

PARECER

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

SECCIONAL DE SÃO PAULO

ADIN Nº 5667

Cuida-se de expediente registrado sob o PGI nº 7130.2.190326.5087, instaurado a pedido do **Doutor Anselmo Lima Garcia Carabaca**, visando o ingresso da OAB/SP como *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5667, proposta pelo Procurador-Geral da República, tendo por objeto os artigos 88-C, 88-D, 88-I, § 2º, 88-K, 88-N e 88-P da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro Aeronáutico), cujos enunciados dispõem sobre o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER).

Os autos foram distribuídos ao Ministro Celso de Melo em 07/3/2017, a quem competiu determinar, em 04/5/2017, a observância do procedimento abreviado previsto pelo artigo 12, da Lei nº 9.868/99, com a intimação do Senhor Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Na condição de *amici curiae*, foram admitidos, por ora, o Sindicato Nacional dos Aeronautas; a Associação dos Tripulantes da TAM (ATT); e a Associação Brasileira das Vítimas da Aviação Geral e Experimental, cujas manifestações sustentaram a improcedência da ADIN.

Preveem os artigos taxados de inconstitucionais pela petição inicial:

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. [\(Incluído pela Lei nº 12.970, de 2014\)](#)

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. [\(Incluído pela Lei nº 12.970, de 2014\)](#)

Art. 88-I. São fontes Sipaer: [\(Incluído pela Lei nº 12.970, de 2014\)](#)

(...)

§ 2º A fonte de informações de que trata o inciso III do caput e as análises e conclusões da investigação Sipaer não serão utilizadas para fins probatórios nos processos judiciais e procedimentos administrativos e somente serão fornecidas mediante requisição judicial, observado o art. 88-K desta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 12.970, de 2014\)](#)

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

Art. 88-N. Exceto para efeito de salvar vidas, preservação da segurança das pessoas ou preservação de evidências, nenhuma aeronave acidentada, seus destroços ou coisas que por ela eram transportadas podem ser vasculhados ou removidos, a não ser com a autorização da autoridade de investigação Sipaer, que deterá a guarda dos itens de interesse para a investigação até a sua liberação nos termos desta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 12.970, de 2014\)](#)

Art. 88-P. Em coordenação com a autoridade de investigação Sipaer, ficará assegurado a outros órgãos, inclusive da autoridade de aviação civil e da polícia judiciária, o acesso à aeronave acidentada, aos seus destroços ou a coisas que por ela eram transportadas, somente podendo haver manipulação ou retenção de quaisquer objetos do acidente com anuência da autoridade de investigação Sipaer. [\(Incluído pela Lei nº 12.970, de 2014\)](#)

No sentir da postulação inicial, tais dispositivos legais violam o artigo 5º, incisos XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional); LIV (razoabilidade e proporcionalidade, que compõem a cláusula do devido processo legal substancial) e LV (contraditório e ampla defesa); o artigo 37, *caput* (princípios da finalidade e da eficiência); o artigo 129, incisos I, VI, VIII e IX (funções institucionais do Ministério Público) e o artigo 144, § 1º, inciso I e §4º (atribuições da Polícia Judiciária), da Constituição Federal, a revelar inconstitucionalidade material.

Como corolário da fundamentação posta na inicial, pretende a PGR **(i)** a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 88-I, § 2º e 88-K da Lei nº 7.565/86; **(ii)** a interpretação conforme à Constituição do artigo 88-C, para definir que a precedência da investigação aeronáutica não exclua que peritos e outros agentes públicos do sistema de justiça tenham acesso ao local e aos vestígios do evento, busquem a preservação de ambos e acompanhem as análises dos objetos relacionados, de maneira coordenada com a investigação aeronáutica; **(iii)** a interpretação conforme à Constituição do artigo 88-D, para definir que o dever de as autoridades aeronáuticas de comunicar de ofício ao Ministério Público e à Polícia

Judiciária indícios de crimes que constatarem em investigações aeronáuticas não impede que o Ministério Público e polícia (federal ou civil, conforme o caso) tomem a iniciativa de buscar acesso à investigação aeronáutica, a fim de aquilatar a existência de indícios de infração penal; **(iv)** a interpretação conforme à Constituição dos artigos 88-N e 88-P no sentido de que a autoridade policial possa preservar e reter vestígios de acidente ou incidente aéreo, independentemente de manifestação das autoridades aeronáuticas, quando elas estiverem impedidas de chegar ao local em tempo hábil.

