



CONEXÃO **SIPAER**

Revista Científica de Segurança de Voo

Edição Especial

**Artigos doutrinários de Direito Aeronáutico
com foco na Segurança de Voo**



Compromisso com a Vida



Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos

Conexão SIPAER

Artigos doutrinários de Direito Aeronáutico
com foco na Segurança de Voo



Compromisso com a Vida



Conexão SIPAER

DIRETOR

Brig Ar Luís Roberto do Carmo Lourenço

EDITOR CIENTÍFICO

Maj Av Felipe Koeller Rodrigues Vieira

EDITOR GERENTE

Maj Av Alexander Coelho Simão

CONSELHO CIENTÍFICO

Pareceristas desta edição:

Marcelo Honorato

Alexander Coelho Simão

Felipe Koeller Rodrigues Vieira

Ana Izabel Batista da Silva

Marcelo Moreno

Raquel Damasceno G. Sigaud Caetano

Demais membros dos Conselhos Editorial e Científico em:

<http://inseer.ibict.br/sipaer/index.php/sipaer/about/editorialTeam>

REVISÃO

Luiz Nelson Marcelino Dias

Luiz Serra

CAPA

Flávio Ferreira dos Santos

Revista Conexão SIPAER / Centro de Investigação e
Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. v.4, n.1, (set-out. 2012). –
Brasília: CENIPA, 2012.

Quadrimestral

Modo de acesso: <http://inseer.ibict.br/sipaer>

ISSN: 2176-7777 (on line)

1.Ciências Aeronáuticas. 2. Segurança de voo. 3. Sistema de
Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos.

A Revista Conexão SIPAER é uma publicação científica periódica, editada eletronicamente pelo Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. O objetivo é promover a disseminação da informação técnico-científica produzida por pesquisadores e profissionais da área da ciência aeronáutica e ciências afins, voltada para a segurança de voo, com foco nas atividades de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

Esta Edição Especial Poder Judiciário é a reprodução da versão eletrônica, disponível em:

<http://inseer.ibict.br/sipaer/index.php/sipaer/index>.

O conteúdo e as opiniões expressas nos textos publicados são de inteira responsabilidade de seus autores. O periódico terá direitos autorais reservados sobre os trabalhos publicados sendo permitida a reprodução ou transcrição com a devida citação da fonte.

Nenhum conceito emitido deve ser utilizado diretamente na atividade aérea caso contrarie legislação, regulamentação ou manual de voo emitido ou certificado por autoridade competente.

Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA)
SHIS QI 05 Área Especial 12
VI COMAR - Lago Sul - Brasília/ DF
71615-600

Telefone: 55 (61) 3364-8846
Fax: 55 (61) 3365-1004
conexaosipaer@cenipa.aer.mil.br

APRESENTAÇÃO

Registro o elevado significado da parceria estabelecida entre a Justiça Federal da 5ª Região e a Aeronáutica para a realização de cursos sobre a segurança de voo. Enfatizo a importância da colaboração institucional para que o Estado continue a alcançar os seus objetivos.

As atividades despertaram grande interesse entre os Juizes da Região e ofereceram contribuição importante para o aprimoramento da função jurisdicional. Os assuntos estão muito ligados ao trabalho do Juiz Federal. Em relação à investigação de acidentes aeronáuticos, foi muito relevante aprofundar o entendimento sobre as atribuições dos órgãos envolvidos para que não haja distorção no uso dos resultados.

Foram também abordados outros temas frequentes na prática da Justiça Federal, a exemplo das limitações ao uso do solo urbano nas imediações dos aeroportos e das rádios clandestinas.

Observo, com satisfação, que os cursos produziram bons frutos intelectuais. Importantes artigos foram escritos pelos participantes, demonstrando elevado aproveitamento e o interesse pelo assunto.

É motivo de muita honra para a magistratura federal o acolhimento de tais artigos pela Revista Conexão SIPAER. Sabe-se que se trata de conceituada revista de ciências aeronáuticas, voltada para a segurança de voo, também contemplando o direito aeronáutico. Parabênizo os autores pelo valor científico dos artigos e também pela oportunidade de divulgá-los em tão conceituada revista.

Finalizo, renovando os agradecimentos da Justiça Federal da 5ª Região e manifestando a certeza de que a parceria continuará a produzir excelentes resultados.

MANOEL DE OLIVEIRA EHARDT

Desembargador Federal

Diretor da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região

PREFÁCIO

Os artigos que formam o acervo desta nova edição da Revista Conexão SIPAER consignam estudos doutrinários alvissareiros, pois retratam uma visão jurídica mais precisa dos conflitos que envolvem a aviação nacional, tendo como norte a segurança de voo.

Depois de percorrido todo o conteúdo programático do curso “O papel do Poder Judiciário na segurança de voo”, realizado pela Escola da Magistratura Federal da 5ª Região (ESMAFE-5), os magistrados federais puderam melhor refletir sobre a necessária proteção que o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER) requer do Poder Judiciário, a fim de cumprir seu mister: a preservação da vida humana, quando submetida ao moderno transporte aéreo.

As contribuições dos juízes federais que ora se perfilam nesta revista científica talvez possam também iluminar a árdua tarefa de dizer o direito, em casos análogos, preenchendo a grande lacuna que existe na doutrina especializada, deficiência, aliás, que tem tornado ainda mais difícil a tarefa dos profissionais do direito em lides que aquilatam aspectos das ciências aeronáuticas.

Registro ainda o privilégio de ter sido destacado pela ESMAFE-5 para a tarefa de coordenar curso de tal envergadura, ainda mais por ter na audiência colegas da mais respeitável titulação acadêmica e que, ao final, puderam agregar à doutrina aeronáutica artigos claros e concisos, cujo centro de discussões foi a segurança de voo.

Encerro este prefácio na esperança de que a presente edição da Revista Conexão SIPAER seja apenas a primeira de uma série de contribuições da magistratura à nobre causa de prevenir acidentes aeronáuticos.

MARCELO HONORATO

Juiz Federal Substituto

Coordenador Científico do Curso

“O papel do Poder Judiciário na segurança de voo”

EDITORIAL

Prezado leitor,

A aproximação entre o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER) e o Poder Judiciário no Brasil é inédita no mundo. Embora os 191 países signatários da Convenção de Aviação Civil Internacional saibam que a investigação feita com o objetivo de prevenir acidentes deve ser preservada e separada da investigação judiciária-policial, somente no Brasil surgiram cursos jurídicos em direito aeronáutico, com foco na segurança de voo.

Como pioneira, a Escola da Magistratura Federal da 5ª Região inseriu a Legislação SIPAER no curso “Os desafios do Direito Aeronáutico e do Direito Administrativo Militar” (Recife, maio de 2011). A partir daí se descortinou o mundo do SIPAER para o Judiciário e se abriu o acolhimento recíproco: o que o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA) pode oferecer à Justiça e o que deve ser preservado em nome da prevenção de acidentes.

Já o segundo curso, também desenvolvido em Recife pela mesma Escola da Magistratura, com o tema “O papel do Poder Judiciário na segurança de voo”, foi mais um passo rumo ao êxito. Os frutos produzidos se encontram neste belo trabalho de pesquisa científica, cujos artigos mostram uma defesa histórica da separação entre a investigação SIPAER e a investigação policial-judiciária.

Criada em 2009 para ser totalmente eletrônica, numa opção do CENIPA por modernidade e sustentabilidade, a Conexão SIPAER se mostra impressa, em edição e formatação especiais, justamente para reconhecer e destacar o apoio do Poder Judiciário à segurança de voo. É gratificante ver a linguagem da atividade de prevenção de acidentes aeronáuticos escrita, questionada e defendida por doudas autoridades, empenhadas na pesquisa para aperfeiçoar a prática jurídica.

Ao ler os artigos, a impressão que se tem é que os autores são Elos-SIPAER há vários anos, pelo fato de citarem com esmero os principais aspectos da atividade do CENIPA, fundamentada no Anexo

13 à Convenção de Aviação Civil Internacional. Os magistrados, conscientes da importância do SIPAER, defenderão com propriedade nas suas decisões judiciais o sistema que há 41 anos existe para tornar os voos mais seguros no Brasil.

O CENIPA não é contrário à apuração de culpa ou responsabilidade dos envolvidos em ocorrências aeronáuticas, mas considera desaconselhável o uso da investigação SIPAER em processos judiciais. Tal investigação, conduzida com o objetivo de prevenir futuros acidentes e, conseqüentemente, aperfeiçoar o sistema de aviação, é baseada em informações voluntárias, fornecidas por todos envolvidos, sob compromisso de uso exclusivo, onde incertezas e meras possibilidades ganham relevância. Não busca causas, mas situações inseguras. Portanto, na investigação SIPAER, não há litígio, nem acusação, nem partes. O instrumento mais importante dessa investigação é a informação. Se essa informação for usada contra a fonte na esfera judicial, a investigação do CENIPA se esvazia com o tempo. O silêncio é fatal para uma investigação totalmente baseada na informação/comunicação.

Veja nestas páginas como a segurança de voo tem sido merecedora da atenção do Judiciário e como o resultado disso reforça cada vez mais a promoção de um bem coletivo: a vida humana de todos os que usam o transporte aéreo.

Saudações SIPAER e boa leitura!

LUÍS ROBERTO DO CARMO LOURENÇO

Brigadeiro do Ar

Chefe do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos

Presidente do Comitê Nacional de Prevenção de Acidentes Aeronáuticos

SUMÁRIO

EDITORIAL

APRESENTAÇÃO	05
<i>Manoel de Oliveira Ehardt</i>	
PREFÁCIO	06
<i>Marcelo Honorato</i>	
EDITORIAL	07
<i>Luís Roberto do Carmo Lourenço</i>	

ARTIGOS CIENTÍFICOS

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO E PREVENÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS - SIPAER.....	11
<i>Marcelo Honorato</i>	
A INVESTIGAÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS E A APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL.....	33
<i>Flávia Tavares Dantas</i>	
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SEGURANÇA DE VOO: ANÁLISE DO CASO CONCRETO DE USO DO RELATÓRIO SIPAER EM PROCESSO JUDICIAL.....	41
<i>Marcos Antônio Garapa de Carvalho</i>	
A INVESTIGAÇÃO SIPAER E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	51
<i>Arizona D'Ávila Saporiti Araújo Júnior</i>	
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SEGURANÇA DE VOO	61
<i>Sérgio Fiuza Tahim de Sousa Brasil</i>	
DA COERCITIVIDADE JURÍDICA DAS RECOMENDAÇÕES PRODUZIDAS NO ÂMBITO DO SIPAER – ALGUMAS PROPOSTAS.....	73
<i>Pompeo de Sousa Brasil</i>	
A TEORIA DO FATO CONSUMADO E A TUTELA DA SEGURANÇA DO ESPAÇO AÉREO.....	87
<i>Frederico Augusto Leopoldino Koehler</i>	

O PODER JUDICIÁRIO E A SEGURANÇA DE VOO NO BRASIL. BREVE ESTUDO DE CASOS CONCRETOS RECENTES. ABORDAGEM EM NÍVEL DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO	99
<i>João Bosco Medeiros de Sousa</i>	
A TUTELA DA SEGURANÇA DE VOO EM FACE DO USO DO SOLO NO ENTORNO DE AERÓDROMOS	115
<i>Aloysio Cavalcanti Lima</i>	
A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO DAS ZONAS PRÓXIMAS AOS AERÓDROMOS.....	129
<i>Paula Emília Moura Aragão de Sousa Brasil</i>	
A PROTEÇÃO DA ÁREA DE SEGURANÇA AEROPORTUÁRIA E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL.....	141
<i>Luisa Ferreira Lima</i>	
ESTUDO DE CASO: A INTERDIÇÃO DO AEROPORTO DE TEFÉ POR DECISÃO DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS.....	153
<i>Dimis da Costa Braga</i>	
USO DE FALCÕES PARA COMBATER AVES NO ENTORNO DE AERÓDROMOS. POSSÍVEIS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE COLISÃO COM AERONAVE.....	165
<i>Bruno Zanatta</i>	
O CONTROLE DO LIXO COMO MEIO DE PREVENÇÃO DO RISCO AVIÁRIO NO MUNICÍPIO DE ARACAJU/SE.....	175
<i>Carolina Souza Malta</i>	
A INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA SERVIDÃO EM TORNO DE AERÓDROMOS E HELIPORTOS	183
<i>Marília Ivo Neves</i>	
AS RÁDIOS CLANDESTINAS E SUA INFLUÊNCIA NAS TELECOMUNICAÇÕES AERONÁUTICAS	191
<i>Frederico José Pinto de Azevedo</i>	
REFLEXÕES SOBRE O DEBATE ACERCA DA TIPICIDADE DA CONDUTA DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO REGULADOR.....	205
<i>Temistocles Araújo Azevedo</i>	

OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO E PREVENÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS - SIPAER

Marcelo Honorato¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Marinha do Brasil

RESUMO: O Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER) possui princípios jurídicos específicos, capazes de formar um microsistema jurídico próprio. Este estudo irá apresentar os mais relevantes princípios jurídicos do SIPAER, no que tange à atividade de prevenção, bem como seus efeitos para a responsabilização criminal, cível e administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Aeronáutico. Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. Princípios jurídicos.

¹ Juiz Federal Substituto da 16ª Vara - PE, Especialista em Direito Processual (UNAMA), Direito Constitucional (IDP), Direito do Estado (UNIDERP), Bacharel em Ciências Aeronáuticas (AFA).

1 O SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO E PREVENÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS

O Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER) é um dos sistemas que compõem a infraestrutura aeronáutica, como dispõe o art. 25 do Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA (Lei Federal 7.565/1986), *in verbis*:

Art. 25. Constitui infra-estrutura aeronáutica o conjunto de órgãos, instalações ou estruturas terrestres de apoio à navegação aérea, para promover-lhe a segurança, regularidade e eficiência, compreendendo:

- I. o sistema aeroportuário (artigos 26 a 46);
- II. o sistema de proteção ao voo (artigos 47 a 65);
- III. o sistema de segurança de voo (artigos 66 a 71);
- IV. o sistema de Registro Aeronáutico Brasileiro (artigos 72 a 85);
- V. o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos (artigos 86 a 93);** (não há grifos no original)

(...)

Inicialmente, os vários sistemas integrantes da infraestrutura aeronáutica estavam subordinados à competência do Ministério da Aeronáutica, consoante dispõe o art. 12 do Código Aviatório:

Art. 12. Ressalvadas as atribuições específicas, fixadas em lei, submetem-se às normas (artigo 1º, § 3º), orientação, coordenação, controle e fiscalização do **Ministério da Aeronáutica**:

- I. a navegação aérea;
- II. o tráfego aéreo;
- III. a infra-estrutura aeronáutica;** (não há grifos no original)
- IV. a aeronave;
- V. a tripulação;
- VI. os serviços, direta ou indiretamente relacionados ao voo.

Ocorre que, em 2005, foi criada, por intermédio da Lei Federal 11.182/2005, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), diploma

que promoveu revogação tácita de alguns dispositivos do CBA. Segundo a nova lei, a ANAC passou a regular e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica. No entanto, o citado dispositivo exceceu, dentre tais competências, o SIPAER, como se observa do inciso XXI do art. 8º da lei instituidora da referida agência reguladora:

Art. 8º Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência, legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe:

(...)

XXI – regular e fiscalizar a **infra-estrutura aeronáutica** e aeroportuária, **com exceção** das atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o **sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos**; (não há grifos no original)

Sendo assim, o SIPAER continua sob o escopo administrativo da Autoridade Aeronáutica, autoridade essa que recentemente teve a sua denominação modificada para Autoridade Aeronáutica Militar, a fim de diferenciá-la da Autoridade de Aviação Civil, nos termos da Lei Complementar n.º 97/1999 (art. 17, parágrafo único), alterada pela Lei Complementar n.º 136/2010.

Interessante fazer constar que tal modificação de denominação em nada contribuiu para a harmonia do Sistema de Aviação Civil Brasileiro, pois a inserção da qualificação de “militar” à Autoridade Aeronáutica mais confunde que auxilia na aplicação do direito aeronáutico. É que a Autoridade Aeronáutica Militar ainda mantém, sob seu manto de responsabilidade administrativa, dois sistemas da infraestrutura aeronáutica: o SIPAER e o SISCEAB (Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro, *ex vi* art. 8º, inciso XXI da lei 11.182/2005). Logo, a modificação não tem fundamento jurídico, pois que a Autoridade Aeronáutica Militar não se limita à gestão de assuntos da aviação militar, ao contrário, atua decisivamente no sistema de aviação civil.

O SIPAER, por sua vez, é um sistema que possui duas atribuições

administrativas em seu bojo: as atividades de prevenção e as de investigação de acidentes aeronáuticos. Embora se constate uma dupla competência administrativa, importante frisar que a atividade de investigação de acidentes, realizada pela Autoridade Aeronáutica, detém uma única e exclusiva finalidade: a prevenção de novos acidentes.

Ou seja, as duas atribuições voltam-se a uma única finalidade preventiva, com isso, pode-se depreender que o objetivo do legislador em congregá-las sob um único sistema deve-se à necessidade da mais absoluta harmonia normativa e executiva, pois eventual quebra em tal regime irá repercutir diretamente na segurança de voo, tema esse que já foi objeto de estudo em outro trabalho científico².

Diferentemente dos demais sistemas integrantes da infraestrutura aeronáutica, o SIPAER possui princípios próprios, erguidos por tratados, leis e legislação complementar, formando um microsistema jurídico, tal qual o sistema de proteção e defesa do consumidor, o sistema do meio ambiente, o sistema tributário, dentre outros.

Essa autonomia principiológica reside na necessidade de formar um arcabouço jurídico capaz de prover proteção às informações colhidas durante a investigação de um acidente aeronáutico e criar um ambiente de confiança entre os operadores aéreos, para que a informação coletada, em absoluta neutralidade jurídica, possa alimentar o próprio SIPAER. Quanto mais real e rápida for a informação dirigida ao órgão de prevenção, maior será a eficácia das ações preventivas.

Por outro lado, fato desconhecido dos operadores do direito é que a investigação SIPAER desenvolve-se sob estruturas lógicas diferentes daquelas existentes nos sistemas de persecução penal ou de responsabilização administrativa.

A título de exemplo, podemos destacar como aspectos especiais da investigação SIPAER: a busca de condições inseguras e não de indícios de autoria; conclusão investigativa concretizada na emissão de recomendações de segurança e não na determinação

2 HONORATO, Marcelo. **A crise da legalidade no sistema de prevenção de acidentes aeronáuticos.** Brasília: Revista Conexão SIPAER, v.3, n.1, nov.2011

de culpa ou responsabilidade; direcionamento das recomendações a pessoas ou órgãos que possam eliminar ou mitigar as condições inseguras detectadas e não a pessoas que tenham relação direta com o caso concreto; e sopesamento valorativo de hipóteses e probabilidades com a mesma relevância de fatos concretos. Esses são alguns elementos lógicos que diferenciam o procedimento investigativo SIPAER dos procedimentos processuais ou inquisitoriais de imputação de responsabilidade e que, se inobservados, podem levar a uma instrução processual radicalmente injusta.

2 OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DO SIPAER

2.1 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA VIDA HUMANA

Princípio-matriz do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, justamente por ser também o objetivo maior da própria existência do SIPAER, o princípio da preservação da vida humana concentra o esforço principal do SIPAER.

O Decreto 87.249/82, que regulamenta o SIPAER, enfatiza o princípio da preservação da vida humana, como se depreende da regra constante do § 1º de seu art. 1º:

§ 1º - Para efeito deste Decreto, as atividades de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos são as que envolvem as tarefas realizadas com a finalidade de evitar perdas de vidas e de material decorrentes de acidentes aeronáuticos.

O Código Brasileiro de Aeronáutico também demonstra a relevância da atividade de prevenção, em *sentido lato*, ao estabelecer um dever de colaboração a todos os atores da aviação brasileira (operadores aéreos, fabricantes, controladores de voo, gerentes etc.) aos trabalhos de prevenção:

Art. 87. A prevenção de acidentes aeronáuticos é da responsabilidade de todas as pessoas, naturais ou jurídicas, envolvidas com a fabricação, manutenção, operação e circulação de aeronaves, bem assim com as atividades de apoio da infra-estrutura aeronáutica no território brasileiro.

A ordem legal de inclusão de qualquer operador aéreo aos deveres de prevenção produz o efeito de incorporar, no escopo do SIPAER, também a aviação militar, já que o código aviatório estabelece que a submissão de tal ramo da aviação às suas normas somente ocorre quando exista disposição especial em tal sentido (art. 107, § 5º):

§ 5º **Salvo disposição em contrário**, os preceitos deste Código não se aplicam às aeronaves militares, reguladas por legislação especial (artigo 14, § 6º). (não há grifos no original).

Importante ainda registrar que a conclusão do procedimento investigativo SIPAER não traz o mesmo rol de conclusões que uma perícia judicial consigna, como indício de autoria e prova de materialidade.

Ao contrário, recomendações de segurança são edificadas no intuito de evitar um novo acidente, excluindo ou mitigando as condições inseguras detectadas, quer seja por substrato fático, quer seja a título de hipótese. Assim agindo, a Autoridade Aeronáutica busca proteger a vida humana em qualquer grau de certeza, diferentemente da cognição judicial, que requer maior grau de precisão, especialmente quando da prolação de uma sentença condenatória, ainda que apenas no âmbito civil.

2.2 PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE JURISDICIONAL E 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, à medida que não se desenvolve sob acusação ou litígio.

Para que a liberdade de atuação da Autoridade Aeronáutica tenha efetividade, é necessário prover uma neutralidade jurídica a tal investigação, impedindo que as conclusões de tal procedimento acabem por servir de prova para fundamentar a imputação de responsabilidade civil, penal ou administrativa.

Por outro lado, sem liberdade de atuação, o procedimento investigativo SIPAER acaba por perder eficácia, na medida em que deixará de considerar hipóteses e probabilidades como substrato de seu trabalho

preventivo. Assim ocorrendo, a investigação SIPAER se assemelhará literalmente à investigação policial e deixará de ser necessária, pois apenas duplicará o uso de recursos públicos para a persecução penal, repetição funcional essa em plena contrariedade ao Princípio Constitucional da Eficiência da Administração (art. 37, *caput*, da CF/88).

Importante observar que o procedimento investigativo SIPAER está em busca de condições inseguras, sem atrelá-las a qualquer pessoa, em outras palavras, inexistente imputação de responsabilidade a quem quer que seja. Com isso, pode-se concluir que está ausente a figura jurídica do litígio, pois não há partes ou qualquer acusação.

As conclusões do procedimento de investigação SIPAER, por sua vez, resumem-se a prolar recomendações de segurança, cujos destinatários não são escolhidos com base em relação causal com o acidente, mas sim com a sua capacidade de excluir ou mitigar as condições inseguras detectadas. Nesse sentido, estabelece a legislação complementar aeronáutica, em especial, a Norma de Sistema do Comando da Aeronáutica n.º 3-9/2008:

1.3.4 Destinatário: Aquele que detém as condições para implementar a ação corretiva ou que tenha autoridade para determinar a sua implementação.

Com base em tais premissas, pode-se agora compreender por que motivo é absolutamente inaplicável o inciso LV do art. 5º da Carta Magna de 1988 ao procedimento investigativo SIPAER: ausência de litigantes e de qualquer acusação.

