEKKER, Sidney W. A. Prosecuting professional mistake: secondary victimization and a research agenda for criminology. **International Journal of Criminal Justice Sciences**, v. 4. Issue 1, jan-jun. 2009.

ESLER, David. Flight risk: the threat of criminalization. **Business & Commercial Aviation**, v. 104, Issue 3, mar. 2009.

EUA. US Senate, Committee on Commerce, Science and Transportation. **Aviation accident investigations**. Washington: US Government Printing Office, 1998.

EUA. NTSB, FBI. **Memorandum of understanding between the National Transportation Safety Board and the Federal Bureau of Investigation**. 2005. Disponível em: <http://www.planesafe.org/planesafe_archive/pdfs/ACTNTSBFBIMOU.pdf>. Acesso em 21 nov. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel G.; GRINOVER, Ada P.; FERRAZ, Anna C. da C. **Liberdades públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FRANÇA. Bureau d'Enquêtes et d'Analyses pour la sécurité de l'aviation civile. **Annual Report 2011**. Paris, 2012.

GAVILÁ, Isabel M.; QUIROGA, Julio L. Régimen Jurídico de la Seguridad en la Navegación Aérea. **Aspectos jurídicos y económicos del transporte**: Hacia un transporte más seguro, sostenible y eficiente. Sanz, Fernando M. (organizador). Castelló de la Plana: Universitat Jaume I, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte especial. 6. ed. Niterói: Editora Impetus, 2010. v. 4.

HAANAPPEL, Peter P. C. **The Law and policy of air space and outer space**: a comparative approach. 1. ed. Haia: Kluwer Law International, 2003.

HONORATO, Marcelo. **Crimes aeronáuticos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. v. 9.

ICAO. International Civil Aviation Organization. **Annex 13 to the Convention on International Civil Aviation: aircraft accident and incident investigation**. 10. ed. 2010.

_____. **Convention on International Civil Aviation**. 9. ed. 2006.

_____. **Supplement to annex 13 - Aircraft accident and incident investigation**. 9. ed. 2003.

JARDIM, Afrânio S. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LARSEN, Paul B.; GILLICK, John; SWEENEY, Joseph. **Aviation law**: cases, laws and related sources. 2. ed. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

MAZZUOLI, Valério de O. **Direito dos tratados**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. A. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

MICHAELIDES-MATEOU, Sofia; MATEOU, Andreas. **Flying in the face of criminalization**: The safety implications of prosecuting aviation professionals for accidents. 1. ed. London: Ashgate, 2010.

MIRABETE, Júlio F.; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRABETE, Júlio F. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de S. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014a.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014b.

PEARSON, Michael W.; RILEY, Daniel S. **Foundations of aviation law**. 1. ed. Surrey: Ashgate Publishing, 2015.

ROGER, C. **The Airbus A320 crash at Habsheim, France**. 1998. Disponível em: <<http://www.crashdehabsheim.net/CRenglish%20phot.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2015.

SPITZER, Cary R. **The Avionics Handbook**. 1. ed. CRC Press: Boca Raton, 2000.

SUIÇA. Federal Department of the Environment, Transport, Energy and Communications. **Final report by the Aircraft Accident Investigation Bureau on the incident of the aircraft Cessna CE 560XL, HB-VAA**. Berna, 2004

TELES, Ney M. **Direito penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da C. **Manual de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALTON, C. Dale. **Geopolitics and the Great Powers in the 21st Century**. 1. ed. New York: Routledge, 2007.

WILEY, John. ASAP's Getting Zapped. **Business & Commercial Aviation**, v. 102, Issue 5, mai. 2008.