A Advocacia-Geral da União (AGU) prestou informações sustentando a ausência da inconstitucionalidade, sob os seguintes fundamentos:

(i) colidiria, sim, com a proteção constitucional ao devido processo legal, à ampla defesa e, particularmente, ao direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação - art. 5.º, inciso LXIII. CR-1988) - há muito reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal - o acesso indiscriminado, e independente de autorização judicial, aos dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências aeronáuticas pelos órgãos e instituições incumbidas da persecução penal.

(ii) a precedência quanto ao acesso e à guarda de itens de interesse e o sigilo previstos na Lei nº 12.970 para a investigação do Sipaer deve-se a um valor preponderante da preservação de vidas humanas (art. 88-C).

(iii) os artigos 88-N e 88-P da Lei nº 12.970. de 2014, não impedem, absolutamente, que a autoridade policial possa preservar e reter vestígios de acidente ou incidente aéreo. Ao invés disso, o próprio art. 88-0 daquela Lei textualmente atribui à autoridade policial o dever de "isolar e preservar o local do acidente ou incidente aéreo, inclusive a aeronave acidentada e seus destroços, para a coleta de provas, até a liberação da

aeronave ou dos destroços tanto pelas autoridades aeronáuticas quanto por eventuais agentes de perícia criminal responsáveis pelas respectivas investigações". Como se vê, a pretensão deduzida nesta ação, em relação aos artigos 88-N e 88-P, já é atendida pelo próprio texto legal impugnado.

(iv) O sigilo imposto pela Lei à investigação do SIPAER, afora razoável e proporcional, tem assento constitucional no direito de não produzir prova contra si mesmo (princípio da não autoincriminação), e não malfere nem restringe, de nenhum modo, as funções institucionais do Ministério Público e tampouco as atribuições da Polícia, dado que essas Instituições, pelos mais diversificados meios a seu alcance - e norteados pelos princípios, direitos e garantias fundamentais aplicáveis - podem a qualquer tempo agir, valendo-se. para tanto. dos meios de prova a que tiverem acesso.

O Senado Federal, igualmente, manifestou-se pela improcedência dos pedidos veiculados pela PGR, argumentando, em síntese, que "a Procuradoria-Geral da República não trouxe sequer um caso concreto em que as determinações da Lei nº 12.970/2014 tenham criado obstáculo ao avanço das investigações no plano cível ou penal"; que "a Lei nº 12.970/2014 não impede a livre investigação pelo Ministério Público", apenas limitando "o compartilhamento de informações do SIPAER sem prévia ordem judicial, o que o faz em razão da peculiaridade das investigações aeronáuticas" e que a "investigação aeronáutica é um procedimento administrativo, de natureza essencialmente especulativa, que tem por finalidade única e precisamente a prevenção de acidente".

O Sindicato Nacional dos Aeronautas, admitido como *amicus curiae*, exarou manifestação defendendo a necessidade de se outorgar uma proteção jurídica especial às informações de segurança de voo, em sintonia com Convenção de Chicago, da qual o Brasil é signatário. Complementa dizendo que a investigação aeronáutica é um procedimento

administrativo investigativo e de cognição essencialmente especulativa, instaurada no intuito de prover uma maior segurança às atividades aéreas, com a finalidade precípua de evitar novos acidentes, não sendo da sua natureza a imputação de qualquer forma de responsabilidade, de modo a prescindir do respeito ao contraditório e a ampla defesa.

A Procuradoria-Geral da República emitiu parecer pela procedência dos pedidos deduzidos na inicial, com a seguinte ementa:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CÓDIGO BRASILEIRO DA AERONÁUTICA. LEI 7.565/1986, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 12.970/2014. SIGILO DE INFORMAÇÕES, PRECEDÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO E COMUNICAÇÃO DE INDÍCIOS DE CRIME NO SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO E PREVENÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS (SIPAER).

1. Ofende os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, da finalidade e da eficiência, norma que altera o Código Brasileiro da Aeronáutica para vedar o acesso dos órgãos do sistema de justiça às informações de notificação voluntária de ocorrências e às conclusões de suas investigações sobre acidentes aéreos.

2. Afronta a garantia de acesso à jurisdição, legislação que promove o cerceamento do exercício das atribuições do Ministério Público e da polícia judiciária, decorrentes dos arts. 129, I, VI, VIII e IX, e 144 da Constituição da República.