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; (não há grifos no original)

Logo, inviável ensejar a garantia ao contraditório e à ampla defesa, pois não há acusação, logo, não há o que contradizer; não há vinculação do sinistro a qualquer pessoa, mas busca de condições inseguras, assim, não há pessoa a ser defendida.

Portanto, os efeitos da investigação SIPAER limitam-se à esfera operacional, sendo que o emprego de tal investigação em processos judiciais ou administrativos, que visem à imputação de responsabilidade,

é um efeito anômalo, que deve ser corrigido com a desconstituição de tal prova e não com possíveis pedidos de anulação da investigação SIPAER.

Eventual determinação judicial de observância do inciso LV do art. 5º da CF/88 ao procedimento investigativo SIPAER transforma tal procedimento em inquérito policial, extraindo seu caráter preventivo e tornando-o desnecessário, já que a autoridade policial conduz procedimento sob as regras do contraditório, ampla defesa, havendo uma acusação clara e determinação específica de autoria, logo, com determinação de partes, formando aí sim um litígio.

Da análise acima, pode-se concluir que a neutralidade jurídica da investigação SIPAER garante não apenas a plena eficácia da atuação preventiva, mas também protege os cidadãos de serem responsabilizados com base em prova absolutamente ilícita, para fins de imputação de culpa, embora seja claramente lícita, para as atividades de prevenção.

A neutralidade jurídica da investigação SIPAER está estabelecida em tratados e normas complementares aeronáuticas. A Convenção de Chicago³, especialmente seu Anexo 13, consigna a finalidade exclusiva de prevenção e repele o seu emprego como meio de prova para fins de responsabilização:

3.1 O único objetivo da investigação de acidentes ou incidentes será a prevenção de futuros acidentes e incidentes. (não há grifos no original)
Não é o propósito dessa atividade imputar culpa ou responsabilidade.

Os fundamentos da Mensagem de Veto n.º 805 de 22 de dezembro de 1986, do Exmo Sr Presidente da República, ao § 4º do art. 86 do CBA é outra fonte que abstrai o caráter de neutralidade jurídica, para fins de responsabilização. Tal mensagem presidencial aquilata a verdadeira finalidade da investigação SIPAER, quando vetou a inclusão, na Comissão de Investigação de Acidentes Aeronáuticos, de representantes do operador e de sindicatos.

Tal manifestação de veto decorre da especial estrutura lógica da investigação SIPAER, pois, como já dito, não busca imputar culpa ou

3 BRASIL. Decreto n.º 21.713 de 1946.

responsabilidade, inexistente um litígio, mas tão somente se busca um juízo de valor acerca das condições de segurança de determinada operação aérea, logo, desnecessário abrir o contraditório e a ampla defesa a terceiros interessados:

Por outro lado, a investigação de acidentes aeronáuticos tem como objetivo precípuo a prevenção dos mesmos; **nunca visa incriminar, culpar, nem punir ninguém, como também não visa à apuração de responsabilidade civil ou criminal.** (...) (não há grifos no original)

(...)

O desvirtuamento das atuais Comissões de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CIPAAs) implicará sérios riscos para a segurança da Aviação Civil no Brasil.

Segundo o § 3º do artigo 1º do CBA, a legislação complementar ao código de aeronáutica se concretiza por várias normas infralegais, dentre elas, os atos administrativos emanados da Autoridade Aeronáutica:

§ 3º A legislação complementar é formada pela regulamentação prevista neste Código, pelas leis especiais, decretos e normas sobre matéria aeronáutica (artigo 12).

Nesse sentido, o Decreto 87.249/82 (art. 3º, item 7) estabelece a normatização do SIPAER por meio de Normas de Sistema do Comando da Aeronáutica (NSCA), portanto, tais normas administrativas detêm envergadura de legislação complementar. A NSCA 3-6/2008, que trata da investigação SIPAER, traz, em seu item 2.1, idêntica limitação finalística ao procedimento investigativo a cargo da Autoridade Aeronáutica:

As investigações de que trata esta NSCA têm como única finalidade a prevenção de acidentes aeronáuticos (...). Não é propósito da investigação SIPAER atribuir culpa ou responsabilidade.

O Anexo 13 da Convenção de Chicago, numa interpretação *in contrario sensu*, demonstra a plena neutralidade jurídica da investigação SIPAER, já que estabelece que as demais investigações sobre o acidente aeronáutico devem ser independentes daquela realizada pelo SIPAER:

5.4.1 Todo procedimento, judicial ou administrativo, para determinar culpa ou responsabilidade deve ser independente de toda investigação que se realize em decorrência das disposições do presente Anexo.

Da análise global dos aspectos levantados, conclui-se que o princípio da neutralidade jurisdicional e administrativa não somente garante proteção à independência da atividade preventiva, mas também assegura que o cidadão não sofra condenação com base em prova ilícita, pois destituída das premissas inalienáveis do contraditório e da ampla defesa, pilares que sustentam o devido processo legal e constitucional.

2.3 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E SIGILO DA FONTE E PRINCÍPIO DA CONFIANÇA

Os dois princípios nominados possuem extrema simbiose jurídica, pois o ferimento de um deles provoca, em consequência imediata, abalo no outro. Todos eles procuram assegurar pleno fluxo de informações ao SIPAER.

Como já enfatizado, a informação é um dos principais substratos que possibilitam o desenvolvimento da tarefa de prevenção de acidentes. Nesse sentido, a OACI (Organização Internacional da Aviação Civil) e, no Brasil, o SIPAER passaram a desenvolver várias ferramentas para a coleta de tais informes, como o relatório de prevenção, a gravação de dados de voo e de comunicação das aeronaves, e as entrevistas, realizadas com qualquer pessoa relacionada ao acidente ou mesmo à operação do equipamento acidentado.

Dois aspectos interagem nesse campo: o emprego de tais informações em processos judiciais e o sigilo de tais informações. Inicialmente, vamos abordar a questão do uso das informações fáticas, coletadas pela Autoridade Aeronáutica, em processos judiciais e suas repercussões no universo aeronáutico.

Durante a investigação, a Comissão Investigativa coleta uma série de dados (degravação de dados de voo, de comunicação interna na cabine da aeronave, de comunicação entre os controladores), procede a análises de engenharia em peças e, ainda, realiza entrevistas com

pessoas relacionadas com o acidente ou apenas que possuam alguma interação com a atividade aérea.

Essas informações reproduzem os fatos que serão apurados nas diversas esferas de poder, sendo, na verdade, dados brutos, sem qualquer trabalho valorativo da Autoridade Aeronáutica, no que concerne à segurança de voo.

O Item 5.12 do Capítulo 5 do Anexo 13 da Convenção de Chicago, numa tradução livre, demonstra a imperial necessidade de prover a proteção às informações relacionadas aos sistemas de prevenção. Porém, cabe considerar que a OACI não vedou a acessibilidade desses elementos coletados durante a investigação SIPAER, mas apenas ponderou que tal disponibilidade pode comprometer o futuro de outras investigações.

5.12 O Estado que conduza a investigação de um acidente ou incidente não deve disponibilizar os seguintes registros para outros fins que não a investigação de um acidente ou incidente aeronáutico, **a menos que a autoridade competente para a administração da justiça do Estado determine que a sua divulgação prevalece sobre o impacto adverso, nacional e internacional, em investigações futuras:**

- a) todas as declarações tomadas de pessoas no decurso da sua investigação;
- b) todas as comunicações entre pessoas que tenham sido envolvidas na operação do avião;
- c) informações médicas ou pessoais das pessoas envolvido no acidente ou incidente;
- d) as gravações de voz do *cockpit* e transcrições de tal gravações,
- e) as gravações e transcrições de gravações das unidades de controlo de tráfego aéreo, e
- f) pareceres sobre a análise da informação, incluindo informações de gravadores de voo.

Além dessa regra, três dispositivos do Adendo “E” do Anexo 13 da Convenção de Chicago confirmam a possibilidade de emprego dos dados fáticos, coletados pelos investigadores, pelos órgãos jurisdicionais; porém, alertando sobre o cuidado que deve ser provido a tal disponibilização:

2.1 O objetivo exclusivo de proteger informações de segurança de uso inadequado é para garantir a sua disponibilidade permanente para que adequadas e oportunas ações preventivas possam ser tomadas na melhoria da segurança da aviação.

2.2 Não é o propósito de proteger as informações de segurança interferir com a boa administração da justiça nos Estados.

2.3 As leis nacionais e regulamentos que protejam informações de segurança devem assegurar que haja equilíbrio entre a necessidade para a proteção da informação de segurança, a fim de melhorar a segurança da aviação e a necessidade de uma boa administração da justiça.

A preocupação da ICAO é justamente evitar o efeito adverso do emprego de tais informações em processos que visem à imputação de responsabilidade, qual seja, a inibição do fluxo de informações, elemento vital para a própria sobrevivência dos sistemas preventivos aviatórios. Nesse sentido, a Nota 1 do Capítulo 5 do Anexo 13 da Convenção de Chicago:

Nota 1 - As informações contidas nos registros listados acima, que inclui informações fornecidas voluntariamente por pessoas entrevistadas durante a investigação de um acidente ou incidente, podem acabar por ser utilizadas inadequadamente em processos disciplinares e, subsequentemente, em processos civis, administrativos e criminais. Se tais informações são disponibilizadas, poderão, no futuro, deixar de ser abertamente fornecidas aos investigadores. **A falta de acesso a tais informações poderá impedir o processo de investigação e afetar seriamente a segurança de voo.**

No Brasil, a Autoridade Aeronáutica concretizou a proteção a tais informações, determinada pela OACI, tanto limitando seu emprego para uso exclusivo da investigação de acidente aeronáutico, como as classificando como sigilosas, por meio da Norma de Sistema 3-6/2008, tendo em vista que comporão os relatórios de investigação preliminares (*rectius*: Relatório de Ação Inicial – RAI e Relatório Preliminar – RP):

2.2.18 As seguintes informações serão utilizadas somente para o propósito da investigação de acidentes,

incidentes e ocorrências de solo, sendo proibida a sua divulgação total ou parcial:

- a) Declarações efetuadas durante a investigação;
- b) Todas as comunicações entre pessoas envolvidas na operação da aeronave;
- c) Informações médicas ou privadas referentes a pessoas envolvidas no acidente;
- d) Gravações e transcrições das gravações do CVR;
- e) Opiniões expressas na análise das informações, incluindo os dados do FDR/DFDR e as gravações registradas pelos Órgãos de Controle de Tráfego Aéreo (CTA); e
- f) Toda informação que não seja relevante para a análise do acidente ou incidente aeronáutico.

(...)

4.8.1.1 Os RAI e os RP recebem a classificação mínima de “RESERVADO”, independentemente das circunstâncias da ocorrência.

A interpretação da restrição delineada pela Autoridade Aeronáutica deve ser equilibrada com as ressalvas da OACI, no sentido da autonomia da administração da justiça de cada Estado, bem como na plena ciência dos efeitos deletérios de sua publicização.

Além disso, deve considerar-se o escopo constitucional nacional, especialmente as regras do art. 5º da Carta Constitucional, onde se elenca o rol de direito e garantias individuais, cláusulas de inalienável valor, tanto que qualificadas como cláusulas pétreas pela própria norma constitucional (art. 60, § 4º da CF/88).

Como já visto, as gravações de dados de voo, de comunicação, os laudos de engenharia, nada mais reproduzem que a realidade dos fatos. Impedir seu uso pelo Poder Judiciário esvazia o acesso à realidade e, com isso, distancia o órgão julgador do grau de certeza necessário para o provimento jurisdicional pleiteado.

É que o leque de informações descritos no item 2.2.18 da NSCA 3-6/2008 são elementos fáticos, aspectos que retratam os fatos ocorridos no mundo real, cuja limitação de disponibilidade ao Poder Judiciário leva, em consequência, à frontal colisão com o Princípio da Inafastabilidade de Acesso ao Poder Judiciário (inciso XXXV do art. 5º da CF/88).

Assim, o sistema constitucional brasileiro não consegue abrigar o impedimento de acesso a tais **dados fáticos**, sob pena de inconstitucionalidade material de qualquer dispositivo legal que vise estabelecer tal vedação; porém, o seu sigilo é plenamente possível.

No entanto, cabe aqui uma ressalva. A acessibilidade da autoridade judiciária deve conformar-se aos **dados fáticos**, não se estendendo às análises valorativas realizadas pela Autoridade Aeronáutica, que, como será visto, decorrem de atividade especulativa, sem o devido processo legal e sem a busca de autoria e materialidade, mas apenas de condições inseguras, concluindo, ao final, com a emissão de recomendações de segurança, ainda que sob hipóteses.

A inclusão do Relatório Final SIPAER, ou mesmo dos relatórios preliminares, como meio de prova, é absolutamente incompatível com a atividade de cognição judicial, especialmente pelo fato de que hipóteses e probabilidades recebem o mesmo tratamento que os fatos, em obediência ao princípio da máxima eficácia preventiva, princípio a ser analisado no tópico seguinte.

Foi exatamente nesse sentido que a Justiça Federal de Pernambuco proferiu decisão, em inquérito policial que objetiva a detecção de responsabilidade penal em relação ao acidente ocorrido em Recife, no ano de 2011, da empresa NOAR Linhas Aéreas.

Porém, há que se realizar elementar diferenciação das informações ora requeridas, sob pena de se violar a Convenção de Chicago de 1944 (especialmente seu Anexo 13), diploma do qual a República Federativa do Brasil é signatária (decreto n. 21.713, de 27.08.1946) e ainda trazer ao inquérito policial informações técnicas imprestáveis à persecução penal.

É que, ao lado dos destroços e de suas específicas análises técnicas, como laudos de engenharia de falhas de determinadas partes da aeronave acidentada e transcrição de dados e comunicações, informações essas fáticas, também são produzidas, pelo CENIPA, análises específicas, relacionadas à atividade de prevenção de acidentes aeronáuticos.

Essa atividade, segundo estabelece o item 3 do Anexo 13 da Convenção de Chicago, possui como objetivo único a prevenção de acidentes aeronáuticos, não sendo propósito de tal investigação imputar culpa

ou responsabilidade. Portanto, a incorporação de informações deste quilate ao inquérito policial contraria diploma internacional ao qual o Brasil é vinculado. (há grifo no original).

(JFPE, IP 0010878-51.2011.4.05.8300, Juíza Federal Flávia Tavares Dantas, 09.set.2011)

De forma clara, a magistrada federal assim concluiu sobre os efeitos decorrentes da diferenciação entre os dados fáticos e a análise valorativa, contidos nos relatórios do CENIPA:

Nesse sentido, há que se restringir a incorporação de relatórios produzidos pelo Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, derivados de análises de laudos de engenharia, transcrição de comunicações e de dados de voo (...)

(JFPE, IP 0010878-51.2011.4.05.8300, Juíza Federal Flávia Tavares Dantas, 09.set.2011)

No que tange ao sigilo dos dados fáticos coletados, a legislação complementar aeronáutica apenas estabelece a limitação de publicidade até a emissão do Relatório Final:

4.8.1.2 As informações contidas no item **2.2.18** devem ser protegidas, sendo proibida a sua divulgação total ou parcial antes da elaboração do RF.

O sigilo dos elementos coletados em equipamentos de prevenção de acidentes garante uma colaboração mais ativa de todas as pessoas que interagem na atividade aérea, pois passam a nutrir maior confiança na independência do SIPAER, bem como na garantia de não autoincriminação.

Em apertada síntese, o sistema de coleta de informações de prevenção deve obedecer ao sigilo de divulgação pública, para que não se perca a adesão voluntária dos operadores aéreos e, com isso, não se aliene o maior substrato de elementos de trabalho de prevenção: a informação.

A jurisprudência tem garantido a manutenção do sigilo das investigações não concluídas, tal qual dispõe a NSCA 3-6/2008, visto que após a elaboração do Relatório Final (RF), as informações fáticas poderão ser divulgadas, logicamente obedecendo à necessária análise

de prejuízos que advirão de tal exposição, a teor do que prevê a NSCA 3-8 (Item 4.8.1.2) e o Anexo 13 da Convenção de Chicago.

Mandado de Segurança. Acidente Aéreo. Indeferimento pelo Comandante da Aeronáutica de pedido de vista da investigação, com extração de cópias, para instruir futuras ações indenizatórias. Investigação **não concluída. Sigilo imprescindível para a apuração. Prevalência do interesse público sobre o particular.** Ausência de direito líquido e certo. Mandado de Segurança denegado, prejudicado o agravo regimental. (MS 12507/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 21/08/2009)

Importante fazer constar que o Relatório Final de aeronaves civis não possui qualquer grau de sigilo, sendo ostensivo, e, inclusive, publicado na rede mundial de computadores⁴:

4.8.1.3 O RF de aeronave civil recebe a classificação de “OSTENSIVO”, devendo constar apenas os dados relevantes para a análise do acidente.

Há que se analisar os efeitos, para o SIPAER e para a Convenção de Chicago, da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamentou o acesso a informações públicas.

Inicialmente, necessário se faz afirmar que o sigilo não foi expulso da Administração Pública, porém, alocado ao campo da exceção, aliás, como a própria Constituição Federal já consagrava (art. 5º – XXXIII, art. 37, *caput* e § 3º).

A Lei 12.527/2011 manteve-se fiel aos ditames constitucionais, estabelecendo a possibilidade do sigilo (art. 3º e art. 6º - III), desde que a informação abrigue conteúdo que atenda a alguma das hipóteses do art. 23 da mesma norma legal, dentre elas, a segurança da população.

No caso do acesso aos dados fáticos constantes de sistemas de prevenção de acidentes aeronáuticos, como enfaticamente alertado pela Convenção de Chicago (Anexo 13, Capítulo 5 e Adendo “E”), sua divulgação produz o efeito adverso de perda de adesão voluntária de reportes, cenário a fragilizar, progressivamente, a eficácia da prevenção de novos acidentes.

4 Relatórios Finais disponíveis no sítio eletrônico do CENIPA: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/paginas/relatorios/relatorios>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

Ou seja, a divulgação das informações fáticas, elencadas no tratado internacional e nas normas complementares aeronáuticas, repercute diretamente no direito constitucional à segurança do transporte aéreo público. Portanto, tais informações possuem claro fundamento para a sua sigiliosidade, nos termos do inciso III do art. 23 da Lei 11.527/2011, que permite a restrição de acesso em caso de: “III - pôr em risco a vida, a **segurança** ou a saúde da população;” (não há grifo no original).

Interessante que a atual restrição de divulgação dos dados fáticos, inseridos nos relatórios preliminares do SIPAER, recebeu grau de “reservado” (item 4.8.1.1 da NSCA 3-6/2008), ato administrativo prolatado pelo Comandante da Aeronáutica, autoridade essa que possui competência para tal classificação de sigilo, nos termos da própria Lei 11.527/2011 (art. 27, inciso III).

Especial atenção deve ser deferida às contribuições voluntárias, como as entrevistas, oportunidade em que pilotos, gerentes, mecânicos de aeronaves prestam informações aos investigadores do SIPAER.

Tais entrevistas não ocorrem consoante as regras processuais, sendo sua produção livre e, geralmente, sem registro físico, de forma que a Autoridade Aeronáutica se limita a fazer pequenos apontamentos e, na maioria das vezes, sem identificar a fonte, tudo para que a contribuição seja facilitada, procedimento esse legitimado pela legislação aeronáutica complementar (NSCA 3-6/2008):

4.1.3 Os relatórios não recorrem a quaisquer procedimentos de prova para apuração de responsabilidade civil ou criminal; estando em conformidade com o item 3.1 do Anexo 13 à Convenção de Aviação Civil Internacional, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946. (não há grafos no original)

As entrevistas são fornecidas com base no princípio da confiança, pois deferidas no intuito de uso exclusivo para atividades de prevenção, logo, seu emprego em processos judiciais ou inquéritos viola o compromisso assumido, sem dizer que, eventualmente, poderão voltar-se contra o próprio entrevistado, em absoluto ferimento ao princípio da não autoincriminação.

2.4 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EFICÁCIA PREVENTIVA

Trata-se do princípio jurídico que produz maior distanciamento entre a investigação SIPAER e os processos destinados à imputação de culpa, seja judicial (civil ou penal) ou administrativo.

O Princípio da Máxima Eficácia Preventiva consubstancia-se na busca de qualquer elemento indicador da presença de uma condição insegura, ainda que a título de hipótese e mesmo que tenha apenas relação indireta com o sinistro aéreo, anomalia de segurança essa que receberá tratamento como se fato concreto fosse. Além disso, Princípio da Máxima Eficácia Preventiva realiza uma regressão causal ampla, ou seja, adota a teoria da *conditio sine qua non* sem limites.

Ao definir a investigação SIPAER, a NSCA 3-6/2008⁵ demonstra que elementos indiretos podem agregar-se à investigação: “através do estabelecimento dos fatores contribuintes presentes, **direta ou indiretamente**, na ocorrência.”

O procedimento investigativo SIPAER ainda vai mais longe e também considera eventuais hipóteses como substrato de suas análises, que, inclusive, poderão ensejar na emissão de recomendações de segurança (NSCA 3-6/2008):

4.1.1 Os relatórios são elaborados com base em fatores contribuintes e **hipóteses levantadas**, sendo documentos técnicos que refletem o resultado obtido pelo SIPAER em relação às circunstâncias que contribuíram ou **possam ter contribuído** para desencadear a ocorrência. (não há grifos no original)

O Princípio da Máxima Eficácia Preventiva tem como objetivo evitar que um novo acidente ocorra, ainda que por mera hipótese. Assim, eventual condição insegura hipotética receberá a devida análise, que é a prolação de uma recomendação de segurança e, com isso, obtém-se a máxima eficácia da atividade de prevenção.

Mesmo que a hipótese seja diminuta, a Autoridade Aeronáutica a processará e, se necessário, emitirá uma recomendação de segurança. Sendo assim, torna-se despiciendo quantificar os fatores contribuintes, quer sejam indiretos, quer sejam hipotéticos, pois, em qualquer grau

5 Item 2.1 da NSCA 3-6/2008

que possuam, pelo princípio da máxima eficácia preventiva, deverão ser analisados e processados, a fim de diminuir ou eliminar possíveis efeitos de insegurança. Nesse sentido, estabelece a NSCA 3-6/2008:

4.1.2 Não é foco dos mesmos quantificar o grau de contribuição dos fatores contribuintes, incluindo as variáveis que condicionaram o desempenho humano, sejam elas individuais, psicossociais ou organizacionais que interagiram propiciando o cenário favorável à ocorrência. (não há grifos no original)

Há outro aspecto que deve ser abordado e já referido, em rápidas linhas atrás: a análise causal do acidente aeronáutico pelo SIPAER.

A investigação SIPAER aplica a teoria da *conditio sine qua non* em sua literalidade, na busca pelos múltiplos nexos de causalidade, com isso, a detração dos fatores contribuintes na relação de causalidade do acidente aeronáutico poderá chegar até a fabricação da aeronave, independente da análise da “causalidade relevante”, cenário absolutamente diferente do direito penal, que possui freios na aplicação da teoria da *conditio sine qua non*, tendo em vista a busca por autoria criminal e, assim, por condutas previsíveis ou eivadas de dolo⁶.

Em vista disso, procura-se limitar o alcance dessa teoria, utilizando-se outros institutos de estudo dogmático-penal, como, por exemplo, a localização do dolo e da culpa no tipo penal (...)