É, em síntese, o relato do necessário. Passamos, adiante, a opinar.

Os dispositivos questionados regulamentam o acesso às informações e o sigilo das investigações, inclusive ao Ministério Público e à Polícia Judiciária, nos procedimentos presididos pelo Sistema de Investigações e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, o SIPAER.

A legislação acoimada de inconstitucional, quando não veda, restringe às instituições incumbidas, pela Constituição Federal, de investigar e denunciar possíveis crimes, o acesso irrestrito aos elementos relacionados a acidentes aéreos, de inequívoco interesse para a apuração de infrações penais.

Os artigos 88-C, 88-D, 88-I, § 2º, 88-K, 88-N e 88-P da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro Aeronáutico), preveem (i) a prioridade do SIPAER, em detrimento do Ministério Público e da Polícia Judiciária, para acessar e guardar itens de interesse da investigação de acidentes aéreos; (ii) a competência do SIPAER em comunicar à autoridade policial competente em havendo indícios de crime relacionados ou não à cadeia de eventos do acidente; (iii) a impossibilidade de se utilizar, para fins probatórios nos processos judiciais e administrativos, os dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências, bem como as análises e conclusões das investigações do SIPAER; (iv) a reserva de jurisdição para o acesso aos dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências, bem como às análises e às conclusões das investigações do SIPAER; (v) a obrigatoriedade de o magistrado só decidir sobre o acesso àqueles materiais após a oitiva do representante judicial da autoridade SIPAER; e, (vi) a necessidade da autoridade de investigação do SIPAER autorizar que a Polícia Judiciária ou o Ministério Público possam acessar, manipular, vasculhar ou remover aeronave acidentada, seus destroços ou coisas que por ela eram transportadas.

O direito aeronáutico, assim como os demais ramos do direito, submete-se ao fenômeno da constitucionalização, de tal sorte que os dispositivos do Código Brasileiro Aeronáutico, assim como qualquer outro na esfera infraconstitucional, devem perpassar, invariavelmente, pelo filtro constitucional.

A propósito do filtro, acentua Luís Roberto Barroso que:

(...) a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.¹

No caso concreto, os artigos contrastados, com o devido respeito às opiniões em sentido contrário, não se afiguram compatíveis com a ordem constitucional vigente, cujos comandos devem ser irrestritamente observados pelo legislador infraconstitucional.

Logo, conquanto evidente, não custa lembrar que a atividade legislativa está, de modo indissociável, subordinada à força normativa imanente à Constituição Federal, de modo a não se cogitar, pois, em discricionariedade do Poder Legislativo para deixar de guardar obediência às diretivas constitucionais.

Dito de outro modo, a supremacia constitucional, agregada ao efeito vinculante da Constituição, impõe legítimos limites à atuação do Poder Legislativo. Quer isso significar, em síntese, que, qualquer estudo que se pretenda sério deva partir, inevitavelmente, do Texto Constitucional, designadamente dos direitos fundamentais por ele

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 363.

consagrados, mantendo com eles permanente sintonia, sob pena de se produzir um resultado antissistêmico.

Na lição de Jorge Miranda, não “são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.”²

No caso dos autos, o pretexto de que as alterações legislativas foram introduzidas ao sistema normativo brasileiro com a finalidade, exclusivamente, de salvar vidas e prevenir acidentes e incidentes aeronáuticos, não justifica, sequer remotamente, a inconstitucionalidade de que padecem os artigos impugnados.

A justificação do Projeto de Lei nº 2.453/2007, da Câmara dos Deputados, que originou a Lei nº 12.970/2014, por força da qual foram introduzidos os artigos ao CBAr confrontados na ADIN, foi a de que a “Prevenção de acidentes se faz com informação, cujo fornecimento depende da certeza de não punitividade. Assim, nenhuma fonte SIPAER deve ser usada para fins outros que não o de prevenção de acidentes. A segurança da aviação brasileira depende, em grande medida, da capacidade de o SIPAER cumprir bem a sua missão.”

Tal pretexto - conquanto, em tese, eloquente - não passa, com todo respeito, de vã estratégia retórica para se consolidar uma situação de inconstitucionalidade.

Os dispositivos alusivos às investigações levadas a efeito pelo SIPAER encerram visíveis transgressões ao modelo constitucional do processo.

O protagonismo do SIPAER nas investigações resultantes de sinistros aéreos, instituído pelos artigos descritos na inicial da ADIN,

² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 4., p. 282-283.

ofende, diretamente, as atribuições cometidas pela Constituição Federal tanto à Polícia Judiciária, quanto ao Ministério Público.

Com relação à função da Polícia Judiciária, a Constituição Federal foi estreme de dúvidas ao incluir as polícias judiciárias, seja a federal, sejam as civis, como integrantes do sistema de segurança pública, incumbindo-lhes da apuração das infrações penais, sejam dolosas ou culposas, exceto as militares, reservando-se à lei, exclusivamente, “a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades” (artigo 144, §§ 1º, 4º e 7º).

Logo, definir que acidentes aéreos, dos quais possa resultar infrações penais, serão prioritariamente investigados pelos órgãos do SIPAER, relegando a Polícia Judiciária para um segundo plano, não resiste ao artigo 144 da Constituição Federal. A propósito do tema, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, destacando que o sobredito dispositivo constitucional tem por finalidade assegurar a primazia investigatória às polícias judiciárias³

A Constituição da República foi restritiva ao atribuir ao legislador infraconstitucional, no que toca às polícias judiciárias, apenas a disciplina da sua organização e do seu funcionamento, visando potencializar a eficiência das suas atividades.

Não se pode afirmar, todavia, que uma lei que definiu o SIPAER como protagonista nas investigações dos acidentes aéreos, ainda que apenas quanto ao acesso e à guarda dos itens de interesse da investigação, reclassificando as polícias judiciárias como coadjuvantes no

³ HC 89.837, rel. min. Celso de Mello, j. 20-10-2009, 2ª T, DJE de 20-11-2009.

sistema de segurança pública, visou a eficiência de que trata o §7º do artigo 144 da CF.

Como corolário, o artigo 88-C, cujo enunciado erigiu a precedência das investigações do SIPAER sobre os procedimentos investigatórios da Polícia Judiciária e do Ministério Público, ainda que apenas no tocante ao acesso e à guarda dos itens de interesse da investigação, revela-se inconstitucional dada a sua desconformidade com o artigo 144 da CF.

Mas o artigo em foco também atrita com o caput do artigo 127 e 129, I, III e VIII, cujos dispositivos atribuem ao Ministério Público a essencialidade para a função jurisdicional, bem como a promoção do inquérito civil e a requisição de diligências investigatórias.

Sobre o poder investigatório do Ministério Público, já se manifestou, favoravelmente, o Pretório Excelso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727, ocorrido em 14-5-2015, cuja tese, que originou a Súmula Vinculante 14, foi vazada nos seguintes termos:

“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”

De tal sorte a reclamar, como sustentado pela Procuradoria-Geral da República, a interpretação conforme o artigo 88-C, para definir que a precedência da investigação aeronáutica não exclua que peritos e outros agentes públicos do sistema de justiça tenham acesso ao local e aos vestígios do evento, busquem a preservação de ambos e acompanhem as análises dos objetos relacionados, de maneira coordenada com a investigação aeronáutica.

No que diz respeito ao artigo 88-D, a interpretação conforme à Constituição Federal também se impõe. Essencialmente, o dispositivo legal cria obstáculo ao acesso das autoridades incumbidas da investigação, designadamente MP e Polícia Judiciária, aos procedimentos realizados pelos órgãos do SIPAER, apenas impondo ao SIPAER, em caso de indícios de infração penal, reportar tal circunstâncias àquelas autoridades.

A redação reafirma a intenção do dispositivo antecedente de instituir a prevalência dos órgãos do SIPAER, quanto à colheita e guarda de provas dos acidentes aéreos, em detrimento dos órgãos integrantes da Segurança Pública.

Aqui, ao secundarizar a atuação dos órgãos de Segurança Pública, tal qual definida pelo artigo 144 da CF, o legislador infraconstitucional, para além de confrontar o mencionado comando constitucional, afrontou o devido processo legal, porque, ao fim e ao cabo, afeta diretamente a eficiência dos elementos probatórios ao adiar o acesso e colheita deles pela Polícia Judiciária e pelo MP.

Em sendo assim, a interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 88-D é imperiosa, de modo a definir que o dever de as autoridades aeronáuticas de comunicar de ofício ao Ministério Público e à Polícia Criminal indícios de crimes que constatarem em investigações aeronáuticas não impede que o Ministério Público e Polícia Judiciária

tomem a iniciativa de buscar, diretamente, acesso à investigação aeronáutica, para identificar a existência de indícios de infração penal.