Nesse sentido, uma investigação SIPAER, por exemplo, pode emitir uma recomendação de segurança ao fabricante de determinada aeronave, a fim de proceder à alteração de seu projeto aerodinâmico, para que melhore a sua eficiência operacional, independente da previsibilidade da ocorrência do sinistro pelo fabricante, tendo em vista que tal modificação recomendada se torna relevante para auxiliar na prevenção de futuros acidentes.

Já no campo criminal, o fabricante de uma arma não pode ser atingido pela responsabilidade penal, no caso do emprego do artefato num assalto, por absoluta ausência de previsibilidade da ilicitude.

Da análise acima, conclui-se o quanto impertinente é o emprego da investigação SIPAER para instruir processos judiciais, haja vista

6 BITENCOURT, Cezar R. **Tratado de direito penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1, p.289.

a procura incansável do investigador em evitar um novo acidente, provendo a máxima eficácia preventiva à investigação SIPAER, quer seja adotando hipóteses e fatores indiretos, quer seja provendo valor a determinada “causa” sem vínculo de relevância com a previsibilidade do sinistro, elementos que tornam tal investigação um objeto alienígena no esquema processual brasileiro.

3 CONCLUSÃO

O Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos, atualmente sob a atribuição da Autoridade Aeronáutica, desenvolve-se sob balizas absolutamente diferentes do sistema jurisdicional brasileiro, possuindo princípios jurídicos específicos, capazes de tornar tal sistema um verdadeiro microssistema jurídico especial.

O princípio da preservação da vida humana é o princípio central do SIPAER, que ultrapassa as barreiras da aviação civil nacional e acaba por regular também o transporte aéreo internacional e a aviação militar.

A inexistência de litígio, de partes e de acusação decorrem da exclusiva finalidade preventiva que o SIPAER possui, procedimento que visa à preservação da vida humana e, com isso, torna inaplicável a exigência de contraditório e ampla defesa ao procedimento SIPAER, em vista da ausência das premissas que ensejam a sua aplicação.

O princípio do sigilo e proteção da fonte, bem como da confiança, formam a grade de proteção das informações de prevenção de acidentes, estrutura protetiva que garante um fluxo contínuo e estável de informações, sem o qual o SIPAER perderia sua eficácia, como frequentemente alertado pela regulamentação do assunto pela OACI.

Importante registrar a plena conformidade do sigilo de dados, requerida pela OACI e regulada pela Autoridade Aeronáutica, à Lei Federal 11.527/2011, tanto pela adequação do conteúdo às hipóteses legais autorizadas (art. 23, inciso III), como pela correição da autoridade classificadora do sigilo (art. 27, inciso III).

O princípio da máxima eficácia preventiva, coração do SIPAER investigativo, é caracterizado pela busca de quaisquer situações

inseguras que interajam com a ocorrência do sinistro, ainda que a título de hipótese ou de condição indireta. Além disso, a cadeia de causalidade do acidente é analisada pelo investigador em toda a sua extensão, provendo o maior alcance da teoria da *conditio sine qua non*, independentemente da análise da previsibilidade da ocorrência do acidente, mas suficiente para que uma recomendação de segurança possa ser emitida, com o objetivo de diminuir ou eliminar qualquer condição insegura detectada, por mais distante que esteja do sinistro na cadeia causal.

Nesse sentido, consegue-se visualizar a extrema diferença lógica que a estrutura investigativa SIPAER possui se comparada com os processos que visam à imputação de qualquer forma de responsabilidade, bem como a elevada submissão que o SIPAER possui em relação à confiança dos operadores aéreos na garantia da neutralidade jurídica de tal investigação preventiva, sem a qual, a segurança aérea da população é vertiginosamente fragilizada.

LEGAL PRINCIPLES OF THE AERONAUTICAL ACCIDENTS INVESTIGATION AND PREVENTION SYSTEM (SIPAER)

ABSTRACT: The Aeronautical Accidents Investigation and Prevention System (SIPAER) has specific legal principles, capable of forming an independent legal microsystem. This study will present the most relevant aspects of the SIPAER legal principles, with respect to the prevention activity and its effects on criminal liability, civil or administrative.

KEYWORDS: Aviation Law. Aeronautical Accidents Investigation and Prevention System. Legal Principles.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.1.

BRASIL. Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **NSCA 3-6**: Investigação de Acidente Aeronáutico, Incidente Aeronáutico e Ocorrência de Solo. Brasília: CENIPA, 2008. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/index.php/legislacao/category/1-nasca-norma-do-sistema-do-comando-da-aeronautica->>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **NSCA 3-9**: Recomendações de Segurança Operacional emitidas pelo SIPAER. Brasília: CENIPA, 2008. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/index.php/legislacao/category/1-nasca-norma-do-sistema-do-comando-da-aeronautica->>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21713.htm>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Decreto n.º 87.249, de 7 de junho de 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-87249-7-junho-1982-437102-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Lei Complementar n.º 97, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Justiça Federal de Pernambuco. Matéria Criminal. **IP 0010878-51.2011.4.05.8300**, Juíza Federal Flávia Tavares Dantas, PE, 09 de setembro de 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. Matéria Administrativa. **MS 12507/DF**. Relator Min. Albino Zavascki. Brasília, DF, D.E. 21 de agosto de 2009.

HONORATO, M. A crise da legalidade no sistema de prevenção de acidentes aeronáuticos. **Revista Conexão SIPAER**, v.3, n.1, nov. 2011.

A INVESTIGAÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS E A APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL

Flávia Tavares Dantas¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Alexandre Gondim/Reuters

RESUMO: A apuração das causas e dos fatores contribuintes de acidentes e incidentes aeronáuticos tem duas finalidades precípuas que não se confundem: a prevenção de novas ocorrências e a definição de responsabilidades. De um lado, busca-se identificar quaisquer condições inseguras que possam ter contribuído para a consumação do evento. De outro, havendo a possibilidade de que tais sinistros tenham como causa ações humanas, dolosas ou culposas, emerge a possibilidade de que estas encerrem condutas penalmente puníveis, de onde se extrai a necessidade de uma investigação voltada para esse objetivo, qual seja: a imputação de responsabilidade. Dentro desse contexto, o presente trabalho tem por objetivo distinguir essas duas vertentes investigativas e evidenciar a possibilidade de harmonização entre ambas.

1 Juíza Federal Substituta da 13ª Vara - PE

PALAVRAS-CHAVE: Investigação SIPAER. Investigação criminal. Segurança de voo. Responsabilidade penal.

1 INTRODUÇÃO

A ocorrência, no Brasil, de acidentes aeronáuticos de grandes proporções nos últimos anos tem acentuado as discussões acerca das atividades de investigação em torno desses sinistros.

A apuração das causas e fatores contribuintes de tais eventos tem duas finalidades precípuas que não se confundem: a prevenção de novos acidentes e a definição de responsabilidades.

Diante da possibilidade de que esses sinistros e suas consequências resultem em demandas judiciais, cíveis e/ou criminais, a questão se mostra relevante e atual para os operadores do direito.

O presente trabalho tem por objetivo distinguir essas duas vertentes investigativas e os órgãos por elas responsáveis, bem como evidenciar a possibilidade de harmonização entre ambas.

2 A INVESTIGAÇÃO DO SIPAER E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: DISTINÇÕES

A investigação de acidentes aeronáuticos é tratada no Código Brasileiro de Aeronáutica, lei n.º 7565/86, que, em seu art. 12, atribui ao Ministério da Aeronáutica a competência para normatizar, orientar, coordenar, controlar e fiscalizar a infraestrutura aeronáutica. Mais adiante, no art. 25, define que é parte integrante desta o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (art. 25, IV). Como órgão central desse sistema (SIPAER) tem-se o CENIPA, Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos.

Relevante esclarecer, de logo, que a investigação realizada pelo Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER) tem como único propósito o aperfeiçoamento da atividade de aviação e, com isso, a prevenção de novos acidentes. Não se destina, pois, à imputação de responsabilidade, sendo necessária a realização de uma investigação específica para esse fim.

Com efeito, a investigação do SIPAER obedece a princípios próprios e tem características que inviabilizam a sua utilização com o objetivo de atribuição de responsabilidade.

Essa atividade investigativa é objeto da Convenção de Chicago de 1944 (especialmente o seu Anexo 13) de que o Brasil é país signatário, tendo sido a referida convenção internacional incorporada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n.º 21.713, de 27/08/1946. Esse ato internacional contém vedação expressa à utilização da investigação como meio de prova para atribuição de responsabilidade.

A inviabilidade da utilização da investigação SIPAER como meio de prova para imputação de responsabilidade decorre não apenas do óbice legal, mas igualmente de uma incompatibilidade lógica e sistêmica.

A investigação SIPAER, em consonância com seu caráter preventivo, conclui-se com a emissão de recomendações de segurança que levam em consideração toda e qualquer hipótese que possa ter contribuído para o acidente, centrando-se na identificação de todas as “condições inseguras” envolvidas com o fato. Reveste-se, assim, de um caráter especulativo que não se mostra adequado à imputação de responsabilidades, sobretudo na esfera penal.

O Sistema procura manter uma neutralidade, judicial e administrativa, para assegurar confiança aos investigadores e possibilitar, de modo efetivo, a prevenção de novos acidentes e o aperfeiçoamento do sistema de aviação.

Regem a investigação os seguintes princípios: a) preservação da vida humana; b) neutralidade, judicial e administrativa, na medida em que não visa à imputação de responsabilidade; c) proteção e sigilo da fonte; d) confiança; e) participação voluntária e f) máxima eficácia preventiva, o que significa que, mesmo diante de um fator cuja probabilidade de contribuição seja mínima, emitir-se-á uma recomendação de segurança a ele pertinente.

Dentre esses, merece destaque o princípio concernente ao sigilo das informações fornecidas pelos envolvidos e colaboradores da investigação e a garantia de não utilização das informações fornecidas

como prova de responsabilidade. Decerto que, inexistentes essas garantias, informações relevantes poderiam ser sonegadas pelo temor de sua aplicação para fins repressivos. Desta feita, busca-se angariar a confiança das pessoas, a fim de que disponibilizem todas as informações que possuam, as quais podem ser cruciais para a prevenção de novos acidentes.

Cabe esclarecer que a referida garantia de sigilo não se estende a aspectos fáticos (a exemplo do conteúdo da “caixa preta”), mas às conclusões do relatório, que, como visto, tem caráter especulativo.

Como características principais, é pertinente mencionar que a investigação do SIPAER não tem partes, não se submete a procedimentos e formalidades para a colheita de provas e não deve produzir efeitos negativos para pessoas determinadas. Ademais, o relatório produzido em sua conclusão não se sujeita a contraditório e não busca quantificar o grau de influência dos fatores contribuintes, diretos e indiretos, convertendo-se todos eles em recomendações de segurança, ainda que seja diminuta a probabilidade de terem de fato desencadeado o acidente.

A utilização das conclusões do relatório produzido pelo SIPAER em demandas judiciais e cíveis gera risco concreto da imputação de responsabilidade civil e/ou criminal sem fundamento causal adequado. Isso porque uma determinada condição insegura, ponderada no relatório SIPAER e utilizada para a emissão de uma recomendação de segurança pode, na realidade, não ter concorrido, efetivamente ou de modo significativo, para a ocorrência do acidente. Considerar-se, em casos tais, uma “condição insegura” desta natureza para a imputação de responsabilidade ensejaria o cometimento de injustiças.

É certo, por outro lado, que acidentes aeronáuticos podem estar diretamente relacionados a condutas penalmente puníveis, a exemplo do tipo de “atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo”, previsto no art. 261 do Código Penal, além dos crimes de lesão corporal e homicídio, em suas formas dolosa e culposa. Desta feita, necessária se faz a realização de uma investigação voltada à definição das causas do sinistro e eventuais pessoas por elas responsáveis.

Se é certo que a investigação SIPAER não tem como propósito

a definição de culpados, tal circunstância, por óbvio, não gera impedimento à atuação do Poder Judiciário, que tem como atribuição constitucional promover a responsabilização, cível e criminal, de eventuais culpados. E se não é adequado utilizar a investigação SIPAER para fins de apuração de culpa e responsabilidade, demanda-se a realização de investigação paralela com esse propósito.

Em casos tais, a competência é da Polícia Federal, na condição de polícia judiciária da União, haja vista que o processamento dos delitos praticados será da competência da Justiça Federal. Isso em virtude do disposto no art. 109, I e IX, da Constituição Federal, bem assim no art. 21, XII, "c", e XXVII da Constituição Federal, que atribui à União a competência para explorar a infraestrutura aeroportuária e executar os serviços de polícia aeroportuária, do que resulta o inegável interesse da União quanto aos crimes cometidos em prejuízo desses serviços.

A investigação criminal atém-se às causas do acidente e não aos fatores contribuintes de modo amplo. Preocupa-se não com meras hipóteses, mas com condições que tenham de fato interferido na ocorrência do sinistro.

Devem coexistir, então, as investigações do SIPAER e a da polícia judiciária, mercê da antevista inviabilidade de utilização da primeira para atribuição de culpa e, por outro lado, diante da necessidade de se perquirir acerca de possíveis culpados pelo sinistro, a quem o sistema jurídico atribui responsabilidades no âmbito cível, administrativo e penal.

Mais do que coexistirem, essas investigações devem ser efetivamente concomitantes, a fim de que não haja prejuízo à apuração criminal em decorrência da realização de provas irrepetíveis pela autoridade aeronáutica. Certo que a legislação atribui prioridade de acesso aos destroços à autoridade aeronáutica, se não forem adotadas providências imediatas para o desenvolvimento, par e passo, das atividades do CENIPA e da polícia, uma atuação intempestiva da polícia judiciária pode conduzir à perda de informações importantes.

Embora inexista, atualmente, um protocolo formal entre as autoridades aeronáutica e policial coordenando as atividades relativas aos vestígios do acidente, é reconhecidamente possível o

compartilhamento dos dados factuais e não se questiona a necessidade de que as investigações aconteçam paralelamente, mormente porque os destroços são indivisíveis e perecíveis.

As restrições à utilização do relatório SIPAER para fins de apuração de responsabilidade repercutem não apenas na atividade de investigação criminal pré-processual, mas também na atividade judicante, na medida em que o julgamento de eventuais processos criminais deve ter como norte as provas colhidas na investigação policial, além, naturalmente, daquelas produzidas em juízo, sob o crivo do contraditório.

Em que pese a possibilidade de compartilhamento dos dados fáticos (laudos de engenharia, transcrições de comunicações e de dados de voo) colhidos pelo SIPAER em sua atividade investigativa, há de se ter cuidado para que não sejam trazidas aos autos as análises feitas e conclusões tomadas a partir desses dados, que, baseadas em hipóteses e conjecturas probabilísticas, podem levar o julgador a conclusões errôneas.

3 CONCLUSÃO

A complexidade da atividade de aviação, o seu acentuado crescimento nos últimos anos e as proporções de alguns dos acidentes ocorridos, inclusive no Brasil, no mais das vezes com grande número de vítimas fatais, evidenciam a atualidade e relevância dos questionamentos em torno da investigação desses eventos.

Como analisado neste estudo, essa atividade investigativa possui dupla vertente.

De um lado, busca-se identificar quaisquer “situações inseguras” que possam ter contribuído, ainda que minimamente, para a ocorrência do evento, emitindo-se, a partir daí, recomendações de segurança que têm por finalidade evitar novos sinistros e, em última análise, preservar vidas.

Noutra quadra, havendo a possibilidade de que tais sinistros tenham como causa ações humanas, dolosas ou culposas, emerge a possibilidade de que estas encerrem condutas penalmente puníveis,

de onde se extrai a necessidade de uma investigação voltada para esse objetivo, isto é, para a imputação de responsabilidade. Nessa seara, procura-se identificar quais as causas efetivamente determinantes para o evento e as pessoas a quem pode ser atribuída a correspondente responsabilidade.

Diversamente do que se poderia imaginar num primeiro momento, essas atividades investigativas, exatamente por terem finalidades distintas, baseiam-se em princípios e premissas diferentes e, sendo assim, não se confundem. No Brasil são, inclusive, atribuídas a órgãos diferentes. Enquanto a primeira incumbe ao CENIPA, órgão central do SIPAER (Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos), a segunda é atribuição da polícia judiciária.

Entrementes, não há propriamente um antagonismo entre elas. Ao revés, devem coexistir harmonicamente, no interesse do esclarecimento da verdade real e material e da preservação da vida humana.

A atuação do Poder Judiciário, nesse particular, mostra-se de extrema relevância, na medida em que pode contribuir para que esses interesses sejam preservados e para evitar o cometimento de equívocos que, no âmbito da responsabilização, sobretudo criminal, poderia dar ensejo a julgamentos injustos.

AERONAUTICAL ACCIDENT INVESTIGATION AND DETERMINATION OF CRIMINAL LIABILITY

ABSTRACT: The determination of the causes and contributing factors of aeronautical accidents and incidents serves two main distinct purposes: the prevention of new occurrences and definition of liabilities. On the one hand, it seeks to identify any unsafe conditions that may have contributed to the occurrence of the event. On the other hand, if there is the possibility that such events may have been caused by human actions, either intentionally or not, there is the possibility that these actions encompass criminally punishable conducts, and, therefore, an investigation with the objective of determining liabilities may be necessary. Within this context, this paper aims to both distinguish these two aspects and to show the possibility of harmonization between them.

KEYWORDS: SIPAER investigation. Criminal investigation. Flight safety. Criminal liability.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21713.htm>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Código Penal (1940). Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SEGURANÇA DE VOO: ANÁLISE DE CASO CONCRETO DE USO DO RELATÓRIO SIPAER EM PROCESSO JUDICIAL

Marcos Antônio Garapa de Carvalho¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Ronaldo Bernardi/RBS

RESUMO: Este artigo tem por objetivo analisar o caso concreto de uso de Relatório Final emitido pelo CENIPA – acerca do acidente aeronáutico envolvendo o Boeing 737-400 da Transbrasil, ocorrido no aeroporto Salgado Filho em 27/02/2000 – em processo judicial. Os resultados mostram, sobretudo, que não se pode prescindir de vários dos elementos colhidos na investigação SIPAER como suporte para a decisão judicial, sob pena de se privar o Poder Judiciário de informações mais detalhadas sobre o sinistro aeronáutico. Entretanto, a fim de se preservar a natureza preventiva das ações do SIPAER, e suas características de inquérito de instrução livre e informal, deve-se limitar o uso das informações colhidas a tudo que diga respeito às situações de fato observáveis, sem incursionar por digressões sobre os fatores contribuintes.

¹ Juiz Federal Substituto da 5ª Vara - SE

PALAVRAS-CHAVE: Acidente aeronáutico. Relatório SIPAER. Processo judicial. Prevenção de acidentes.

1 INTRODUÇÃO

O processo judicial pressupõe a existência de um conflito de pretensões resistidas entre pelo menos duas partes, que reclama a intervenção do Poder Judiciário como autor imparcial e equidistante, de modo a se restabelecer a necessária pacificação social.

Estruturado de modo dialético, observando obrigatoriamente a marcha para adiante e buscando sempre uma solução final que restabeleça a higidez do tecido social lesionado, sua configuração lógica não pressupõe dúvidas, mas certezas, a fim de se poder chegar a um desfecho que conjugue o legal (aquilo admitido como razoável pela ordem social posta) e o justo (o que o ser humano médio espera da ordem natural das coisas), na medida do possível.

Assim, o processo judicial não tolera situações de perplexidade e em que não se consiga estabelecer a responsabilidade de cada um dos atores envolvidos em relação aos fatos postos sob a apreciação do juiz, em determinado evento.

Por outro lado, em razão do nível tecnológico dos meios utilizados, da magnitude dos valores envolvidos, econômicos, humanos e institucionais², de um modo geral, a operação de aeronaves é algo complexo, muito mais quando ocorre um sinistro qualquer envolvendo uma delas, seja pelos prejuízos causados diretamente aos envolvidos, seja pelo grande impacto psicológico que qualquer sinistro aéreo determina nas pessoas.

Num acidente aeronáutico³, o conjunto de fatores envolvidos – humanos, técnicos, materiais, climáticos, atmosféricos – é tão grande e

2 É notório que os custos de operação de qualquer aeronave são altíssimos, além do que a indústria aeroespacial emprega milhares de trabalhadores de modo direto e outros milhares de modo indireto, sem mencionar a importância estratégica da navegação aérea para o desenvolvimento econômico e a proteção das soberanias no mundo todo. Por essas razões, tal segmento econômico conta sempre, e em qualquer local do globo, com incentivos do Estado (cf. Relatório de Acompanhamento Setorial – Indústria Aeronáutica. Volume I. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. Março de 2008, p. 6. Disponível em: <www.abdi.com.br/Estudo/Aeronautico%20-%20março08.pdf>. Acesso em: 25 maio 2012).

3 Aqui se está a utilizar o conceito previsto na NSCA 3-1/2008 (Portaria EMAER n.º 73/CEN, de 31 de outubro de 2008, e Portaria EMAER n.º 16/CEN, de 17 de março de 2009).

tamanho são as possibilidades de interação entre eles, que uma simples perícia a cargo de dois peritos juramentados (como exige, por exemplo, o Código de Processo Penal) não será suficiente para se determinar suas causas.

Por isso que, na maioria das vezes, o Judiciário lança mão do relatório produzido pelos investigadores do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER, mais conhecido como “relatório SIPAER”, como elemento de prova para solução das controvérsias envolvendo tal tipo de sinistro.

O problema é que, apesar de minucioso e exaustivo, o relatório SIPAER⁴ tem objetivo diverso daquele que teria, por exemplo, uma ação cautelar de produção antecipada de provas, em que se produzisse uma série de laudos técnicos sobre as condições da ocorrência; ou um inquérito policial para determinar a responsabilização criminal de quem quer que seja.

O REL-SIPAER visa ao futuro, à melhoria das condições de operação de aeronaves e à eliminação máxima possível dos fatores contribuintes de ocorrências da mesma espécie, sem preocupação com responsabilização de quem quer que seja⁵; enquanto qualquer meio de prova judicial ou extrajudicial visa ao passado, à reconstituição dos fatos, de modo a imputar a alguém a responsabilidade pelo evento. Em um, o foco é prevenir; no outro, punir. Um trabalha com probabilidades e especulações, enquanto o outro com certezas, ainda que relativas.

Assim, não se pode simplesmente utilizar todas as conclusões do REL-SIPAER como premissas inegáveis no âmbito de uma demanda judicial, sob pena de se elevar mero fator contribuinte (elemento incidental que pode ter tido alguma participação no sinistro) à condição de causa eficiente de um evento às vezes catastrófico, com riscos mesmo à regressão ao infinito em matéria de nexos causal, o que é rechaçado pelo ordenamento jurídico.

Também não se pode descartá-lo, pois em razão do apuro técnico utilizado em sua confecção e na relativa imparcialidade dos

4 Doravante denominado apenas REL-SIPAER.

5 Anexo XIII da Convenção de Chicago (Convenção sobre Aviação Civil Internacional, Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946).

investigadores, alguns dos seus levantamentos⁶ são imprescindíveis para a solução de controvérsias que, não fosse o REL-SIPAER, talvez não tivessem uma solução justa.

Neste artigo, procurar-se-á analisar justamente um acidente aeronáutico em que o REL-SIPAER foi utilizado pelo Judiciário como elemento informativo do processo, que culminou com a solução aparentemente justa para a questão.

2 O ACIDENTE E SUA ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO

O caso aqui analisado ocorreu em 27/02/2000 e foi objeto de uma ação civil proposta por um dos pilotos contra a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, visando à sua indenização por danos materiais (pagamento de pensão vitalícia) e danos morais sofridos em razão do acidente.

Em resumo, uma aeronave Boeing 737-400 da Transbrasil Linhas Aéreas decolou do Aeroporto Internacional de Guarulhos, em São Paulo, com destino a Porto Alegre, sendo que o voo transcorreu normalmente até a aterrissagem no Aeroporto Salgado Filho.

Apesar de não ter havido nenhuma falha da máquina ou da equipe de voo⁷, o avião não conseguiu parar na pista do aeródromo, ultrapassou os limites de pouso e colidiu com uma vala.

No acidente, a aeronave sofreu danos graves, três passageiros sofreram lesões leves, os demais ficaram ilesos; e o piloto passou a fazer tratamento psiquiátrico após o fato e, tempos depois, foi aposentado por invalidez em razão do trauma, pois foi considerado incapacitado definitivamente para pilotar aeronaves.

Na ação judicial que tramitou na Seção Judiciária do Rio de Janeiro (processo n.º 2001.51.01.023015-6), a INFRAERO foi condenada a pagar pensão vitalícia ao piloto aposentado, no montante mensal de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), além de uma indenização por dano moral no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); condenação confirmada

6 Especialmente os laudos e as conclusões técnicas, além dos elementos de fato apurados durante a investigação.

7 Conclusões do REL-SIPAER.

em 2ª instância (Apelação Cível – AC n.º 417289/RJ – processo n.º 0023015-92.2001.4.02.5101).

Segundo se depreende da análise do voto vencedor dos recursos no âmbito do Tribunal Regional Federal - TRF da 2ª Região, tanto a condenação de primeiro grau como a do segundo basearam-se, principalmente, nos aspectos técnicos do REL-SIPAER e nos dados dos gravadores da aeronave, especialmente do FDR (*Flight Data Recorder*); concluindo que as causas eficientes do acidente aeronáutico foram a transmissão errônea ao piloto das informações das condições meteorológicas da pista de pouso pelo controle aéreo do aeródromo, em razão da inexistência de Estação Meteorológica de Superfície (EMS) na área da pista do Aeroporto Salgado Filho, que havia sido desativada cerca de dois meses antes; e a deficiência de atrito da parte final desta última, provocada por emborrachamento.

A discrepância entre a informação da velocidade e direção dos ventos transmitida pela torre de controle (distante cerca de três quilômetros do local do pouso) fez com que a tripulação fosse surpreendida por rajadas e “tesoura de vento” (*windshear*) de velocidades acima das suportadas pela aeronave, em ambiente de chuva e em que a pista apresentava área emborrachada.

Os ventos fizeram com que o avião flutuasse sobre a pista sem tocá-la, num trecho de aproximadamente mil metros, percorresse a distância de um mil e quatrocentos metros após o toque no solo e, por isso, ultrapassasse os limites da aterrissagem e só parasse ao colidir com uma vala, em razão, também, das deficiência do atrito da pista, provocada pelo fenômeno do seu emborrachamento.

No voto, faz-se uma análise dos dados técnicos levantados no REL-SIPAER, desde as condições pessoais de saúde e repouso dos pilotos; a conversação deles no ambiente da cabine acerca das condições do tempo na chegada a Porto Alegre, inclusive sobre a possibilidade de encontrarem “tesoura de vento”; passando pela adequação do procedimento de descida e dos ajustes da aeronave de acordo com os dados passados pela torre de controle.

Prosseguindo na análise do REL-SIPAER, o TRF da 2ª Região verificou que a velocidade do vento suportada pela aeronave no

momento do pouso (42 kt) era em muito superior àquela informada pela torre de controle (20 a 30 kt) e mesmo acima do suportado pelo avião (33 kt de limite operacional).

Assim, devido ao inesperado “vento de cauda”, a aeronave não tocou efetivamente o solo por aproximadamente 1.000 m (um mil metros) e, ao tocar, o trecho da pista em que se deu o toque apresentava aéreas em que o coeficiente de atrito estava no limite do recomendado ou abaixo dele (0,50 μ); fato que foi reforçado pelas conclusões do laudo técnico da perícia realizada nos pneus do avião pelo fabricante e pela perícia executada na pista 8 (oito) dias depois do acidente, que concluiu pela existência de áreas emborrachadas, tanto que a INFRAERO iniciou trabalhos de desemborrachamento um mês após o sinistro, a fim de aumentar o atrito.

O TRF da 2ª Região afastou as alegações da INFRAERO - que pretendia evitar o dever de indenizar o piloto, alegando que o acidente decorreu do excesso de confiança da tripulação e da não obrigatoriedade do EMS - reconhecendo não ter havido excesso de confiança da equipe de voo, mas decisão técnica (pilotagem) de acordo com as informações – erradas – passadas pela torre de controle; e que, apesar de não-obrigatório, o EMS era indispensável à segurança da operação daquele aeródromo, tanto que o REL-SIPAER teria determinado⁸ o imediato alerta a todos os aeronavegantes acerca da “ausência de informações meteorológicas de superfície em aeródromos que dispunham desse mecanismo”.

Concluiu, pois, o TRF da 2ª Região que a INFRAERO foi responsável por omissão em relação à manutenção do funcionamento do EMS ou de aparelhagem redundante, que pudesse fornecer os dados meteorológicos do aeródromo aos pilotos, bem como em relação às deficiências de atrito da parte final da pista do Aeroporto Salgado Filho.

3 EMPREGO DO REL-SIPAER COMO SUPORTE DA DECISÃO JUDICIAL

Na ação indenizatória acima analisada, pode-se dizer que houve emprego adequado e inadequado, ao mesmo tempo, do REL-SIPAER.

⁸ Aqui vê-se uso inadequado de recomendação como se ordem fosse.

Por adequado podemos dizer todas aquelas conclusões e raciocínios fundados nos fatos apurados no âmbito da investigação e noticiados no relatório, ainda que impregnados, alguns, das análises subjetivas dos investigadores, especialmente: a) as condições operacionais da aeronave; b) as condições de saúde, de carga de trabalho e capacitação técnica dos pilotos (habilitação para aquele tipo de avião); c) as condições de fato em que se deram os procedimentos de aproximação e descida da aeronave, especialmente a observância dos parâmetros normatizados para a situação em que a tripulação pensava estar; d) a não ocorrência de falhas na máquina em qualquer instante do pouso; e) à interferência dos fatores clima (“vento de cauda”) e pista (“emborrachada”) no sinistro.

Efetivamente, talvez nenhuma perícia judicialmente determinada no âmbito daquele processo civil pudesse descer a detalhes tão minuciosos como aqueles apontados no REL-SIPAER acerca daquele voo e daquela aterrissagem, pois só seria possível reconstruir aquela ocorrência, talvez, por meio de uma perícia complexa que envolvesse técnicos das áreas de engenharia civil, engenharia aeroespacial, meteorologia, especialistas em navegação aérea etc.; empreitada quase que impossível, seja pelos custos seja pela impossibilidade material de se ter acesso aos dados brutos, conforme colhidos logo após o sinistro ou pouco tempo depois.

Por outro lado, parece ter havido emprego inadequado do REL-SIPAER principalmente em relação à abordagem de algumas de suas premissas e das suas recomendações.

Ao enfrentar a questão do excesso de confiança dos pilotos na aterrissagem, o REL-SIPAER não parece ter tratado de tal ponto como se uma premissa verdadeira fosse, mas como um possível fator contribuinte para a ocorrência do sinistro do modo que ocorreu, já que não se pode deixar de lembrar que outras aeronaves do mesmo porte devem ter decolado e aterrissado naquele aeródromo no mesmo dia e talvez nas mesmas condições de tempo, sem que qualquer incidente tivesse ocorrido. E, numa investigação de acidentes visando a prevenir para que outros não venham a ocorrer, qualquer fator contribuinte, por mais irrelevante que possa parecer, deve ser levado em conta, a fim de servir de alerta para os demais operadores de aeronaves.

Assim, o investigador do REL-SIPAER deve ter ponderado⁹ tal conclusão em razão do que ouviu nos diálogos da cabine de comando, conjugado com o número de horas de voo dos pilotos a bordo da aeronave e da observação do que ordinariamente acontece no meio aeronáutico.

Talvez se o juiz da causa tivesse requisitado à INFRAERO o número de pousos e decolagens de aviões do mesmo porte, bem como as configurações de cada um dos voos, naquele dia no mesmo aeródromo, e fizesse uma comparação entre tais elementos de fato, fosse possível concluir pela existência de alguma culpa concorrente da tripulação, que, pela experiência, deveria ter adotado outra postura no procedimento de descida; o que poderia ter mitigado a responsabilidade da empresa pública, sem excluí-la.

Outro ponto abordado de modo inadequado, pelo menos do ponto de vista da Convenção de Chicago, vem a ser a leitura das recomendações do REL-SIPAER como se determinações fossem, quando na verdade elas somente passam a ter esta força vinculante em relação ao pessoal da Força Aérea Brasileira – FAB, já que o CENIPA – Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos é unidade integrante daquela Força Armada. Em relação aos demais elos SIPAER, continuam a ser recomendações de segurança, até que a ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil edite norma tornando alguma delas cogente.

Ainda que aquelas recomendações pudessem servir como indícios de que algo haveria de ser alterado nas rotinas das empresas aéreas, da empresa pública e do sistema de controle aéreo, não há como delas inferir que aquele sinistro ocorreu do modo como se deu por conta única e exclusivamente dos fatores contribuintes listados no REL-SIPAER.

4 CONCLUSÃO

Assim, na breve análise do caso concreto acima exposto, vê-se como não se pode prescindir de vários dos elementos colhidos no REL-SIPAER como suportes para a decisão judicial, sob pena de se

⁹ Aqui se faz ilação sobre este ponto, pois não se teve acesso ao inteiro teor do relatório.

privar o Poder Judiciário das informações mais detalhadas possíveis sobre determinado sinistro aeronáutico, em razão não só do nível de especialização técnica, mas, sobretudo, pelos elevados custos de uma perícia judicial de porte equivalente, o que muitas vezes inviabilizaria a defesa do direito da parte em juízo.

A fim de se preservar a natureza preventiva das ações do REL-SIPAER e suas características de inquérito de instrução livre e informal, que conta com a colaboração espontânea dos diversos atores envolvidos na operação de aeronaves, deve-se limitar o uso das informações colhidas em seu âmbito a tudo que diga respeito às situações de fato observáveis, sem incursionar por digressões sobre os fatores contribuintes. Tanto mais que uma tal análise do que determinou a ocorrência de tal ou qual fato é do juiz, no âmbito do processo judicial, e não dos peritos. E aquele deve lançar mão justamente do que importa para dar solução justa ao caso que lhe é submetido: as informações de fato trazidas aos autos pelas partes, sejam elas oriundas de onde forem, desde que obtidas por meio lícito.

Dessa forma, preservar-se-á ao mesmo tempo o escopo do REL-SIPAER - prevenir acidentes aéreos - e o da jurisdição - pacificar controvérsias sociais no menor tempo possível, da melhor maneira possível e ao menor custo possível.

THE ROLE OF THE JUDICIARY IN FLIGHT SAFETY: CASE STUDY OF A SIPAER REPORT USE IN A LAWSUIT

ABSTRACT: This article aims at analyzing the case of use of the CENIPA-issued Final Report of the accident involving the Transbrasil Boeing 737-400 aircraft at the Salgado Filho Airport on 27/Feb/2000 - in a lawsuit. The results show, primarily, that one can not do without many of the elements collected in the SIPAER investigation as a support for the court, if one does not want to deprive the judiciary of more detailed information on the aeronautical accident. However, in order to preserve the preventative nature of the SIPAER actions, as well as the characteristics of a free and informal investigation, it is necessary to limit the use of the information collected to what relates to observable-fact situations, without going into digressions on the contributing factors.

KEYWORDS: Aeronautical accident. SIPAER report. Lawsuit. Accident prevention.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL. **Relatório de Acompanhamento Setorial – Indústria Aeronáutica**. Volume I. Março de 2008. Disponível em: <www.abdi.com.br/Estudo/Aeronautico%20-%20março08.pdf>. Acesso em: 25 maio 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Portaria EMAER nº 73/CEN, de 31 de outubro de 2008. Aprova a reedição da NSCA 3-1, que dispõe sobre Conceituações de Vocábulos, Expressões e Símbolos de Uso no SIPAER.

BRASIL. Portaria EMAER nº 16/CEN, de 17 de março de 2009. Aprova a modificação da NSCA 3-1, que dispõe sobre Conceituações de Vocábulos, Expressões e Símbolos de Uso no SIPAER. I

HONORATO, Marcelo (Org.). **O papel do Poder Judiciário na segurança de voo**. In: CURSO O papel do Poder Judiciário na segurança de voo, 2012, Recife: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região – ESMAFE5 . 1 CD.

A INVESTIGAÇÃO SIPAER E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Arizona D'Ávila Saporiti Araújo Júnior¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Adriano Lima/Foto Arena/Agência Estado

RESUMO: Tem-se mostrado recorrente entre os operadores da aviação a preocupação com o uso de informações colhidas durante a investigação SIPAER para fins criminais, cíveis e até mesmo trabalhistas. Em essência, tal preocupação consiste em não produzir prova contra si mesmo. Noutro giro, os operadores do Direito veem-se, por dever dos seus ofícios, obrigados a colher o máximo de informações (provas) para dar a cada caso concreto uma solução jurídica adequada. Este trabalho discorre acerca dessa complexa dinâmica social em que se encontra a prevenção de novos acidentes aeronáuticos. O resultado final mostra que a conjugação lógica dos

1 Juiz Auditor Militar da Justiça Militar da União (JMU)

diferentes dispositivos legais que incidem sobre o fato permite uma solução adequada, viabilizando a investigação e a prevenção de acidentes aeronáuticos e, ao mesmo tempo, assegurando ao Estado a apuração criminal das causas do sinistro com vistas a responsabilizar quem de direito, se for o caso.

PALAVRAS-CHAVE: Investigação SIPAER. Apuração criminal. Poder Judiciário.

Nos dias 25 a 27 de abril de 2012, teve lugar o Seminário denominado “O papel do Poder Judiciário na segurança de voo”. Referido evento foi realizado pela Escola da Magistratura Federal da 5ª Região – ESMAFE, em Recife-PE, com apoio dos seguintes órgãos: Segundo Comando Aéreo Regional (II COMAR), Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA) e Segundo Serviço Regional de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (SERIPA II). Esses últimos integram o Sistema de Prevenção e Investigação de Acidentes Aeronáuticos (SIPAER).

Como parte daqueles trabalhos, passa-se ao exame de um caso concreto bastante recente. O *thema* abordado diz respeito fundamentalmente ao seguinte assunto daquele seminário: “A investigação SIPAER e a atuação do Poder Judiciário”. Não obstante, tangencia outro assunto, a saber: “O Direito Penal no acidente aeronáutico”.

É de conhecimento geral que um sinistro na aviação traz graves consequências; a maior delas, mortes. A perda de vidas e de patrimônio de grande valor deságuam naturalmente em várias questões. O setor público, enquanto responsável geral pela atividade aeronáutica, procura descobrir a causa do sinistro para evitar que ele se repita. Enquanto responsável pela ordem jurídica (penal, cível e trabalhista), busca definir se há responsabilidades a serem imputadas e, na hipótese afirmativa, a quem (pessoa física e/ou jurídica). Por seu turno, os particulares atingidos procuram ressarcimento dos danos materiais e morais sofridos (vítimas, parentes das vítimas, companhias seguradoras em segundo momento, etc.).

Fácil ver, portanto, que os múltiplos interesses em marcha podem

se tornar conflitantes em dado momento. E é isso que via de regra ocorre nos acidentes aeronáuticos de porte significativo.

Cabe ao Estado mediar tal conflito. Não se fala aqui apenas na demanda judicial, no processo. Isso porque tais conflitos podem surgir já na investigação criminal, sendo comum que ocorram. E é o Poder Judiciário quem tem a missão constitucional de decidir tais casos.

Tem-se mostrado recorrente entre os operadores da aviação a preocupação com o uso de informações colhidas durante a investigação SIPAER para fins criminais, cíveis e até mesmo trabalhistas. Em essência, tal preocupação consiste em não produzir prova contra si mesmo.

Noutro giro, os operadores do Direito – policiais, advogados, promotores e juízes – veem-se, por dever dos seus ofícios, obrigados a colher o máximo de informações (provas) para dar a cada caso concreto uma solução jurídica adequada.

No meio dessa complexa dinâmica social é que se encontra a prevenção de novos acidentes aeronáuticos. De um lado, tal atividade carece das preciosas informações que certos operadores possuem sobre o fato. De outro, estes têm o dever legal de subsidiar com informações os diversos entes públicos envolvidos com tal assunto.

Em verdade, é apenas aparente o antagonismo entre aquelas, todas de fundamental importância para a coletividade. A solução para esse “enigma da esfinge” está na hermenêutica jurídica. Em outras palavras, deve-se interpretar de modo lógico e sistemático o conjunto de normas legais que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da premissa acima é que se chegou à solução a seguir exposta, aplicada, como dito antes, a recente caso concreto. Trata-se da queda de uma aeronave militar, no ano de 2011, no Estado do Rio Grande do Norte. O piloto faleceu no pesaroso episódio.

Vistos e examinados (...)

Foram juntados, dentre outros, os seguintes documentos:

- a) comunicação de acidente (fl. 5);
- b) termo de coleta de material genético (fl. 6);
- c) exame de vínculo genético de filiação (fls. 40/43);
- d) fotografias (fls. 45/46);

- e) certidão de óbito (fls. 47 e 74);
- f) registro de inspeções e manutenção (fls. 49/50);
- g) degrevação de comunicações orais (fls. 52/61);
- h) ofício nº 75/AJU/5239 – CENIPA (fls. 77/78); e
- i) CD, contendo registro de dados da “caixa-preta” (fl. 91);

Findas as investigações, o Sr. Encarregado do IPM não detectou nenhum fator contribuinte para o acidente, concluindo pela inexistência de dolo ou culpa (fls. 63/64). O Sr. Comandante (...) concluiu que os fatos apurados não configuram crime militar (fl. 66).

Para melhor apurar o fato, o Exm^o Sr. Dr. Procurador Militar requer a remessa do laudo de perícia técnica realizada no equipamento de gravação dos dados (caixa preta) daquela aeronave militar (fls. 72/72v e 80).

Esses os fatos.

Os eventos sinalizados nesses autos redundaram no falecimento do ... (nome do piloto) e poderão ser mais bem esclarecidos com a reconstituição dos momentos finais da queda da aeronave militar, caso os dados de voo contidos no equipamento de gravação (caixa-preta) possam ser recuperados.

É trazida à colação neste átimo, pela pertinência *in casu*, escoreita decisão da MM. Juíza Federal Substituta da 13^a Vara Federal desta capital, Dr^a Flávia Tavares Dantas em situação semelhante, relativa a acidente recente com aeronave civil nesta capital:

‘Nesse contexto, não há dúvidas quanto à necessidade e conveniência de ter a autoridade policial presidente do inquérito acesso às informações e provas técnicas produzidas pela autoridade aeronáutica, capazes de elucidar as circunstâncias em que ocorrido o fato e subsidiar as provas técnicas a serem produzidas pela própria Polícia Federal.

É que a Autoridade Aeronáutica, a teor do art. 89 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei Federal n. 7.656, de 26 de dezembro de 1986), em

interpretação a *contrario sensu*, detém prioridade de acesso aos destroços de aeronave acidentada, norma essa especial em relação ao CPP.

Desse modo, todas as pesquisas e análises de materiais irão ocorrer, primeiramente, sob o escopo do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (arts. 86 a 93 do CBA). Por outro lado, tal prioridade não pode, por outra vertente, inviabilizar a atuação dos órgãos policiais e jurisdicionais, na determinação da responsabilidade civil e penal.

Porém, há que se realizar elementar diferenciação das informações ora requeridas, sob pena de se violar a Convenção de Chicago de 1944 (especialmente seu Anexo 13), diploma do qual a República Federativa do Brasil é signatária (Decreto n. 21.713, de 27.08.1946) e ainda trazer ao inquérito policial informações técnicas imprestáveis à persecução penal.

É que, ao lado dos destroços e de suas específicas análises técnicas, como laudos de engenharia de falhas de determinadas partes da aeronave acidentada e transcrição de dados e comunicações, informações essas fáticas, também são produzidas, pelo CENIPA, análises específicas, relacionadas à atividade de prevenção de acidentes aeronáuticos.

Essa atividade, segundo estabelece o item 3 do Anexo 13 da Convenção de Chicago, possui como objetivo único a prevenção de acidentes aeronáuticos, não sendo propósito de tal investigação imputar culpa ou responsabilidade. Portanto, a incorporação de informações deste quilate ao inquérito policial contraria diploma internacional ao qual o Brasil é vinculado.

Paralelamente à inviabilidade objetiva acima referida, há que se considerar que a investigação realizada pelo CENIPA, segundo a Norma de Sistema do Comando da Aeronáutica (NSCA) 3-8/2008 (Item 4.1, fl. 30)², busca fatores contribuintes ao acidente e não suas causas, levando em consideração hipóteses e conjecturas probabilísticas, de forma a evitar novas ocorrências.

2 Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/index.php/legisla%C3%A7%C3%A3o/category/1-nasca-norma-do-sistema-do-comando-da-aeronautica->>. Acesso em: 20 jun.2012.

Ou seja, a investigação do CENIPA, fruto de análise de laudos de engenharia, transcrições de comunicações e de dados de voo, detém elementos lógicos diferentes do processo penal, cenário que poderá levar o julgador a conclusões errôneas.

Portanto, além da incompatibilidade objetiva, fruto de restrição de norma internacional, a investigação do CENIPA também detém forte incompatibilidade subjetiva, pois não procura dolo e culpa, e também incompatibilidade lógica, pois não pesquisa causas, mas meros fatores contribuintes, ainda que sejam simples hipóteses.

Ainda há que se registrar a realização de entrevistas com diversos profissionais (NSCA 3-6, nota 1, fl. 33), pelos investigadores do CENIPA, oportunidade em que diversas declarações são coletadas, sob a condição de não utilização para fins judiciais. Nesse sentido, obedecendo ao postulado do *“nemo tenetur se detegere”*, tais entrevistas também devem ser mantidas exclusivamente para emprego da investigação do CENIPA, sendo que eventuais provas testemunhais necessárias devem ser produzidas seguindo as regras da lei adjetiva penal.

Nesse sentido, há que se restringir a incorporação de relatórios produzidos pelo Sistema de Investigação de Acidentes Aeronáuticos, derivados de análises de laudos de engenharia, transcrições de comunicações e de dados de vôo, assim como entrevistas prestadas por quaisquer pessoas, sob a condição de não emprego para fins judiciais, obedecendo ao princípio da ‘não autoincriminação’.

Deve ser acolhido, porém, o pedido formulado, no sentido de determinar-se ao CENIPA que seja dado à Polícia Federal acesso às provas técnicas de engenharia e aos dados fáticos colhidos no âmbito da investigação da queda da aeronave LET 410, da empresa NOAR Linhas Aéreas, que fazia o vôo 4896, aí se incluindo os arquivos degravados, FDR e CVR (gravação de dados e de comunicação interna), análises de engenharia e laudos técnicos de falhas.