Há, ainda, os artigos 88-I, § 2º e 88-K da Lei nº 7.565/86, também impugnados pela inicial.

Respectivamente, como dito, os aludidos artigos, de um lado, impedem que as provas colhidas nas investigações do SIPAER, especificamente os dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências, sejam utilizados para fins punitivos em processo judicial ou processo administrativo; de outro, condiciona o acesso às fontes do SIPAER à reserva de jurisdição, após a oitiva prévia do representante judicial da autoridade do SIPAER.

Nesse ponto, a declaração da inconstitucionalidade, tal como postulado, se impõe.

São consideradas fontes SIPAER, nos termos do artigo 88-I, as gravações das comunicações entre os órgãos de controle de tráfego aéreo e suas transcrições; as gravações das conversas na cabine de pilotagem e suas transcrições; dados dos sistemas de notificação voluntária de ocorrências; as gravações das comunicações entre a aeronave e os órgãos de controle de tráfego aéreo e suas transcrições; as gravações dos dados de voo e os gráficos e parâmetros deles extraídos ou transcritos ou extraídos e transcritos; os dados dos sistemas automáticos e manuais de coleta de dados; e demais registros usados nas atividades Sipaer, incluindo os de investigação.

Todas as fontes do SIPAER, descritas no rol do artigo 88-I, revelam relevantíssimos aportes de informação para apuração de possíveis responsabilidades civil e criminal pela ocorrência de acidentes e incidentes aéreos.

As provas, como se sabe, integram não só elemento indissociável do devido processo legal, como, também, do acesso qualificado à jurisdição, ambos tendentes a garantir, ao fim, a ordem jurídica justa, sem supressões indevidas, por evidente. Percebe-se, bem por isso, que a norma infraconstitucional restritiva ao direito probatório, na dimensão posta nos artigos 88-I, § 2º e 88-K, colide, a um só tempo, com artigo 5º, incisos XXXVI, LIV e LV da Constituição da República.

Não se pode falar, com efeito, em exercício do direito de ação (= tutela jurisdicional adequada e efetiva), tampouco em uma relação jurídica fundada no devido processo legal e no contraditório, sem que se assegure aos litigantes, estejam eles no polo ativo ou no polo passivo do processo, a possibilidade de valerem-se dos meios probatórios eficientes, sem os quais o acesso à ordem jurídica ficaria no campo da mera aparência.

De fato, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, há “direito fundamental à prova no processo. Trata-se de elemento essencial à conformação do direito ao processo justo.”⁴

Como já teve a oportunidade de decidir o Supremo Tribunal Federal, em recurso de relatoria do Ministro Celso de Mello:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade do princípio que consagra o “due process of law”, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina. - Assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do “due process of law” (CF, art. 5º, LIV) – independentemente, portanto, de haver previsão normativa nos estatutos que regem a atuação dos órgãos do Estado –, a prerrogativa indisponível do

⁴ Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ªed., 2014, p. 743.

contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (CF, art. 5º, LV). - **Abrangência da cláusula constitucional do “due process of law”, que compreende, dentre as diversas prerrogativas de ordem jurídica que a compõem, o direito à prova. (...)** - **Mostra-se claramente lesiva à cláusula constitucional do “due process” a supressão, por exclusiva deliberação administrativa, do direito à prova**, que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis e que sejam eventualmente capazes, até mesmo, de infirmar a pretensão punitiva da Pública Administração.”⁵ (Grifamos)

Eduardo Cambi, sobre o tema, bem observa que “todos os obstáculos legislativos ou judiciais que excluam a possibilidade de a parte se servir de um meio de prova, considerado admissível, relevante e pertinente, entra em conflito com o direito à prova”⁶, tornando o direito de ação e o direito de defesa fórmulas vazias.

Não se pode olvidar, ainda, do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, manifestação direta do devido processo legal e cuja eficácia pode ser comprometida caso se mantenha a legislação impugnada. O princípio de que se fala reconhece a existência de um “mandado de otimização, provocador de atitudes tanto legislativas, como dos intérpretes e dos operadores do direito, voltadas a maximizar os resultados quando da utilização do ferramental instrutório”⁷.

Sem prejuízo do quanto dito até aqui, suficiente a descortinar a inconstitucionalidade de quem padecem os dispositivos legais, a reserva de jurisdição estabelecida pelo 88-K não guarda sintonia com a

⁵ RMS 28517 AgR, Segunda Turma, julgado em 25/03/2014, Acórdão Eletrônico DJe-082, DIVULG 30-04-2014, PUBLIC 02-05-2014.