Outrossim, existindo nos autos notícia de que ainda se encontram pendentes diligências relativas aos materiais resgatados, inclusive os exames nos motores,

entendo oportuno, igualmente, determinar, por ora, a manutenção dos destroços da aeronave LET 410 sob custódia e depósito da autoridade aeronáutica, consoante determina o art. 89 do CBA, que deverá informar a este juízo quando da conclusão de todas as diligências e perícias a seu cargo.

Destarte,

DEFIRO em termos o pleito ministerial.

Requisite-se ao CENIPA que envie a este Juízo, no prazo de 10 (dez) dias, o laudo da perícia técnica realizada no equipamento de gravação dos dados (caixa preta) daquela aeronave militar. Tal documento poderá abranger as provas técnicas produzidas e os dados fáticos colhidos no âmbito da investigação das causas da queda da aeronave, incluindo arquivos degravados, FDR (gravação de dados), análises de material e laudos complementares, exceto os relatórios SIPAER e entrevistas coletadas pela Autoridade Aeronáutica sob condição de não emprego em ações judiciais³.

Na hipótese do referido laudo ainda não estar concluído, deverá ser informado incontinenti o prazo previsto para sua conclusão.

Aguarde-se até (...).'

Da decisão retro não houve recurso.

Como se vê, a conjugação lógica dos diferentes dispositivos legais que incidem sobre o fato permite uma solução adequada. E isso implica sempre tomar por norte nossa Constituição Federal.

Por um lado é viabilizada a investigação e a prevenção de acidentes aeronáuticos, assegurando o sigilo de informações prestadas com tal caráter. Seja porque o Brasil é signatário de acordo internacional nesse sentido, seja porque repugna à legalidade do Estado de Direito um agente do Poder Público assegurar ao cidadão o sigilo de uma informação e outro, em seguida, afastar aquele sigilo em nome do mesmo Poder Público.

Por outro lado, a investigação SIPAER não impede o Estado e os particulares lesados, nem poderia fazê-lo, de apurar criminalmente as causas do sinistro para responsabilizar quem de direito, se for o caso.

3 Destaque não existente no original.

É importante ressaltar que do ponto de vista penal somente é considerada criminosa a culpa derivada de negligência, imperícia ou imprudência. O erro puro e simples, divorciado dessas três espécies, inerente ao risco típico da atividade aérea e à falível condição humana, pode acarretar no máximo responsabilidade civil ou trabalhista, não criminal. Contudo, a investigação deste último erro também deve realizada em procedimento específico, o qual não pode recorrer aos dados protegidos da investigação SIPAER.

É certo que sob a maioria dos aspectos não há diferença entre acidente com aeronave civil e militar. Por essa razão também não existe grande diferença quanto à prevenção e apuração dos respectivos fatos – excetuam-se equipamentos sensíveis, documentos sigilosos, etc. Daí porque, em regra, o tratamento dispensado a ambos deve ser similar.

Logo, repita-se que “além da incompatibilidade objetiva, fruto de restrição de norma internacional, a investigação do CENIPA também detém forte incompatibilidade subjetiva, pois não procura dolo e culpa, e também incompatibilidade lógica, pois não pesquisa causas, mas meros fatores contribuintes, ainda que sejam simples hipóteses.”

Ao operador da aviação cabe cooperar com seus colegas, com sua instituição/empresa e com o Poder Público para preservar e ampliar a segurança de tal atividade. E isso implica, dentre outras condutas relevantes, colaborar de forma voluntária e irrestrita com a investigação SIPAER.

Ao órgão que realiza a investigação SIPAER cabe buscar todas as informações que preservem vidas, evitando novo acidente. No seu mister, deve fornecer às autoridades policiais, sem embaraço, todas as informações cuja divulgação não implique violação do sigilo legal. Quanto a essas últimas, somente poderá fornecê-las por determinação judicial.

Por fim, ao operador do Direito, cabe apurar os fatos nos limites da lei. Deve perseguir o esclarecimento do fato sem permitir, para isso, que se violem normas nacionais ou internacionais às

quais o Brasil aderiu. Em especial, sem permitir que seja sequer arranhado, muito menos afastado, o direito constitucional à não autoincriminação.

Todas essas obrigações não são apenas funcionais. São também obrigações de cunho moral, em prol do bem-comum.

Cada qual, pois, cumpra o seu papel.

SIPAER INVESTIGATION AND THE JUDICIARY PRACTICE

ABSTRACT: Aviation operators' concern about the use of information gathered during SIPAER investigations for criminal, civil, and even labor-related purposes has been shown to be recurrent. In essence, the concern has to do with not producing proof against oneself. On the other hand, Law operators - police, lawyers, prosecutors and judges – see themselves, on account of their duties, forced to gather as much information (evidence) as possible to give each case an appropriate legal solution. This paper discusses this complex social dynamics that involves the prevention of aircraft accidents' recurrence. The final result shows that the logical combination of different legal mechanisms focusing on the fact allows for an appropriate solution, fostering both investigation and prevention of aircraft accidents, while ensuring the State the determination of criminal responsibility regarding the causes of the accident in order to determine liabilities, if any.

KEYWORDS: SIPAER investigation. Criminal responsibility. Judiciary.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **NSCA 3-6: Investigação de Acidente Aeronáutico, Incidente Aeronáutico e Ocorrência de Solo**. Brasília: CENIPA, 2008.

Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/index.php/legislacao/category/1-nasca-norma-do-sistema-do-comando-da-aeronautica->>. Acesso em: 10 jun. 2012. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Justiça Federal de Pernambuco. Matéria Criminal. **IP 0010878-51.2011.4.05.8300**, Juíza Federal Flávia Tavares Dantas, PE, 09 de setembro de 2011.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA SEGURANÇA DE VOO

Sérgio Fiuza Tahim de Sousa Brasil¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Letícia Macedo/G1

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços prestados aos jurisdicionados no tocante a eventuais decisões judiciais que tenham por objeto a segurança de voo. Dentre os resultados advindos deste estudo, destaca-se que não se deve confundir a investigação administrativa com o fito de prevenir acidentes aeronáuticos, promovida pelo SIPAER, com as demais investigações que podem eclodir de um acidente aeronáutico. Sabendo-se que a investigação do SIPAER é iluminada pelo caráter preventivo de acidentes ou incidentes aéreos, apurando fatores que contribuíram, direta ou indiretamente, para a ocorrência de acidentes aeronáuticos, a utilização dos relatórios finais para qualquer propósito que não o de prevenção poderá induzir a conclusões equivocadas, carecendo extrema cautela a sua interpretação para fins judiciais.

1 Juiz Federal da 17ª Vara - CE

PALAVRAS-CHAVE: Segurança de voo. Relatório SIPAER. Poder Judiciário. Prevenção de acidentes.

1 INTRODUÇÃO

O presente *paper* tem como escopo condensar diversos pontos de discussão e reflexão provindos das variadas exposições/aulas do curso “O papel do Poder Judiciário na segurança de voo”.

Pretende-se, a partir da sistematização dos temas e ensinamentos colhidos, contribuir para a melhoria da qualidade dos serviços prestados aos jurisdicionados no que toca a eventuais decisões judiciais que tenham por objeto a segurança de voo.

2 DA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA

O art. 22, inciso I, da Constituição Federal estabelece que compete privativamente à União legislar sobre direito aeronáutico, do mesmo modo previa o art. 8.º, XVII, “b”, da Constituição pretérita.

A Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, chamada de Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), conforme confessa sua própria ementa, constitui a organização lógica de regras jurídicas relativas à aeronáutica civil no Brasil.

Logo em seu primeiro artigo, esclarece que o Direito Aeronáutico é regulado pelos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, por este Código e pela legislação complementar.

Dentre os tratados, convenções e protocolos relacionados à aviação civil internacional, destacam-se: a) a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, assinada em Chicago, em 7 de dezembro de 1944, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 7.952/45 e promulgada pelo Decreto n.º 21.713/46, assim como diversos protocolos referentes a emendas a essa Convenção; b) a Convenção para unificação de regras relativas ao transporte aéreo internacional, assinada em Varsóvia, em 1929, promulgada pelo Decreto n.º 20.704/31; c) a Convenção relativa ao reconhecimento internacional dos direitos sobre aeronaves, assinada em Genebra, em 1948, promulgada pelo Decreto n.º 33.648/63; d) Convenção sobre danos causados a terceiros na superfície, por

aeronaves estrangeiras, assinada em Roma, promulgada pelo Decreto n.º 52.019/63; e) Convenção sobre infrações praticadas a bordo, assinada em Tóquio, em 1963, promulgada pelo Decreto n.º 66.520, de 1970; f) Convenção para repressão de atos ilícitos contra a segurança da aviação civil, assinada em Montreal, em 1971, promulgada pelo Decreto n.º 72.383/73 e g) Convenção para repressão ao apoderamento ilícito de aeronaves, assinada em Haia, em 1970, promulgada pelo Decreto n.º 70.201/72.

3 DA COMPETÊNCIA

Dispõe o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565, de 1986), em seu art. 12, que ressalvadas as atribuições específicas, fixadas em lei, submetem-se às normas de orientação, coordenação, controle e fiscalização do Ministério da Aeronáutica a navegação aérea; o tráfego aéreo; a infraestrutura aeronáutica; a aeronave; a tripulação e os serviços direta ou indiretamente relacionados ao voo.

Esclarecendo o alcance do termo **infraestrutura aeronáutica**, o mesmo Código define como o conjunto de órgãos, instalações ou estruturas terrestres de apoio à navegação aérea, para promover-lhe a segurança, regularidade e eficiência, compreendendo, dentre outros, o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

Segundo a Convenção de Chicago, para fins de investigação, no caso em que a aeronave de um Estado contratante sofra ocorrência aeronáutica, 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 o provocaram.

Adotou-se, destarte, como critério de competência administrativa a do Estado do local do acidente, independentemente da nacionalidade da aeronave acidentada, podendo o Estado de registro da aeronave designar observadores.

Já em caso de acidentes em águas internacionais, a investigação compete ao Estado de Registro, sendo prevista a prestação de auxílio ao Estado de Registro pelo Estado mais próximo ao local do acidente.

No aspecto da competência jurisdicional interna, merecem destaques três incisos do art. 109 da Constituição Federal, ao definirem a competência da Justiça Federal:

Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional; (...) V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; (...) IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar.

Reconhecendo a responsabilidade da União, o que acarreta a competência da Justiça Federal, recordamos a decisão abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.
PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA
DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE AÉREO
IRRESPONSABILIDADE DA TASA.
RESPONSABILIDADE DA UNIÃO DA FEDERAL.

OCORRÊNCIA. CULPA CONCORRENTE. 1. Para a correta perquirição da responsabilidade da empresa Telecomunicações Aeronáuticas S.A. - TASA é relevante compreender que a mesma apenas operava, por força de contrato, um aeródromo de empresa privada, a ELETRONORTE, e neste, era responsável pela operação e manutenção de estação de rádio, de sistemas de auxílio à navegação aérea e da manutenção de estação meteorológica, além da manutenção dos equipamentos de geração de energia secundária, ou seja, geradores de energia elétrica. Portanto, ainda que equipado com estrutura e recursos próprios de aeroportos, se tratava de aeródromo, aliás, como tal homologado pelo Departamento de Aviação Civil para operação de aeronaves de até 125.000 libras, como informa o perito do juízo (fls. 616). De fato, Tucuruí era um aeródromo privado, operado como uma Estação Privada de Telecomunicações Aeronáuticas - EPTA, para uma empresa privada e, ainda que contasse com infra-estrutura própria de um aeroporto, não se tratava de aeródromo de caráter público e o fato de ser homologado pelo DAC, para operar com aeronaves

de até certo peso, não lhe outorgava, absolutamente, natureza de equipamento público, pois este ato apenas expressa que a fiscalização da autoridade competente constatou no local as condições mínimas necessárias para tais operações. 2. Na fase recursal, veio para os autos notícia de que uma co-autora sofreria de deficiência mental. Contudo, não passou de mera alegação, pois, ao contrário do alegado, as provas acostadas demonstram que a autora encontrava-se no gozo pleno de suas faculdades quando subscreveu a procuração para o ajuizamento da ação, quando firmou, juntamente com os demais autores, a notificação extrajudicial de destituição do advogado que ajuizara a demanda, ou quando outorgou nova procuração para que outro causídico passasse a atuar nos autos. 3. Ora, não pode agora, em sede de recurso, pretender alterar, por via indireta, o pedido, conquanto, se de fato tratar-se de portadora de deficiência mental, o pedido seria de pensão e não de indenização, conforme deduzido. Aliás, o pedido de pensão, provada a deficiência mental, poderá vir a ser feito, em nova ação, por meio de seu representante legal. 4. A Constituição Federal de 1988 consagra a teoria da responsabilidade objetiva do Estado no § 6º, do artigo 37, dispondo que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, inovando, a atual Carta Política ao estender o dever de indenizar às empresas privadas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. 5. Contudo, ao lado da responsabilidade objetiva, como esta, por evidente, não cobre todas as ocorrências da vida, é possível a incidência da responsabilidade subjetiva, que se configura em face de dano causado ao administrado por ilícito culposo ou danoso. 6. Nessas hipóteses, o dever de indenizar decorre de omissão, pois o serviço prestado pela Administração não funcionou, funcionou tardiamente ou de forma deficiente, caracterizando o que na doutrina francesa se denomina de *faute du service*, ou seja, a culpa do serviço, ou a falta do serviço. 7. No caso dos autos, o conjunto probatório confirma que, em acidente aéreo, morreram os passageiros e a tripulação da aeronave, restando provado que o evento

danoso ocorreu por culpa concorrente dos pilotos da aeronave e dos prepostos da União Federal. 8. Os pilotos elaboraram plano de vôo sem que soubessem que o aeroporto de pouso alternativo não operava à noite, por ausência de iluminação na pista de pouso, caracterizando, pois, erro grave, pois não buscaram obter todas as informações necessárias para a elaboração de um plano de vôo seguro. Foram, ainda, imprudentes na condução da aeronave, conquanto baixaram-na de nível, sem autorização do centro de controle, preparando pouso que restou inviável em razão de forte chuva que caía sobre o aeroporto. 9. Com relação aos prepostos da União, militares da Aeronáutica, agiram com negligência quando aprovaram o plano de vôo e, mesmo sendo sabedores, não informaram aos pilotos que o aeroporto de pouso alternativo não operava à noite; agiram, também, com negligência, pois os geradores e equipamentos de emergência não funcionaram quando acionados, por falta de correta manutenção; houve, ainda, imperícia do militar que operava o equipamento de rádio VHF de emergência, pois este poderia ter sido utilizado mesmo no caso de blecaute ocorrido no aeroporto de destino da aeronave; e, mais grave, houve abandono do serviço por parte dos militares encarregados de operar o Centro de Controle de Rio Branco, que encerraram as operações do aeroporto antes do horário regulamentar, quando a aeronave já se deslocara para este aeródromo para pouso alternativo. 10. Assim sendo, em se tratando de responsabilidade concorrente, deve a União Federal responder na medida da participação efetiva de seus agentes nos eventos danosos que causaram prejuízo aos ora apelantes. 11. Apelações e remessa oficial a que se dão parciais provimentos. (TRF 3ª Região, Turma Suplementar da Segunda Seção, Juiz Convocado Valdeci dos Santos, DJU 29/6/2007, p. 698).

4 DA INVESTIGAÇÃO DE ACIDENTES AÉREOS NO BRASIL

Prescreve o Código Brasileiro de Aeronáutica que compete ao Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos planejar, orientar, coordenar, controlar e executar as atividades de investigação e de prevenção de acidentes aeronáuticos.

A investigação do SIPAER (Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos) “é um processo com o propósito de prevenir os acidentes, que inclui o recolhimento e a análise de informações, a extração de conclusões, incluindo a determinação das causas e, quando apropriado, da formulação de recomendações de segurança”.

O Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA) é o órgão central do SIPAER.

A investigação de acidentes ou incidentes tem como **objetivo a prevenção de futuros acidentes e incidentes**, não sendo seu propósito a imputação de culpa ou responsabilidade. Neste norte, caberá o estabelecimento dos fatores contribuintes presentes, direta ou indiretamente, na ocorrência de acidentes aeronáuticos, e na emissão de Recomendações de Segurança Operacional que possibilitem a ação direta ou a tomada de decisões para eliminar aqueles fatores ou minimizar suas consequências.

O Decreto n.º 87.249, de 1982, bem reforça o aspecto preventivo, ao disciplinar que as atividades de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos são as que envolvem as tarefas realizadas com a finalidade de evitar perdas de vidas e de material decorrentes de acidentes aeronáuticos.

O **princípio** fundamental de regência da investigação administrativa de acidentes aéreos do SIPAER reside no fato de que a sua investigação não pode acarretar punições, sob pena de perder a capacidade de prevenção.

Demais princípios podem ser lembrados, tais como, princípio da preservação da vida humana, princípio da neutralidade jurisdicional e administrativa, princípio da proteção e sigilo da fonte, princípio da confiança, princípio da participação voluntária e princípio da máxima eficácia preventiva.

É evidente que a investigação do SIPAER não afasta a possibilidade de instauração de outras investigações com fins diversos, sejam para fins penais, civis e/ou administrativos punitivos. Nesta esteira, o próprio Código Brasileiro de Aeronáutica reza que “em caso de acidentes aéreos ocorridos por atos delituosos, far-se-á a comunicação à autoridade policial para o respectivo processo” (art. 92).

Importa, portanto, não confundir a investigação administrativa com o fito de prevenir acidentes aeronáuticos, promovida pelo SIPAER, com a investigação de natureza típica de polícia judiciária instaurada para apurar responsabilidades.

Nada impede, no entanto, que, sendo a investigação de acidentes aéreos matéria complexa, exigindo a utilização de técnicos experientes e com formação adequada, a autoridade aeronáutica, visando colaborar nas diligências policiais, indique, havendo pedido neste sentido, peritos especializados para os exames necessários.

Bem leciona o Dr. José da Silva Pacheco, *in* Comentários ao Código Brasileiro de Aeronáutica (4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2006, p. 148), *verbis*:

De um acidente aéreo pode decorrer:

1º) a investigação para o efeito de prevenção de acidentes com aeronaves (arts. 86 a 93);

2º) o inquérito policial, para apurar ilícito penal, se houver veemente indício de sua prática (art. 92);

3º) o inquérito policial-militar, para apurar ilícito penal militar, se houver militar ou aeronave militar (art. 92);

4º) a ação de responsabilidade civil dos prejudicados contra o causador de eventuais danos (arts. 246 a 287);

5º) o inquérito para apurar infração administrativa e aplicação de sanção administrativa (art. 291);

6º) o inquérito ou procedimento administrativo para apurar acidente relacionado com a infra-estrutura aeronáutica (§ 2º do art. 86);

7º) o inquérito ou procedimento administrativo para apurar o abandono, perecimento, perda ou alteração substancial de aeronave (art. 120 e §§).

Por aí se vê que, conforme o enfoque dado ao acidente e ao objetivo que se tem em vista, pode-se desenvolver um determinado tipo de procedimento.

Interessante citar recente decisão que bem reconhece a independência das investigações e consequentes processos judiciais e administrativos decorrentes de acidente aéreo, *verbis*:

A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO E HOMICÍDIO CULPOSO. DELITOS PRATICADOS POR MILITARES, CONTROLADORES

DE VÔO. CRIMES DE NATUREZA MILITAR E COMUM. DESMEMBRAMENTO. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. 1. Não ofende o princípio do *ne bis in idem* o fato dos controladores de vôo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas. 2. Solução que se encontra, *mutatis mutandis*, no enunciado da Súmula 90/STJ: “Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”. 3. Conflito não conhecido. (STJ, CONFLITO DE COMPETÊNCIA – 91016, TERCEIRA SEÇÃO, Relator Ministro PAULO GALLOTTI, DJE 25/3/2008, p. 116).

Tendo em vista o caráter preventivo da investigação do SIPAER, estabelecendo fatores contribuintes presentes, direta ou indiretamente, na ocorrência de acidentes aeronáuticos, o uso dos Relatórios para qualquer propósito que não o de prevenção de futuros acidentes poderá induzir a interpretações e conclusões errôneas.

A advertência acima merece realce porque, sendo a investigação do SIPAER desenvolvida por profissionais notoriamente qualificados, gozando de extrema credibilidade técnica, é presumível que o Relatório confeccionado pelo CENIPA seja, por qualquer interessado, anexado aos autos de processos judiciais e administrativos, como se observa na ementa a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E CIVIL. AERONAVE MILITAR. ACIDENTE AÉREO. MORTE. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CARACTERIZADA. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CABIMENTO. VALOR ARBITRADO COM RAZOABILIDADE. MAJORAÇÃO DO QUANTUM AFASTADA. APELAÇÃO DA AUTORA, DA UNIÃO E REMESSA OFICIAL, TIDA POR INTERPOSTA, IMPROVIDAS. 1 - **No caso em tela, diante das informações trazidas pelos relatórios preliminar e final do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos (CENIPA), não restam**

dúvidas que houve falhas e equívocos procedimentais e operacionais no planejamento e execução da missão, contribuindo de forma inequívoca para a colisão aérea e conseqüente queda da aeronave Bandeirante/P-95, matrícula FAB 7102, em razão da qual veio a falecer o cônjuge da autora, que na ocasião era simples passageiro; 2 - Caracterizada a responsabilidade civil objetiva da UNIÃO, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, uma vez que as condições meteorológicas não foram a causa determinante do evento danoso, o que afasta a tese da ocorrência de força maior (excludente da responsabilidade); 3 - O desaparecimento precoce do cônjuge da autora, decorrente do desastre aéreo provocado pela inobservância do planejamento prévio da missão e de regras de segurança de voo, é motivo suficiente para configurar os danos morais pleiteados, sendo cabível a respectiva reparação; 4 - Não merece reparo a sentença que fixou o montante da reparação por danos morais em R\$80.000,00 (oitenta mil reais), visto que obedeceu aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, evitando o arbitramento em valor excessivo, que pudesse causar enriquecimento sem causa de uma das partes em detrimento da outra, ou em quantia irrisória, incapaz de minorar, em certa medida, o sofrimento injustamente causado; 5 - A regra inserta no art. 20, § 4º, do CPC, não significa que, uma vez vencida a Fazenda Pública, a verba honorária advocatícia necessariamente deva ser arbitrada em valor inferior a 10% (dez por cento) do valor da condenação, motivo pelo qual o quantum estabelecido deve ser mantido, face à apreciação eqüitativa realizada pelo juízo a quo; 6 - Precedentes do STJ, desta Corte e do TRF da 2ª Região; 7 - Apelação da autora, da UNIÃO e remessa obrigatória, tida por interposta, improvidas." (TRF 5ª Região, Apelação Cível – 311934, Terceira Turma, Relator Desembargador Federal Paulo Gadelha, DJ 12/6/2006, p. 373, g.n.).

5 CONCLUSÃO

Compete privativamente à União legislar sobre direito aeronáutico, cuja organização lógica de regras jurídicas relativas à aeronáutica civil

no Brasil reside na Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986, chamada de Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA).

O Direito Aeronáutico é regulado também por diversos Tratados, Convenções e Atos Internacionais de que o Brasil seja parte, destacando-se a Convenção sobre Aviação Civil Internacional, assinada em Chicago, em 7 de dezembro de 1944.

Submetem-se às normas de orientação, coordenação, controle e fiscalização do Ministério da Aeronáutica a navegação aérea; o tráfego aéreo; a aeronave; a tripulação e os serviços, direta ou indiretamente relacionados ao voo, e a infraestrutura aeronáutica, compreendendo neste último termo, o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos.

A investigação de acidentes aeronáuticos promovida pelo SIPAER tem como objetivo precípuo a prevenção dos acidentes e incidentes, não visa, assim, incriminar, culpar, nem punir, como também não objetiva a apuração de responsabilidade civil ou criminal.

Não se deve confundir a investigação administrativa com o fito de prevenir acidentes aeronáuticos, promovida pelo SIPAER, com as demais investigações que podem eclodir de um acidente aeronáutico, v.g., procedimento da polícia judiciária instaurado para apurar responsabilidades penais.

Em epítome, a finalidade do SIPAER é a prevenção de acidentes.

Sabendo-se que a investigação do SIPAER é iluminada pelo caráter preventivo de acidentes ou incidentes aéreos, apurando fatores que contribuíram, direta ou indiretamente, para a ocorrência de acidentes aeronáuticos, a utilização dos Relatórios para qualquer propósito que não o de prevenção poderá induzir a conclusões equivocadas, carecendo extrema cautela a sua interpretação para fins judiciais.

THE ROLE OF THE JUDICIARY IN FLIGHT SAFETY

ABSTRACT: This paper aims at contributing to the refinement of the quality of the legal services provided to the parties involved regarding possible judicial decisions which have flight safety as their object. Among the results of this study, the author emphasizes that one should not mistake the administrative investigation promoted by SIPAER with the

purpose of preventing aircraft accidents, with other investigations which may stem from of an aeronautical accident. Taking into account that the SIPAER investigation is characterized by prevention of aeronautical accidents and incidents, and seeks to determine the factors that either directly or indirectly contributed to the occurrence, the use of the reports for any purpose other than prevention may induce erroneous conclusions, and, therefore, extreme caution must be exercised when using it for legal purposes.

KEYWORDS: Flight safety. SIPAER Report. Judiciary. Accident prevention.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n.º 21.713, de 27 de agosto de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D21713.htm>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Justiça Federal de Mato Grosso. **CC 91016 MT 2007/0251229-2**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CC+91016+MT&s=jurisprudencia>>. Acesso em 20 jun.2012.

BRASIL. Justiça Federal do Rio Grande do Norte. **AC 311934 RN 0000072-06.2003.4.05.0000**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8041441/apelacao-civel-ac-311934-rn-0000072-0620034050000-trf5>>. Acesso em 20 jun. 2012.

BRASIL. Justiça Federal de São Paulo. **AC 54349 SP 2001.03.99.054349-5**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8041441/apelacao-civel-ac-311934-rn-0000072-0620034050000-trf5>>. Acesso em 20 jun. 2012.

PACHECO, J. S. **Comentários ao Código Brasileiro da Aeronáutica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DA COERCITIVIDADE JURÍDICA DAS RECOMENDAÇÕES PRODUZIDAS NO ÂMBITO DO SIPAER – ALGUMAS PROPOSTAS

Pompeo de Sousa Brasil¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Rafael Andrade/Folhapress

RESUMO: As reflexões que seguem perpassam a filosofia, o escopo e características próprias do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER, cujas ações são centralizadas no CENIPA (Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos), alcançando os diversos “Elos-SIPAER”, envolvidos com setor (aeronáutico) intensamente acelerado nas últimas décadas, e com grande potencial de crescimento em mercados ainda não saturados (caso do Brasil). A partir de normas técnicas aprovadas no âmbito do COMAER e da excelência e rigor de seus critérios, visualizamos a conveniência de que o resultado das investigações desenvolvidas no

1 Juiz Federal da 3ª Vara - BA, Graduação e Especialização pela Universidade de Fortaleza, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia

âmbito desse sistema, externado através de “recomendações”, deva se revestir de roupagem jurídica que lhes empreste coercitividade, vinculando, quando menos, a própria Administração. As propostas, ao final, são nesse prumo.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente aeronáutico. Investigação SIPAER. Recomendações. Coercitividade jurídica.

1 INTRODUÇÃO

Instituído pelo Decreto n.º 69.565, de 19 de novembro de 1971, mercê de competência atribuída ao Presidente da República por meio do art.81, III, da Constituição então vigente, o Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER mereceu novas disposições – determinando sua atual feição – com a expedição do Decreto n.º 87.249, de 07 de junho de 1982.

Dito sistema, legitimado a partir de previsões afins inseridas no Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986), por sua vez sintonizado aos preceitos das Convenções de Chicago², em especial, para o que interessa ao objeto deste estudo, ao Anexo 13 da Convenção de Aviação Civil Internacional (“Investigação de Acidentes e de Incidentes Aeronáuticos”), tem como finalidade “planejar, orientar, coordenar, controlar e executar as atividades de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos”, atividades que buscam evitar “perdas de vida e de material decorrentes de acidentes aeronáuticos”.³

Esse arcabouço, que vai estabelecer fincas em normas internacionais das quais a quase totalidade dos Estados é signatária, internalizadas no ordenamento pátrio e veiculadas por meio de leis, decretos e portarias, percorrendo os diversos graus da hierarquia normativa, assume, nos dias que correm, importância cada vez

2 Refletindo negociações travadas em 1944 que resultaram em três convenções principais e doze textos subsidiários, as Convenções de Chicago, vigentes desde 1947 (recepcionadas no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946), instituíram a Organização da Aviação Civil Internacional – ICAO (OACI na grafia em Inglês), sediada em Montreal, cujo objetivo precípua é a uniformização das regras sobre tráfego aéreo.

3 Cf. art.1º e § 1º do Decreto n.º 87.249/82.

maior, dado o exponencial crescimento do tráfego aéreo, fenômeno ditado pela modernidade e redução dos custos da aviação civil, desde a demanda por passagens aéreas até a própria aquisição de aeronaves.

No Brasil, país que experimenta intensa movimentação no acesso das classes sociais menos favorecidas ao transporte aéreo, esse fenômeno é bastante visível, como também são as consequências da aplicação imperfeita de conceitos relevantes na segurança de voo e prevenção de acidentes aeronáuticos, exemplificadas, aquelas, nos três últimos acidentes de grandes proporções ocorridos em território nacional: colisão de avião da VASP com a Serra da Aratanha na aproximação do Aeroporto de Fortaleza, em 1982; colisão do Boeing da GOL (voo 1907) com avião Legacy nas proximidades da Serra do Cachimbo, em 2006; colisão do Airbus da TAM (voo 3054) com prédio da mesma empresa situado próximo à cabeceira da pista do Aeroporto de Congonhas/SP, em 2007.

Essas tragédias, somando quase quinhentas vítimas fatais, se não puderam ser evitadas, revelam, no conjunto de seus fatores contribuintes, um importante aprendizado, apontando falhas operacionais, humanas e materiais que, sendo corrigidas, prestam-se a prevenir não apenas acidentes catastróficos desse porte, mas também os da pequena aviação, que, embora em número muito maior, não recebem a mesma atenção midiática.

Pois bem, constituindo fato social de intensa repercussão, com potencial incomum de gerar vítimas e danos de grande monta, os acidentes aeronáuticos interessam ao Direito no campo da apuração de responsabilidades (civil, criminal, militar,...), seara voltada à identificação dos indivíduos cujas condutas diretas foram determinantes para que ocorressem tais infaustos, mas também - e é esse o objetivo deste breve ensaio - no que tange à prevenção efetivada por intermédio das recomendações emanadas do SIPAER, que, apesar de sua óbvia importância, não se mostram vinculativas da aviação civil, necessitando sempre de uma roupagem jurídica externa para serem impostas com algum grau de coerção.

2 DO SISTEMA DE INVESTIGAÇÃO E PREVENÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS: RESPONSABILIDADES

O Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER, possuindo atribuições e regras próprias, integra a infraestrutura aeronáutica, conforme prevê o art. 25 da Lei n.º 7.565/86 (CBA), cabendo-lhe exercer as competências listadas no art. 86 do mesmo Código, reproduzindo o que já constava no art.1º do Decreto 87.249/82 mencionado ao norte. Seu órgão central é o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA, sediado em Brasília/DF, a quem é confiada a orientação normativa atinente, em conformidade com o referido decreto.⁴

A constituição básica do sistema atribui responsabilidade aos chamados “Elos-SIPAER”, inseridos em estrutura composta pelas diversas unidades do COMAER, ANAC, organizações operadoras de serviços aeroportuários, fabricantes de aeronaves, motores e componentes, operadoras de serviços aéreos, organizações governamentais que utilizam aeronaves para o cumprimento de suas atribuições, enfim, todos os agentes, pessoas naturais ou jurídicas, que atuam na fabricação, manutenção, operação e circulação de aeronaves, e com as atividades de apoio da infraestrutura aeronáutica no território brasileiro⁵, como, aliás, dispõe o art. 87 do CBA.

Os Elos-SIPAER, representados nessas organizações, são subordinados diretamente ao titular do mais elevado cargo executivo de cada uma delas, “... sobre quem recai, em última análise, a responsabilidade objetiva pela segurança operacional da organização.”⁶

Isso não impede o reconhecimento da responsabilidade geral, atribuída a todos os integrantes do SIPAER, no que refere ao desenvolvimento das atividades relacionadas com a segurança operacional aeronáutica. Trata-se da “ligação sistêmica”, conectando diretamente os diversos elos (COMAER, ANAC, Marinha, Exército, indústria aeronáutica, Comitê Nacional de Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CNPAA, manutenção, operadores, etc.), todos

4 Cf. NSCA 3-2 aprovada pela Portaria EMAER n.º 65/CEN, de 31 de outubro de 2008.

5 Idem, 1.2.1.

6 Idem, item 2.5.3.

comprometidos com o desiderato único da investigação para fins de prevenção de acidentes aeronáuticos.

3 PROPÓSITO ESPECÍFICO DA INVESTIGAÇÃO SIPAER

Como corolário da regra principiológica de que a investigação SIPAER tem como finalidade única a **prevenção de acidentes aeronáuticos** “...através do estabelecimento dos fatores contribuintes presentes, direta ou indiretamente, na ocorrência, e da emissão de recomendações de Segurança Operacional que possibilitem a ação direta ou a tomada de decisões para eliminar aqueles fatores ou a minimizar as suas consequências”⁷, desponta a advertência de que **não é propósito da investigação SIPAER atribuir culpa ou responsabilidade**.

Aliás, supor diferente contraria alguns pressupostos lógicos da investigação, orientada por princípios que não se acomodariam em sede inquisitorial ou mesmo judicial. Por exemplo, o princípio da proteção e sigilo das fontes (estas últimas sequer referidas no Relatório Final a cargo do CENIPA) ou o da participação voluntária, não encontram espaço na investigação que visa subsidiar um inquérito policial ou na instrução em Juízo, obediente ao contraditório, à ampla defesa, à publicidade e outros princípios caros ao estado Democrático de Direito, mas que desservem à finalidade específica da prevenção.

Há que se distanciar um pouco da ótica estritamente jurídica para compreender o escopo dessa investigação, que causa uma primeira reação de perplexidade aos olhos do aplicador do direito convencional. Num segundo momento, assimilado o princípio da dupla investigação e a importância da missão de prevenir novos acidentes e mortes, ao invés de buscar culpados, conforma-se o jurista em dispensar o espaço adequado do Relatório SIPAER, que, de seu turno, não pode abrir mão da voluntariedade dos testemunhos, cientes, seus prestadores, de que seus nomes não serão revelados, dos dados médicos e psicológicos de agentes protagonistas do infortúnio, não raro tornados vítimas, caladas para sempre.

7 Cf. NSCA 3-6, aprovada pela Portaria EMAER n.º 67/CEN, de 31 de outubro de 2008, item 2.1.

Daí não se cogitar da “anulação” da investigação SIPAER por via judicial, apesar do aforamento de ações com tal propósito. São distintos os pressupostos e recursos (meios), conclusão que toma o lugar da inicial refração à ideia de não utilização do respectivo relatório para lastrear denúncias ou julgados que imputam responsabilidades de qualquer natureza.

Em linhas ligeiras, a investigação de acidente, incidente aeronáutico ou ocorrência de solo realizada pelo SIPAER é baseada num Relatório de Ação Inicial – RAI e Relatório Preliminar – RP, produzidos no âmbito da organização encarregada, que designará uma Comissão de Investigação de Acidente Aeronáutico – CIAA, e no Relatório Final – RF, este elaborado pelo CENIPA, órgão central do SIPAER a quem cabe a investigação de acidente aeronáutico com aeronave civil, podendo delegá-la a um determinado Serviço Regional de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SERIPA. Vale lembrar que todo Elo-SIPAER deve manter um “kit de ação inicial” disponível e atualizado para utilização imediata, e que “o acidente aeronáutico grave será sempre investigado”.⁸

Parte a investigação da observação de indícios e evidências, desde o exame dos destroços, leitura e coleta dos dados dos gravadores de voos (FDR e CVR), investigação sobre o *fator humano* (aspectos médicos, psicológicos e operacionais) e o *fator material*, que subsidiarão o RAI (histórico da ocorrência, informações da aeronave, tripulantes, local, tipo e condições de voo, medidas corretivas e outros aspectos cuja divulgação seja considerada adequada e oportuna – prazo de trinta dias), o RP (histórico da ocorrência, laudos, pareceres técnicos e registros referentes às diversas áreas envolvidas no processo de investigação e registro de entrevistas realizadas com tripulantes e outras pessoas envolvidas e testemunhas – prazo de um ano) e o RF, este último veiculando a conclusão **e as recomendações** de Segurança Operacional relativas a um acidente aeronáutico ou ocorrência de solo, **visando exclusivamente à prevenção de sua recorrência**.⁹

8 Idem, itens 2.8.2 e 2.13.1.1.

9 Idem, v. item 4 “Relatórios”.

4 DAS RECOMENDAÇÕES EMITIDAS NO ÂMBITO DO SIPAER: NATUREZA JURÍDICA E CARÁTER VINCULATIVO

Tomando um “Relatório Final” elaborado pelo CENIPA, alusivo a um determinado acidente aeronáutico, após a capa, indicando sua numeração, prefixo da aeronave sinistrada, seu modelo e data da ocorrência, vê-se, na segunda folha, uma “Advertência”, na qual, além da referência às normas internacionais e brasileiras que lhe dão embasamento, destacam-se dois parágrafos que bem sintetizam a natureza das “Recomendações de Segurança de Voo”. Pela pertinência com os objetivos deste ensaio, vale transcrever:

(...)

O presente Relatório Final é um **documento técnico que reflete o ponto de vista do SIPAER** em relação às circunstâncias que podem ter contribuído para essa ocorrência, bem como estabelece providências para a prevenção de futuras ocorrências.

(...)

A elaboração deste Relatório Final foi conduzida com base em fatores contribuintes e hipóteses levantadas, **sem recorrer a quaisquer procedimentos de prova para apuração de responsabilidade civil ou criminal; consequentemente, o uso que se faça deste relatório para qualquer propósito que não o de prevenção de futuros acidentes, poderá induzir a interpretações e conclusões errôneas**” (destaques não originais).

Esse preâmbulo, por assim dizer, esclarece bastante sobre o sentido e possibilidades de utilização do relatório, devendo ser compreendido, obviamente, no contexto do sistema de livre valoração da prova pelo Judiciário, preceito de estatura constitucional.

Após a “Sinopse” dos fatos e identificação dos fatores contribuintes, são listadas as “Recomendações de Segurança de Voo”, dirigidas aos Elos-SIPAER conforme sua área de responsabilidade, determinando-se ainda a “divulgação” a outros órgãos de alguma forma interessados em saber das conclusões ali contidas.

A norma NSCA 3-9 emitida pelo CENIPA estabelece os conceitos e critérios técnicos para a produção, veiculação e cumprimento dessas recomendações, ali qualificadas como “Recomendação de Segurança

Operacional” (RSO), e definidas como “o estabelecimento de uma ação que a Autoridade Aeronáutica ou Elo-SIPAER emite para o seu âmbito de atuação, visando eliminar ou mitigar o risco de uma Condição Latente ou da consequência de uma Falha Ativa”.¹⁰

Em harmonia com o desiderato do sistema, elege-se como destinatário das recomendações “aquele que detém as condições para implementar a ação corretiva ou que tenha autoridade para determinar a sua implementação”.¹¹

Estabelecido o conceito das Recomendações SIPAER e a quem são dirigidas, cumpre identificar o seu caráter vinculativo, objeto mais íntimo do estudo, e que gerou a inquietação animadora dessas reflexões.

No âmbito da Aviação Militar (COMAER) a NSCA- 3-9/2008 é expressa: “A RSO será de cumprimento obrigatório”.¹² De fato, dirigida a uma organização verticalizada, orientada pelos princípios da hierarquia e disciplina, bem como veiculada a recomendação em norma emitida pelo Comando da Arma envolvida, insere-se na cadeia tradicional da instituição militar, impondo obediência aos diversos níveis e patentes.

O problema surge quando a norma disciplina o cumprimento das recomendações no âmbito da Aviação Civil, dispondo apenas que “o cumprimento da RSO será de responsabilidade do Executivo (Presidente, Chefe, Diretor, CEO, ou congêneres) da organização à qual a recomendação foi dirigida.

É certo que cada um desses destinatários, mormente os órgãos públicos, também estarão enfeixados numa estrutura hierárquica, com níveis de responsabilidades diferenciados, os quais igualmente poderiam ser percorridos para execução da norma, desde o dirigente máximo da organização até o ponto de contato direto com a segurança de voo, no final do processo.

Mas não terá a recomendação a obrigatoriedade típica das cadeias de comando da instituição militar, vinculadas à norma emitida pela cúpula da organização (COMAER), surgindo, aí, o ponto a carecer de aprimoramento jurídico, no sentido de fazer valer tais enunciados, que

10 Cf. NSCA 3-9 aprovada pela Portaria EMAER n.º 62/CEN, de 31 de outubro de 2008, item 1.3.1.1.

11 Idem, item 1.3.4.

12 Idem, item 2.3.1.1.

não devem ficar ao livre alvedrio do dirigente de plantão, muitas vezes alçado ao cargo por mera indicação política, sem maior familiaridade com os meandros da aviação.

4 BREVE CASUÍSTICA

Na tarde de 29 de dezembro de 2005, executando a aproximação normal para pouso na Base Aérea de Fortaleza, uma aeronave de asa móvel (helicóptero) AS-350 Esquilo, prefixo PT-FSE, operada pelo CIOPAER¹³, passou a vertical do suposto ponto de toque e procedeu uma arremetida no ar com curva pela esquerda, ingressando num tráfego encurtado, e, logo depois, em nova manobra à esquerda “com elevado grau de inclinação”, perdeu altura e, mantendo a inclinação lateral, colidiu com o solo, resultando na morte de três de seus tripulantes e graves ferimentos em outros dois.

Menos de um ano depois, no dia 29 de setembro de 2006, um avião Legacy produzido pela EMBRAER, recém-adquirido por uma operadora de táxi aéreo americana, partiu de São José dos Campos, onde ocorrera a entrega, seguindo com destino a Fort Lauderdale, nos Estados Unidos. De Manaus, em sentido contrário, partira o Boeing da GOL, PR-GTD, fazendo o voo 1907 com destino a Brasília. As duas aeronaves se chocaram quando cruzavam a selva, na vertical do município mato-grossense de Peixoto de Azevedo, próximo à divisa com o Pará. O Boeing, seriamente avariado em uma de suas asas, despencou, vitimando todas as 154 pessoas a bordo (tripulantes e passageiros). O Legacy, cujos passageiros nada sofreram além do susto, conseguiu fazer um pouso de emergência em Cachimbo, no Pará.

Além da coincidência do dia do mês (“29”), e apesar das proporções diferentes (quanto ao número de vítimas fatais), nos dois acidentes aeronáuticos os fatores contribuintes foram predominantemente “humanos”.¹⁴

13 Centro Integrado de Operações Aéreas da Secretaria de Segurança e Defesa Social do Estado do Ceará, órgão de segurança pública criado para operar helicópteros em ações policiais e de resgate, recrutando profissionais da Polícia Militar, Corpo de Bombeiros e Polícia Civil.

14 O Relatório Final do acidente ocorrido na Base Aérea de Fortaleza, elaborado pelo CENIPA, elegeu apenas o fator humano, em seus aspectos psicológico e operacional.

O primeiro deu origem a recomendações (no Relatório Final do CENIPA) que vão desde a atualização do Plano de Ascensão Técnica (PAT) dos novos pilotos que ingressam no CIOPAER, à implementação de sistemas eficazes de supervisão para as atividades ligadas ao voo, de forma a permitir a identificação, análise e eliminação de riscos desnecessários à atividade aérea do órgão.

Quanto ao segundo, impressiona a quantidade de fatores que se combinaram para que acontecesse a tragédia, passando pela parcela de culpa atribuída aos pilotos do Legacy¹⁵, sua pouca experiência com esse modelo e o longo traslado de que se incumbiram, aos erros dos controladores de voo do CINDACTA 1, em Brasília, e a pouca familiaridade com o idioma inglês, e mesmo a orientação dada pela torre do aeroporto de São José dos Campos (de onde partiu o avião menor) quanto aos níveis de voo.

A neutralização de apenas um desses fatores poderia ter evitado o infausto. E tantas famílias, hoje, não estariam convivendo com a dor da perda de seus entes queridos.

5 CONCLUSÕES

Vimos, no início, que o Brasil possui um sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos amadurecido (SIPAER), bem estruturado (CENIPA), operacionalizado por profissionais de altíssimo gabarito, que dispõem de um arcabouço normativo elaborado a partir da experiência e da análise criteriosa (e científica) dos elementos deixados pelos acidentes que, inexoravelmente, coexistem com a aviação desde os seus primórdios.

Pudemos perceber as singularidades desse tipo de investigação, seu foco na prevenção (por isso são buscadas as causas, e não culpados) e sua inaptidão para instruir a apuração de responsabilidades no campo do Direito Penal, mormente em face da forma como coligidos os indícios, assegurando-se o sigilo das fontes, voluntariedade, etc.

Embora compreendendo a natureza da investigação SIPAER, entendemos, todavia, que o resultado desses procedimentos, o nível

15 Condenados na Justiça Federal por homicídio culposo.

de qualidade atingido e a importância do material condensado nos relatórios finais, não deve ser traduzido apenas em “recomendações”, que sequer vinculam os órgãos de controle da aviação civil, mormente a ANAC, cuja direção, sujeita às injunções políticas, não se obriga a fazer delas norma impositiva para a aviação geral.

Duas questões (sob perspectiva jurídica), portanto, remanescem como proposta/conclusão desse estudo.

A primeira, indaga sobre como ampliar o significado das recomendações do SIPAER, a fim de que, de algum modo, se tornem vinculativas dos órgãos destinatários (Elos-SIPAER), gerando consequências caso não implementadas nos prazos estipulados. Essas consequências devem pesar, naturalmente, sobre os dirigentes de cada organização, enquadrando-os civil e criminalmente, única forma, ao nosso ver, de se criar uma cultura de responsabilidade, fazendo com que os integrantes do primeiro escalão de órgãos públicos e empresas se tornem os maiores interessados em que as recomendações estejam sendo rigorosamente efetivadas pelos diversos níveis, das lindes burocráticas até o operacional.