⁶ A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 19.

⁷ FERREIRA, William Santos. Princípios fundamentais da prova cível. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 184.

Constituição Federal. Cria-se, indevidamente, sem qualquer lastro de razoabilidade, em detrimento da atividade do Ministério Público e da Polícia Judiciária, uma condição não posta pelo Poder Constituinte para o uso das provas colhidas nos procedimentos administrativos presididos pelo SIPAER.

Com relação aos processos judiciais e administrativos, bem como aos dados e informações dos órgãos públicos, prevalecem as regras da publicidade e da transparência. Tal padrão normativo-constitucional pode ser percebido, claramente, dos incisos XXXIII e LX do artigo 5º e do artigo 37, todos da Constituição Federal.

Restam, ainda, os artigos 88-N e 88-P, cujos textos passaram a prever a necessidade da autoridade de investigação do SIPAER autorizar que a Polícia Judiciária e o Ministério Público possam acessar, manipular, vasculhar ou remover aeronave acidentada, seus destroços ou coisas que por ela eram transportadas.

Em outros termos, reafirmam os enunciados prescritivos uma relação de subordinação, totalmente inconstitucional, do SIPAER com a Polícia Judiciária e com o Ministério Público. Uma sujeição do Ministério Público e da Polícia Judiciária em face das autoridades do SIPAER, em absoluta contradição com a Constituição Federal, em cujo âmbito não há nenhum dispositivo a autorizar que a atuação da Polícia Judiciária e do Ministério Público seja condicionada a autorização criada por lei infraconstitucional, especificamente ao SIPAER.

Deste modo, revela-se inafastável a procedência do pedido, para dar interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 88-N e 88-P, a fim de que a Autoridade Policial possa preservar e reter vestígios de acidente ou incidente aéreo, independentemente de manifestação das autoridades aeronáuticas, quando elas estiverem impedidas de chegar ao local em tempo hábil.

Por todo o exposto, o nosso parecer é pela procedência da ADIN.

Por outro lado, tendo-se em conta a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia, afigura-se pertinente, nos termos do artigo 138 do CPC, a intervenção da Ordem dos Advogados do Brasil como *amicus curiae*.

Como bem assinala Cassio Scarpinella Bueno, a respeito do tema:

“O *amicus curiae* não intervém em processo alheio para tutelar ‘direito próprio’ ou ‘interesse jurídico seu’, assim entendidas essas expressões em um contexto individualista e subjetivado. O ‘seu’ direito ou o ‘seu’ interesse jurídico vai além de sua pessoa e espraia-se em grupos sociais ou em interesses mais amplos, sociais, públicos, que são meramente canalizados na sua existência, de forma mais ou menos organizada. O interesse que motiva sua intervenção é, por isso mesmo, institucional”⁸.

No caso há total pertinência da matéria em discussão com uma das finalidades institucionais da Ordem dos Advogados do Brasil, cuja vocação é, textualmente, defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, nos precisos termos do artigo 44, I da Lei nº 8.906/94.

É intuitivo que essa figura processual se reveste de altíssima relevância para uma jurisdição constitucional democrática. Como, com inteira razão, já observou o Ministro Celso de Mello, “(...) a intervenção do ‘*amicus curiae*’, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a

⁸ *Amicus curiae* no processo civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 503.

proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional. (...) A base normativa legitimadora da intervenção processual do ‘amicus curiae’ tem por objetivo essencial pluralizar o debate constitucional, permitindo que o Supremo Tribunal Federal venha a dispor de todos os elementos informativos possíveis e necessários à resolução da controvérsia, visando-se, ainda, com tal abertura procedimental, superar a grave questão pertinente à legitimidade democrática das decisões emanadas desta Corte (...)” (ADI nº 2.321/DF-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 10/6/05).

Por tudo isso, entendemos cabível a intervenção da OAB como amigo da corte, na medida em que detém qualificação jurídica para auxiliar na resolução da controvérsia aqui instaurada, com intensa repercussão na vida da Advocacia e da sociedade civil.

É o nosso parecer.

São Paulo, 03 de dezembro de 2019.

LUCIANA ANDREA ACCORDI BERARDI

PRESIDENTE DA COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA OAB/SP

RICARDO AMIN ABRAHÃO NACLE

MEMBRO EFETIVO DA COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA OAB/SP