Se a pista de Congonhas necessitava de *grooving* ou se não poderia operar com uma lâmina d'água para além de determinada espessura naquele início de noite no fatídico 17 de julho de 2007¹⁶, isso passaria a ser da primeira atenção dos próceres da ANAC e das empresas que ali atuam; se os operadores de voo dos aeroportos brasileiros não dominam o idioma inglês ou não suportam jornadas a partir de certo limite, os respectivos comandos se sentiriam responsabilizados ante a perspectiva concreta de enquadramento, como também assim estariam os dirigentes dos grupamentos aéreos operados pelos órgãos de segurança pública dos Estados (quase todos possuem unidade desse tipo), interessados em que neles existisse ambiente adequado para que qualquer membro pudesse intervir em prol da segurança de voo, sem peias de hierarquia ou reverência política. Já fosse assim e, talvez, aviões de grande porte (ou um certo helicóptero) não teriam protagonizado de forma tão dolorosa a interrupção da seiva de tantas vidas.

16 Acidente com o Airbus 320 da TAM, voo JJ 3054, que varou a pista de Congonhas, indo chocar-se com um prédio administrativo da mesma empresa, próximo à cabeceira, do outro lado da avenida Washington Luís.

Afeiçoando-se mais a sugestão, em segundo lugar, concebendo-se ou não tais mecanismos de responsabilização jurídica, parece-nos importante lembrar que ao Ministério Público cabe velar pela “... defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”¹⁷. Cumpre-lhe, para o desempenho desse mister, dentre outras missões, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, podendo “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.¹⁸

De seu turno, a Lei 7.437/85 (LACP), corroborando a legitimidade do órgão ministerial para o ajuizamento da ação civil pública (art. 5º, I), confere ainda ao Parquet a possibilidade de instaurar, sob sua presidência, o “inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias” (art. 8º, § 1º).

Em suma, seja a partir da celebração de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), executáveis em Juízo, seja no exercício de sua missão constitucional e de suas prerrogativas, pode o MP, mesmo sob o atual cenário, utilizar dos recursos que a lei lhe confere para tornar obrigatório o cumprimento das Recomendações SIPAER, obviando a responsabilidade decorrente de sua eventual inobservância.

Induzir a que o Ministério Público se torne, em certos casos, mais um Elo-SIPAER, dando a conhecer também a seus membros, ordinariamente, o conteúdo das recomendações dos relatórios finais elaborados pelo CENIPA, é essa a nossa proposta. Assim, de *dominus litis* (como titular da ação penal correspondente), passará o MP a atuar antes, predominantemente como custos legis, contribuindo para, a partir da promoção forçada das ações de prevenção, evitar novas tragédias, ou uma que seja, preservando vidas, nem que apenas uma, sempre imensa naquilo que representa (ou no que faz falta) para os que aqui ficam.

17 Art.127 caput da Constituição Federal de 1988.

18 Idem, art.129, III e IX.

ON LEGAL COERCIVENESS OF THE RECOMMENDATIONS PRODUCED WITHIN SIPAER – A FEW PROPOSALS

ABSTRACT: The reflections that follow pervade the philosophy, scope and characteristics of the Aeronautical Accidents Investigation and Prevention System - SIPAER, whose actions are centered on CENIPA (Aeronautical Accidents Investigation and Prevention of Center), reaching the various “SIPAER-Links” involved with the aviation industry, which has greatly developed over the last few decades, and have a great potential of growth in markets not yet saturated (e.g., Brazil). From the technical standards approved within the COMAER, and from the excellence and rigor of its criteria, we visualize the convenience that the results of the investigations developed by this system, exteriorized by “recommendations”, should carry legal features that lend them coerciveness, binding, at least, the Administration itself. At the end, proposals are made with this objective in mind.

KEYWORDS: Air crash. SIPAER investigation. Recommendations. Legal coerciveness.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **NSCA 3-2: Estrutura e Atribuições dos Elementos Constitutivos SIPAER**. Brasília: CENIPA, 2008. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/index.php/legislacao/category/1-nasca-norma-do-sistema-do-comando-da-aeronautica->>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **NSCA 3-6: Investigação de Acidente Aeronáutico, Incidente Aeronáutico e Ocorrência de Solo**. Brasília: CENIPA, 2008. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/index.php/legislacao/category/1-nasca-norma-do-sistema-do-comando-da-aeronautica->>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **NSCA 3-9: Recomendações de Segurança Operacional** emitidas pelo SIPAER. Brasília: CENIPA, 2008. Disponível em: <<http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/index.php/legislacao/category/1-nscanorma-do-sistema-do-comando-da-aeronautica->>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto n.º 87.249, de 7 de junho de 1982. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-87249-7-junho-1982-437102-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

ORGANIZAÇÃO DE AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). **Annex 13 to the Convention on International Civil Aviation: aircraft accident and incident investigation**. 9. ed. Montreal, 2001

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos. **Relatório Final A-005/CENIPA/2007**. Disponível em: <http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/paginas/relatorios/pdf/PT_FSE_31_03_2006.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2012.

REZEK, F. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANT'ANNA, I. **Perda Total**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

A TEORIA DO FATO CONSUMADO E A TUTELA DA SEGURANÇA DO ESPAÇO AÉREO

Frederico Augusto Leopoldino Koehler¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Danilo Verpa/Folhapress

RESUMO: Este trabalho analisa a teoria do fato consumado e a possibilidade de sua aplicação à tutela da segurança do espaço aéreo, concluindo pela sua inadmissibilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do fato consumado. Segurança de voo.

1 INTRODUÇÃO

O *paper* em tela é requisito para a obtenção do certificado de participação no curso “O papel do Poder Judiciário na segurança de voo”, realizado na sede da Escola de Magistratura Federal 5ª Região – ESMAFE, em Recife-PE, com visita a diversos locais de interesse (v.g: o Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos -

1 Juiz Federal da 26ª Vara Federal - PE

CENIPA e a Polícia Federal) na cidade de Brasília-DF, nos dias 25, 26 e 27 de abril de 2012.

Procederemos à análise da (in)aplicabilidade da teoria do fato consumado na tutela da segurança do espaço aéreo, tema de inegável relevância na práxis jurídica, especialmente tendo em vista o excessivo tempo de tramitação dos processos no Brasil.

2 VISÃO GERAL SOBRE A TEORIA DO FATO CONSUMADO

A teoria do fato consumado tem sua gênese na jurisprudência dos tribunais e não nos textos de direito positivo. Surge como uma ponderação dos tribunais de que, em determinados casos concretos, é mais prudente e equânime a convalidação de um ato ilícito – mas praticado sob a guarida de um ato legal (uma medida liminar, v.g.) – devido ao decurso de longo período sem a solução definitiva da demanda.

A teoria em questão tem sua sustentação em razões de segurança jurídica, a fim de que seja evitado o desfazimento de situação já consolidada pelo passar do tempo. Segundo Marga Tessler, a fundamentação para os defensores da aplicação da teoria do fato consumado gira em torno da consideração da excepcionalidade da situação e de que o problema discutido em juízo, mais do que sob o aspecto da legalidade, deve ser encarado do ponto de vista da finalidade social das leis, e que as circunstâncias excepcionais aconselhariam a inalterabilidade da situação revestida de aparência de legalidade consolidada pela inércia da Administração².

Embora não se possa deixar de registrar a existência de diversos doutrinadores e magistrados refratários à teoria do fato consumado, com muitas críticas bem postas³, é importante observar-se que, no cotidiano

2 TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. Revista CEJ, Brasília-DF, v.8, n. 27, out./dez. 2004, p. 98.

3 Nesse sentido, leiam-se, por todos: FERREIRA, Odim Brandão. Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002; TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. Revista CEJ, Brasília-DF, v.8, n. 27, p. 95-101, out./dez. 2004; CARDOSO, Antônio Pessoa. Fato consumado. Informativo jurídico Consulex, v.19, n. 51, p. 10-11, dez. 2005; VELOSO, Maria Edna Fagundes. A conclusão do ensino médio como requisito de ingresso na universidade – fato consumado – exame de provas. Revista CEJ, Brasília-DF, n. 26, p. 45-49, jul./set. 2004; CRUZ, Henrique Jorge Dantas da. A teoria do fato consumado: necessidade de restringir sua aplicação. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/busca/detalhe/3049/42>>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

forense dos tribunais tal teoria vem sendo adotada em maior ou menor escala, razão pela qual é de suma importância estudá-la e debatê-la.

O nascimento da teoria do fato consumado remonta a alguns precedentes do STF lançados na década de 60. Registre-se, de logo, que tais precedentes eram referentes apenas ao ensino superior. Como relata Odím Brandão Ferreira, várias ações nessa época questionavam a possibilidade de regimentos internos de universidades exigirem de seus alunos nota cinco para aprovação⁴. O STF editou a Súmula 58, que corroborou essa exigência dos regimentos internos e assim pacificou o tema⁵. Contudo, a Súmula não resolveu o problema dos alunos que obtiveram liminares anteriormente e, com base nelas, prosseguiram seus estudos universitários por longo período. Assim, a teoria do fato consumado surge precisamente de uma tentativa do STF de resolver esses casos residuais, tendo a Suprema Corte decidido cancelar os estudos realizados com base em provimentos liminares posteriormente considerados ilegais⁶.

Observe-se que, com o passar do tempo, houve uma ampliação excessiva da aplicação da teoria do fato consumado, que teve seu âmbito de incidência estendido do campo restrito do ensino superior para as áreas mais diversas, especialmente por parte do hoje extinto Tribunal Federal de Recursos – TFR.

De fato, além da extensão demasiada do âmbito de incidência da teoria do fato consumado, houve uma flexibilização dos requisitos para a aplicação da referida teoria. O STF exigia os seguintes requisitos: 1) dúvida objetiva sobre a solução jurídica a ser adotada no caso em discussão; 2) excepcionalidade dos casos concretos. O Tribunal Federal de Recursos, por sua vez, a partir da década de 1980, banalizou a teoria do fato consumado ao dispensar esses requisitos e criar um requisito novo: não poderia haver prejuízo para terceiros (normalmente, os outros alunos do ensino superior)⁷. Atualmente, os tribunais pátrios, em sua maioria, mantêm o entendimento outrora adotado pelo extinto

4 FERREIRA, Odím Brandão. Fato consumado: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 19 e seguintes.

5 Súmula 58 do STF: “É válida a exigência de média superior a quatro para a aprovação em estabelecimento de ensino superior, consoante o respectivo regimento”.

6 O leading case foi o RMS 14.017, Rel. Min. Villas Boas, julgado em 22.3.1965, RTJ 33, p. 280.

7 FERREIRA, Odím Brandão. Op. Cit., p. 27 e seguintes.

TFR. Tal fato tem explicação na criação do STJ pela Constituição Federal de 1988, segundo a qual a Corte seria originalmente constituída pelos 27 juizes integrantes do extinto TFR e outros membros que permitissem completar o total de 33 ministros. Assim, os juizes do TFR mudaram de casa mas levaram consigo a jurisprudência há anos consolidada.

3 APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO PARA A MANUTENÇÃO DE CONSTRUÇÕES ILEGAIS

Na esteira dessa ampliação excessiva da aplicação da teoria do fato consumado, nota-se que ela tem sido aplicada também a casos em que se construiu com base em medida liminar e, ao final, o Judiciário reconheceu a impossibilidade de demolição da obra devido à existência de situação consolidada. Nesse sentido, colhem-se, a título exemplificativo, as seguintes ementas de acórdãos⁸ (os negritos de destaque são nossos):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. **CONDOMÍNIO. CONSTRUÇÃO EM ÁREA COMUM. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PLEITO DEMOLITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE FÁTICA. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO PARA O CONDOMÍNIO.** CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 07 DO STJ. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DA LEI. SÚMULA 400 DO STF. 1 - A revisão, em sede especial, da solução da controvérsia, consubstanciada na impossibilidade fática do desfazimento da obra feita de forma irregular - fato consumado -, bem como na ausência de resultado prático para o condomínio o deferimento do pleito reintegratório, esbarra na censura da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto demanda a análise e o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, soberanamente delineado nas instâncias ordinárias. 2. Além do mais, o acórdão recorrido, ao concluir, na espécie, que seria cabível a conversão em perdas e danos, deu interpretação razoável à lei, o que atrai a incidência, por analogia, da súmula 400 do Supremo Tribunal Federal. 3 - Agravo regimental desprovido.

8 Para demonstrar o alcance dessa jurisprudência, foram colacionados acórdãos do STJ e de quatro dos cinco TRFs que compõem a Justiça Federal do Brasil.

(AGA 200800755711, FERNANDO GONÇALVES, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA:09/11/2009.)

PROCESSUAL CIVIL - CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - MEDIDA CAUTELAR, COM PEDIDO LIMINAR - ADMISSIBILIDADE, A DESPEITO DA REGRA CONTIDA NO ART. 542, §3º, DO C.P.C, SOB PENA DE INEFICÁCIA DE DECISÃO POSTERIOR - SITUAÇÃO GUARDADA PELA EXCEPCIONALIDADE - CO-EXISTÊNCIA DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA - RECURSO ESPECIAL PRIMA FACIE COGNOSCÍVEL. Consoante o disposto no art. 542, §3º, do Código de Processo Civil, o recurso especial ficará retido nos autos, quando interposto contra decisão interlocutória em processo cautelar, sendo tal norma, contudo, inaplicável, na espécie, haja vista a providência retentora, in casu, ser capaz de lesionar o próprio direito material, tornando ineficaz qualquer medida processual que lhe sobrevenha. Tendo o Tribunal de origem deixado de se pronunciar acerca da teoria do fato consumado que, em tese, teria o condão de alterar o seu decisum, cognoscível, prima facie, o recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, por afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil. **Verificando a co-existência do fumus boni iuris e do periculum in mora a sustentar a pretensão do ora agravado, estando o segundo revelado no alto custo de manutenção da obra estagnada, que teve seu início permitido pelo Município e o seu prosseguimento por decisão judicial, possível o deferir da liminar requerida visando à concessão de efeito suspensivo ativo ao recurso especial. Agravo regimental improvido, levando-se em conta, inclusive, os transtornos sociais que venham a ocorrer com a paralisação da obra do hotel, consubstanciados no desemprego de milhares de pais de família e na insegurança que uma construção inacabada gera aos transeuntes e moradores da área, e que em 08 de fevereiro passado foi realizada vistoria encomendada pela MM. Juíza da causa, donde se verificou estar a mencionada obra em fase de finalização.**

(AGRMC 200200059262, PAULO MEDINA, STJ -

SEGUNDA TURMA, DJ DATA:15/09/2003 PG:00287 RDR VOL.:00027 PG:00383.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUE REVOGOU SUSPENSÃO DA CONSTRUÇÃO DA PENITENCIÁRIA NO MUNICÍPIO DE FORMIGA/MG. EFEITO SUSPENSIVO. INDEFERIMENTO EM 07/07/2006. PROVÁVEL CONCLUSÃO DA OBRA. FATO CONSUMADO. 1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo Município de Formiga/MG contra revogação de decisão que suspendeu a construção de penitenciária em seu território. 2. Indeferiu-se efeito suspensivo ao agravo de instrumento em 07/07/2006, ante o risco de o convênio celebrado com a União ser cancelado em razão da paralisação da obra desde outubro de 2004, além de que já foi gasto o montante de R\$ 1.550.295,60 (um milhão, quinhentos e cinqüenta mil, duzentos e noventa e cinco reais e sessenta centavos). **3. Há que se pensar, além da coerência lógica, no resultado prático do julgamento. A esta altura a obra já deve ter sido concluída, pois, conforme informação obtida na página da Secretaria de Planejamento do Estado de Minas Gerais na Internet, previa-se seu término em 15/12/2006.** 4. **Recomenda-se, assim, com base no princípio da praticidade, seja respeitada a situação consolidada.** 5. Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(AG 200501000718512, JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES, filho (CONV.), TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA:24/09/2010 PAGINA:51.)

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TELEMAR. REALIZAÇÃO DE OBRAS PARA CONSTRUÇÃO DE DUTOS PARA PASSAGEM DE CABEAMENTO. EMBARGO PELA MUNICIPALIDADE DE MANGARATIBA. DNER. LITISCONSORTE NECESSÁRIO. AUSÊNCIA DE INTERESSE. EXCLUSÃO DA LIDE. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado pela então TELERJ – TELECOMUNICAÇÕES DO RIO DE JANEIRO, posteriormente sucedida pela TELEMAR NORTE LESTE S/A, contra possíveis atos de autoridades municipais: o Fiscal de Obras e o Secretário Municipal

de Mangaratiba. 2. A impetrante vem realizando a expansão e modernização da rede pública de telecomunicações em localidades do interior do Estado do Rio de Janeiro. Faltando para a conclusão do “Projeto Global da Costa Verde” – consistente nas obras de construção de dutos para passagem de cabeamento – um trecho de aproximadamente 1.200 (hum mil e duzentos) metros localizado na rodovia federal identificada como BR-101, a Municipalidade de Mangaratiba embargou a realização da obra. O DNER foi apontado como litisconsorte necessário (art. 47, do CPC), o que atrairia a competência da Justiça Federal. 3. Não houve qualquer ato praticado pela Municipalidade que porventura tenha atingido bens, direitos ou interesses do DNER, não sendo possível considerar alguma posição jurídica do mesmo no âmbito da relação de direito material existente entre o Município de Mangaratiba e a TELEMAR. 4. A existência de um contrato entre o DNER e a TELEMAR permitindo a realização de obras de construção de dutos em área pertencente à União não enseja a conclusão da presença de interesse do DNER na lide, mesmo na posição de assistente da impetrante. Da mesma forma, o fato da obra se realizar em imóvel pertencente ao DNER não autoriza o estabelecimento de interesse jurídico da empresa pública. 5. Não há qualquer motivo para a aplicação da regra do art. 47, do CPC, nem qualquer outra referente à intervenção de terceiros no feito, mais precisamente, o DNER. Não há, assim, razão para o conhecimento e julgamento do processo no âmbito da Justiça Federal, devendo o DNER ser excluído da lide. **6. Tendo em vista a efetivação das obras por força da liminar deferida em 1ª Instância, deve-se aplicar a teoria do fato consumado, devendo, assim, ser observada a recomendação do MPF a respeito da obrigação da impetrante de reconstituir todo o patrimônio municipal atingido pelas obras, bem como o meio ambiente, além de reparar eventuais danos materiais e morais que foram causados durante e depois da efetivação das obras relativas ao projeto denominado “Projeto Global da Costa Verde”.** 7. Exclusão do DNER do feito. Processo extinto sem julgamento do mérito em relação ao DNER. 8. Declarada a incompetência absoluta da

Justiça Federal, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. (AMS 199902010463462, Desembargador Federal GUILHERME CALMON/no afast. Relator, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, DJU - Data::16/03/2006 - Página::253.)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO QUE NÃO PODE SER MODIFICADO. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. 1. O pedido inicial da ação civil pública restringiu-se à proibição da construção de posto de gasolina que estaria sendo edificado em faixa de proteção marginal. Dessa forma, tendo a obra sido finalizada, não há como modificar e aproveitar a tutela anteriormente postulada para proibir o seu funcionamento. **2. Consolidação da situação de fato, uma vez que há mais de dois anos o estabelecimento vem funcionando regularmente.** 3. Agravo provido.

(AG 9704394357, MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 26/01/2000 PÁGINA: 530.)

ADMINISTRATIVO. AQUISIÇÃO DE TERRENO DE MARINHA. CERTIDÃO DE INSCRIÇÃO DE OCUPAÇÃO. EXISTÊNCIA. PEDIDO DE ACRÉSCIMO DE ÁREA. COMPROVAÇÃO. ALVARÁ DE LICENÇA DE CONSTRUÇÃO EXPEDIDO PELA PREFEITURA MUNICIPAL. EXISTÊNCIA. CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL. OCORRÊNCIA. COMUNICAÇÃO DO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ACRÉSCIMO DE ÁREA APÓS A CONCLUSÃO DA OBRA. COMPROVAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICAÇÃO. REGULARIZAÇÃO DA OBRA. DIREITO. - “O alvará de licença para construir ou lotear é ato decorrente do direito de propriedade, vinculado às normas regulamentares pertinentes (Código Civil, art. 572) e, por isso, quando o interessado as atende, não pode a Prefeitura negar aprovação ao projeto de construção ou ao plano de loteamento, visto que esse deferimento é uma imposição legal, e não uma faculdade discricionária da Administração.” (Hely Lopes Meirelles; “Direito de Construir”; 6ª Edição) - **Comprovada a existência do alvará de licença para construção e considerando que o pedido de acréscimo de área de terreno de marinha foi requerido antes do início**

da obra, e a comunicação do seu indeferimento pela DPU só ocorreu após a sua conclusão, conforme se depreende da Escritura Pública de Destinação, Identificação e Individualização de Unidades Autônomas Residenciais, para fins de instituição de condomínio, contido às fls. 83/84, entendo que se aplica ao caso a teoria do fato consumado. - Sendo o terreno em questão acrescido de marinha, e não estando em área de uso comum do povo, conforme se depreende do laudo técnico pericial, contido às fls. 126/134, é possível a sua regularização, conforme já determinado na sentença de primeira instância. - Apelações e remessa improvidas.

(AC 200205000044786, Desembargador Federal Paulo Gadelha, TRF5 - Terceira Turma, DJ - Data::28/02/2005 - Página::581 - Nº::39.)

A questão que analisaremos no próximo tópico é justamente se a teoria do fato consumado também pode ser aplicada a edificações que ponham em risco a segurança de voo.

4 A INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO NA TUTELA DA SEGURANÇA DO ESPAÇO AÉREO

Registre-se que, se atualmente a Constituição Federal elenca no rol de direitos fundamentais a razoável duração dos processos judiciais e administrativos, é muito claro que deve haver uma celeridade ainda maior nos processos que possam gerar situações fáticas irreparáveis, especialmente na tutela difusa, de defesa ao meio ambiente, ou nos casos que digam respeito à segurança do voo. Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ao longo dos vários julgamentos proferidos sobre o tema, assentou alguns critérios objetivos utilizados para determinação da duração razoável do processo, mediante o cotejo com as particularidades do caso concreto, nomeadamente: 1) a complexidade do litígio; 2) a conduta pessoal da parte lesada; 3) a conduta das autoridades envolvidas no processo; e 4) o interesse em jogo para o demandante da indenização⁹. O interesse discutido em

⁹ MARTÍN, Agustín Jesús Pérez-Cruz. *Teoría General del Derecho Procesal*. Coruña: Tórculo Edicions, 2005, p. 266-267. O autor indica inúmeros acórdãos proferidos pelo TEDH adotando esses critérios.

concreto nos autos, portanto, tem papel importante para delimitar-se o prazo razoável de duração de um determinado processo¹⁰. Portanto, os processos que digam respeito à tutela da segurança do espaço aéreo devem ser apreciados com prioridade devido aos interesses especiais em jogo.

Pretensões diversas podem colidir com a segurança do espaço aéreo, como, por exemplo, o desejo de construir um prédio que ponha em perigo a decolagem e aterrissagem de aeronaves, ou a intenção de construir um aterro sanitário ou uma granja, empreendimentos que atraem diversos tipos de aves e criam risco de colisão com aeronaves próximas.

É nesse ponto que se faz mister registrar a necessidade de o magistrado, ao apreciar um pleito de concessão de medida liminar nessa seara, verificar se há a reversibilidade da medida em momento posterior, em observância ao art. 273, §2º, do CPC¹¹. Ou seja, antes de conceder uma medida provisória que albergue a construção de obra em área próxima a um aeroporto, deve o julgador verificar se é possível o desfazimento dessa obra em caso de revogação da medida liminar.

A propósito, cabe lembrar a existência de responsabilidade objetiva do requerente da tutela antecipada caso haja sua revogação¹², tal qual ocorre no âmbito das medidas cautelares, na disposição do art. 811 do CPC¹³. Assim, ao promover a construção de um edifício com

10 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p. 72-76 e 90-94.

11 Art. 273. § 2º. Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

12 Nesse sentido: CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 79-80; VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 239-242.

13 “Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).”

base em medida liminar que sabe precária, o autor assume o risco das consequências de seu proceder, isto é, conta com a possibilidade de desfazimento ou demolição da edificação.

Em adendo a isso, entendemos que a inadequação da teoria do fato consumado aos casos de tutela da segurança do voo torna-se patente quando se percebe que a manutenção da construção ilegal como situação fática consolidada significaria a perpetuação de uma ameaça constante e intolerável ao direito à vida dos passageiros de aeronaves. Assim, a teoria do fato consumado não pode ser aplicada na tutela da segurança do voo porque não resta preenchido um dos requisitos adotados pela jurisprudência atual, qual seja, o de que a aplicação da referida teoria não pode trazer prejuízo para terceiros. No caso da segurança de voo, o prejuízo à segurança de terceiros é óbvia e gritante.

Portanto, é ilegítima a aplicação da teoria do fato consumado à tutela da segurança do espaço aéreo, devendo-se, caso ocorra a revogação da medida liminar que permitiu a construção irregular, haver a demolição da obra.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se, ao final deste breve estudo, pela absoluta inadequação da teoria do fato consumado à tutela da segurança do espaço aéreo, tendo em vista, principalmente, a primazia do interesse da sociedade em manter um espaço aéreo seguro quando comparado aos outros interesses em conflito. A solução para a construção irregular é o seu desfazimento.

Não se pode olvidar que a realização de congressos e simpósios para discussão do papel do Poder Judiciário na Segurança de Voo é peça fundamental para a concretização do escopo de uma melhor prestação jurisdicional nessa seara, razão pela qual merece aplausos a iniciativa da Escola da Magistratura Federal da 5ª Região – ESMAFE, das Forças Armadas do Brasil (por meio da Aeronáutica), e do Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos - CENIPA.

CONSUMMATE FACT THEORY AND THE PROTECTION OF AIRSPACE SAFETY

ABSTRACT: This paper analyses the Consummate Fact Theory and the possibility of its application to the protection of airspace safety, concluding that it is inadmissible.

KEYWORDS: Theory of Consummate Fact. Flight safety.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, A. P. Fato consumado. **Informativo jurídico Consulex**, v.19, n.51, p.10-11, dez. 2005.

CARNEIRO, A. G. **Da antecipação de tutela**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRUZ, H. J. D. **A teoria do fato consumado**: necessidade de restringir sua aplicação. Disponível em: <<http://www.coad.com.br/busca/detalhe/3049/42>>. Acesso em: 05 maio 2012.

FERREIRA, O. B. **Fato consumado**: história e crítica de uma orientação da jurisprudência federal. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

KOEHLER, F. A. L. **A razoável duração do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

MARTÍN, A. J. P. **Teoría general del derecho procesal**. Coruña: Tórculo Edicións, 2005.

TESSLER, M. I. B. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. **Revista CEJ**, Brasília, v.8, n. 27, p. 95-101, out./dez. 2004.

VAZ, P. A. B. **Manual da tutela antecipada**: doutrina e jurisprudência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VELOSO, M. E. F. A conclusão do ensino médio como requisito de ingresso na universidade – fato consumado – exame de provas. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, p. 45-49, jul./set. 2004.

O PODER JUDICIÁRIO E A SEGURANÇA DE VOO NO BRASIL: BREVE ESTUDO DE CASOS CONCRETOS RECENTES - ABORDAGEM EM NÍVEL DE PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO

João Bosco Medeiros de Sousa¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Corpo de Bombeiros de SINOP/MT

RESUMO: Este artigo analisa o papel do Poder Judiciário frente à chamada segurança de voo. Aspecto importantíssimo do cotidiano por afetar não apenas interesses do Estado, mas também direitos fundamentais dos cidadãos, usuários ou não, da navegação aérea, a segurança de voo está a merecer cada dia mais a atenção da magistratura em sua missão de dizer o Direito aplicável aos casos concretos que lhe cheguem a julgamento.

1 Juiz Federal da 1ª Vara - PB

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Poder Judiciário. Primeira instância. Segurança de voo. Tráfego aéreo.

1 INTRODUÇÃO

A história tem muito bem registradas as dificuldades enfrentadas pelo Brasil, ao longo das décadas, para consolidar-se como unidade política, econômica e administrativa. Certamente, as dimensões continentais do país são a causa primordial das dificuldades para uma integração nacional digna dessa definição. 8.514.876 quilômetros quadrados de extensão², 16.886 quilômetros de fronteiras terrestres com países vizinhos, 7.367 quilômetros de litoral atlântico, além de uma área agregada a que comumente se denomina de Amazônia Azul³ dão a exata noção de como é difícil essa integração nacional.

Vencidos obstáculos de naturezas diversas, a começar pelas longas distâncias, o século XXI encontrou um país satisfatoriamente integrado dos pontos de vista político, econômico e administrativo, porém é importante não esquecer que até a metade do século passado o Brasil era, na prática, pela dimensão do seu território, e pela má distribuição de população proporcionalmente pequena, uma espécie de “arquipélago”, cujas ilhas seriam, metaforicamente falando, cada um dos Estados, dado que estes eram praticamente isolados uns dos outros, com uma ou outra exceção, como por exemplo Paraíba e Pernambuco, em virtude da pequena distância entre as suas capitais, respectivamente, João Pessoa e Recife.

Uma das ferramentas significativas para incrementar a integração nacional foi sem dúvida a aviação, a militar com o célebre Correio

2 O **Brasil** não se limita fisicamente apenas com o Chile e o Equador.

3 **Amazônia Azul**, terminologia largamente utilizada pela Marinha do Brasil, pode ser ligeiramente explicada nos seguintes termos: é a parte do Oceano Atlântico correspondente ao litoral brasileiro, cobrindo as áreas da Zona Econômica Exclusiva mais a da plataforma continental que a excede. Somadas, essas áreas perfazem mais de 4,5 milhões de quilômetros quadrados, ou seja, quase a metade da extensão territorial terrestre brasileira. A importância da chamada Amazônia Azul pode ser medida pela grande quantidade de riquezas naturais que encerra, a exemplo do petróleo da camada pré-sal. Falando juridicamente, é possível dizer que corresponde às chamadas Águas jurisdicionais brasileiras, também conhecidas sob a sigla AJB.

Aéreo Nacional⁴, e a civil com a implantação de linhas aéreas para transporte de pessoas e mercadorias.

Por força do ordenamento jurídico vigente, a aviação no Brasil pode ser dividida, quanto aos fins, em aviação militar, a cargo exclusivamente das três Forças Armadas⁵, e aviação civil, que por sua vez se desdobra em pública ou privada, englobando assim toda a aviação não incluída no conceito restrito de aviação militar.

Particularizando o caso brasileiro, a intensividade do tráfego aéreo decorrente do binômio aviação civil + aviação militar leva, com certeza, grandes preocupações às autoridades competentes, por força, inclusive, de compromissos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Dessas circunstâncias resultou, por exemplo, a criação e a manutenção do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER, que mais à frente voltará a ser referido.

Os acidentes aeronáuticos implicam, a partir das perdas de vidas humanas, uma série de consequências que extrapolam os aspectos meramente técnicos da atividade aeronáutica, transbordando inevitavelmente para o jurídico.

Quanto a isso, o direito aeronáutico, cuja legislação compete à União⁶, surge com invulgar relevância, tanto que integra a competência dos juízes federais⁷ em razão, precisamente, do interesse da União.

O interesse da União nessa matéria impõe, subsidiariamente, uma leitura econômica do Direito como um todo, pois, especialmente na chamada aviação comercial, as “leis do mercado” têm enorme relevância.

Nesse contexto, a prevenção de acidentes aeronáuticos ou, noutras palavras, a segurança de voo, é assunto merecedor da atenção dos juízes federais, no seu dia a dia judicante.

2 BRASIL: TRÁFEGO AÉREO E SEGURANÇA DE VOO

O tráfego de aeronaves no espaço aéreo pressupõe, logicamente, a utilização de aerovias, que nada mais são do que caminhos, ou

4 **Correio Aéreo Nacional**, cuja sigla é **CAN**, é o serviço postal da Força Aérea Brasileira, inaugurado em 1931 sob a denominação de Serviço Postal Aéreo Militar, com o objetivo de suprir graves deficiências de integração entre as diversas regiões do país. Transporta correspondências principalmente, mas também pessoas e mercadorias. Em termos práticos, nos dias correntes viabiliza a presença do Estado principalmente em comunidades inacessíveis ou de difícil acesso por outros meios.

5 **Constituição Federal**, art. 142, caput, e Emenda Constitucional n.º 18, de 05/fevereiro/1998.

6 **Constituição Federal**, art. 22, I.

7 **Constituição Federal**, art. 109, I.

rotas aéreas, que, obedecendo a traçados imaginários, viabilizam os deslocamentos de aeronaves de qualquer natureza, isto é, públicas e privadas, com as indispensáveis segurança e disciplina.

Mas, sob o conceito amplo de segurança de voo abrigam-se vários aspectos subsidiários à atividade meramente aviatória, como por exemplo a segurança aeroportuária.

A Força Aérea Brasileira – FAB, através do seu Centro de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – CENIPA, órgão central do Sistema de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SIPAER, é responsável em todo o território nacional pela prevenção desse tipo de acidentes, seja na aviação militar, seja na aviação civil. E o faz investigando as causas das ocorrências com o fim de evitar outros acidentes.

Com efeito, o Brasil assinou em 1944, portanto durante a Segunda Guerra Mundial, na cidade norte-americana de Chicago, a Convenção de Aviação Civil Internacional, mais conhecida como Convenção de Chicago. Esse documento prevê que investigações sobre causas de acidentes aeronáuticos visam prevenir novas ocorrências. Nesse sentido, a identificação de responsabilidades penais e civis extrapola as atividades institucionais do CENIPA, sendo atribuição da investigação policial.

Atualmente, o CENIPA se desdobra em sete Serviços Regionais de Investigação e Prevenção de Acidentes Aeronáuticos – SERIPAs, localizados respectivamente nas cidades de Belém/PA, Recife/PE, Rio de Janeiro/RJ, São Paulo/SP, Canoas/RS, Brasília/DF e Manaus/AM.

3 O DIREITO APLICÁVEL E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal, nos artigos 5º, incisos XXII e XXIII, 22, inciso I⁸, a Lei Complementar n.º 97, de 09/junho/1999, art. 18,

8 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (...).”

“Art. 22 Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; (...).”

IIº, o Código Brasileiro de Aeronáutica, que é a Lei nº. 7.565, de 19/ dezembro/1986, artigos 43/46¹⁰, além do Decreto n.º 6.834/2009, da Resolução CONAMA n.º 04, de 09/outubro/1995 e da Portaria GC5 n.º 256, de 13/maio/2011, constituem basicamente a legislação e a regulamentação aplicáveis.

Em geral, em se tratando de ações judiciais correspondentes à proteção de área de segurança aeroportuária, as ações mais comuns são a civil pública¹¹, a popular¹², a de nunciação de obra

9 “Art. 18. Cabe à Aeronáutica, como atribuições subsidiárias particulares:

.....
II - prover a segurança da navegação aérea; (...).”

10 “Art. 43. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais.

Parágrafo único. As restrições a que se refere este artigo são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embarçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

Art. 44. As restrições de que trata o artigo anterior são as especificadas pela autoridade aeronáutica, mediante aprovação dos seguintes planos, válidos, respectivamente, para cada tipo de auxílio à navegação aérea:

I - Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos;

II - Plano de Zoneamento de Ruído;

III - Plano Básico de Zona de Proteção de Helipontos;

IV - Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea.

§ 1º De conformidade com as conveniências e peculiaridades de proteção ao voo, a cada aeródromo poderão ser aplicados Planos Específicos, observadas as prescrições, que couberem, dos Planos Básicos.

§ 2º O Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos, o Plano Básico de Zoneamento de Ruído, o Plano de Zona de Proteção de Helipontos e os Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea serão aprovados por ato do Presidente da República.

§ 3º Os Planos Específicos de Zonas de Proteção de Aeródromos e Planos Específicos de Zoneamento de Ruído serão aprovados por ato do Ministro da Aeronáutica e transmitidos às administrações que devam fazer observar as restrições.

§ 4º As Administrações Públicas deverão compatibilizar o zoneamento do uso do solo, nas áreas vizinhas aos aeródromos, às restrições especiais, constantes dos Planos Básicos e Específicos.

§ 5º As restrições especiais estabelecidas aplicam-se a quaisquer bens, quer sejam privados ou públicos.

Art. 45. A autoridade aeronáutica poderá embargar a obra ou construção de qualquer natureza que contrarie os Planos Básicos ou os Específicos de cada aeroporto, ou exigir a eliminação dos obstáculos levantados em desacordo com os referidos planos, posteriormente à sua publicação, por conta e risco do infrator, que não poderá reclamar qualquer indenização.

Art. 46. Quando as restrições estabelecidas impuserem demolições de obstáculos levantados antes da publicação dos Planos Básicos ou Específicos, terá o proprietário direito à indenização”.

11 Lei n.º 7.347/1985.

12 Lei n.º 4.717/1965.

nova¹³, as cautelares¹⁴, as ordinárias, podendo eventualmente ser manejadas ações penais¹⁵. Por outro lado, em casos de acidentes aeronáuticos, as ações penais, nas hipóteses de dolo ou culpa, e civis de indenização para reparação de danos estão entre as mais comumente propostas.

O papel do Poder Judiciário é, como não poderia deixar de ser, o de dizer o direito aplicável aos casos concretos que lhe cheguem para julgamento. Conforme ficou dito antes, no tocante à Justiça Federal, a competência decorre do interesse da União nessa matéria, tanto que a legislação sobre o Direito Aeronáutico é privativa da própria União.

Certamente as demandas chegadas ao Poder Judiciário, quase sempre por intermédio do seu primeiro grau de jurisdição, na maioria das vezes extrapolam a normatização posta pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, transbordando para os direitos civil, administrativo e penal. Isso exige dos julgadores amplo domínio do ordenamento jurídico, da jurisprudência e da doutrina, além de noções, mínimas que sejam, da atividade aeronáutica.

4 ACIDENTE AERONÁUTICO: BREVE ESTUDO DE CASO (A)

Nos últimos anos, a mídia brasileira, seguindo tendência internacional, tem-se esmerado na cobertura de acidentes aeronáuticos com perda de vidas humanas. Assim, variados aspectos técnicos da navegação aérea e da segurança de voo são disponibilizados ao grande público, embora sem o necessário rigor científico.

De todo modo, o interesse jornalístico associado ao direito de informar tem conseguido despertar em muitas pessoas atenção à chamada segurança de voo.

Provavelmente essa atenção decorre do “medo de voar”¹⁶ que aflige a maioria das pessoas, mas também do “glamour” da aviação.

13 Código de Processo Civil, arts. 934 a 940.

14 Código de Processo Civil, arts. 796 a 889.

15 Código de Processo Penal, arts. 24 a 62.

16 Sobre o medo de voar, vale transcrever, por mera ilustração, a seguinte crônica, de autoria do escritor paraibano Carlos Romero, publicada no jornal Correio da Paraíba, edição do dia 08/junho/2009: Reflexões Aéreas. Confesso que não sinto medo das viagens aéreas, desde o meu debut nestas

Exemplo pontual de acidente aeronáutico que teve enorme repercussão, no Brasil principalmente, mas também no exterior, aconteceu no dia 29/setembro/2006, nos céus do Estado do Mato Grosso, quando um avião Boeing 737-800, prefixo PR – GTD, da Gol Transportes Aéreos S/A, bateu em pleno voo com um avião Embraer Legacy 600, prefixo N600XL, da empresa americana Excel Air Service.

Para o Boeing da Gol, era o voo 1907, de Manaus/AM para Brasília/DF, com 154 pessoas a bordo, das quais seis tripulantes; para a outra aeronave, o Legacy, o trecho a ser voado seria São José dos Campos/SP, com escala em Manaus/AM, e destino final nos Estados Unidos da América, conduzindo no momento da colisão sete pessoas, entre as quais dois pilotos.

experiências. E para ser franco, leitor, eu sinto uma grande euforia quando subo aquela escadinha da aeronave. Nunca pensei na possibilidade de um acidente aéreo. Digo sempre com os meus botões: é tão raro um avião cair!...

E fazendo uma reflexão filosófica, será que este nosso corpo de carne e osso, que nos transporta da infância à velhice, seguro? Lembrar que ao sairmos de casa, pela manhã, muita coisa pode acontecer, desde um acidente de automóvel a uma súbita parada cardíaca. E aqui para nós, parada cardíaca é parada... E pensando bem, é melhor do que ficar numa UTI, cercado de aparelhos por todos os lados. Com a parada cardíaca, você se livra de muita coisa chata, inclusive de hospital, balão de oxigênio, injeções e outras coisas...

Por que, então, esse medo de avião, que em relação aos outros transportes, é muito mais seguro? De viagem aérea, só não gosto da estreiteza de espaço entre as poltronas, do apertadíssimo sanitário, das comidinhas sem graça trazidas pelos comissários de bordo, e só. Todavia, adoro aquele silêncio, quebrado, vez por outra, pelo choro espremido de uma criança. E o doce zunzum do ar condicionado? Depois, que gostosura ler num avião...

A viagem aérea tem também a sua didática: quando o aparelho decola lembra quando a gente deixa a carne, isto é, quando morre, em busca de outros ares. E que gostoso saber que estamos acima das nuvens!... O chato, como já disse, é não poder ficar caminhando entre as poltronas. E aqui me lembro de minha sobrinha cardiologista, Lúcia, que na viagem que fizemos há alguns meses para a Austrália, com um vôo que durou 17 horas, aconselhou-nos a usar umas meias de compressão enormes, ridículas e chatas. E tudo isso para evitar trombose. E recomendou ainda que eu, vez por outra, fizesse uma caminhada no próprio avião, já pensou o leitor? Tudo para evitar o "trombo", que intercepta a circulação sanguínea.

Como se vê, vivemos cercados de possíveis acidentes. Não culpemos as aeronaves, hoje moderníssimas, muito diferente daquela geringonça inventada pelo brasileiro Santos Dumont, cujo invento ocorrido no começo do século deixou toda a Paris boquiaberta. Feito que os franceses estiveram comemorando, outro dia, junto a Torre Eiffel.

O inventor brasileiro não teve medo de se meter naquele troço sem nenhuma segurança. Enquanto isso, muita gente com medo de subir aquela escadinha até a uma moderníssima aeronave, munida de todos os dispositivos de segurança...

Concluindo, ninguém está seguro, nesta vida. Desde o momento em que deixamos a casa, manhã cedo, até à noite, quantas turbulências, quantos desastres podem acontecer... Lembrar que as máquinas inventadas pelo homem, a exemplo dos aviões, estão sujeitas a quedas. Mas, nisso tudo, quem riem por último são os pássaros, as borboletas e os urubus, criadas por Deus. Quanta segurança nos seus voos... Nunca ninguém viu um urubu cair morto...

Nesse caso, observando apenas o aspecto penal, houve a propositura de uma ação pelo Ministério Público Federal – MPF em desfavor de Jomarcelo Fernandes dos Santos, Lucivando Tibúrcio de Alencar, Leandro José Santos de Barros, Felipe dos Santos Reis, brasileiros, controladores de voo militares; e Joseph Lepore e Jan Paul Paladino, norte-americanos, pilotos da aeronave Legacy.

Tramitando perante a Vara Federal Única de Sinop/MT, essa ação foi desmembrada; na de n.º 384-67.2011.4.01.3603 permaneceram os acusados brasileiros; e nas de n.º 2368-28.2007.4.01.3603 e 2947-05.2009.4.01.3603 os americanos, todos acima mencionados.

Em primeiro grau de jurisdição, na ação de n.º 384-67.2011.4.01.3603 o acusado Lucivando Tibúrcio de Alencar foi condenado nas penas dos arts. 261, § 3º c/c 263, 258 e art. 121, § 3º, do Código Penal, e o acusado Jomarcelo Fernandes dos Santos foi absolvido.

E nas ações de n.º 2368-28.2007.4.01.3603 e 2947-05.2009.4.01.3603 os acusados Joseph Lepore e Jan Paul Paladino foram condenados nas penas dos arts. 261, § 3º c/c 263, 258 e art. 121, § 3º, do Código Penal.

Todas essas ações estão em grau de recurso perante o TRF1.

O desconhecimento desses autos processuais impede, agora, uma avaliação das provas produzidas. De qualquer maneira, fica exemplificado como o Poder Judiciário pode, e deve, atuar em casos dessa natureza.

Sobre esse acidente, especificamente, Ivan Sant’anna escreveu um primoroso artigo, intitulado “Cadeia de Erros”¹⁷, publicado na Revista Piauí, de leitura quase obrigatória por quem se interessar por aviação e segurança de voo.

17 A leitura do conteúdo das duas caixas-pretas do X-Ray Lima foi feita por uma empresa especializada do Canadá. Foram então reproduzidos todos os diálogos travados no *cockpit*, assim como os procedimentos de pilotagem adotados por Lepore e Paladino. Com isso, tudo que se passou a bordo tornou-se um livro aberto.

Se Lepore e Paladino tiveram grande parcela de culpa no desastre do Gol 1907, a responsabilidade dos controladores de voo brasileiros não foi menor. Em seu laudo, um dos apêndices do relatório

5 PREVENÇÃO DE ACIDENTES AERONÁUTICOS: BREVE ESTUDO DE CASO (B)

Hipótese típica de prevenção de acidentes aeronáuticos levada à decisão do Poder Judiciário é o conhecido, pelo menos localmente, caso do Aeroclub de Paraíba¹⁸.

Resumindo, o aeródromo desse aeroclube foi construído por volta do ano 1963, ao lado da respectiva sede sociodesportiva, em

do Cenipa, o NTSB americano salientou, adequadamente, que Lepore e Paladino tentaram, sem sucesso, entrar em contato com o Cindacta 1 por pelo menos quinze vezes na meia hora que antecedeu à colisão.

Os operadores do Centro de Controle Aéreo de Brasília simplesmente não selecionaram em seus equipamentos as frequências 123,3 e 133,05 mega-hertz, previstas nas cartas aeronáuticas para aquele setor e usadas pelos pilotos do Legacy. Se a seleção tivesse sido feita no console, conforme ditavam as normas, o nível errado de voo e o desligamento do *transponder* teriam sido detectados e a colisão não ocorreria.

Entre os erros graves cometidos pelo Cindacta 1, um dos principais foi o de não ter chamado o Legacy assim que os sinais do *transponder* desapareceram das telas de radar. Isso ocorreu às 19h02 Zulu, ou seja, 54 minutos antes do choque com o Boeing da Gol.

Outra causa contribuinte do acidente foi a instrução dada, pela torre de São José dos Campos, para que o Legacy seguisse até o Aeroporto Internacional de Manaus no nível de voo 370, o que significava voar a maior parte do percurso na contramão. Embora se deva supor que nenhum piloto, em pleno juízo, vá considerar como última palavra uma autorização de nível de cruzeiro para uma distância (2,7 mil quilômetros) e um tempo de voo (três horas e 34 minutos) tão grandes, essa permissão descuidada e errada foi usada na defesa de Lepore e Paladino.

O inglês deficiente dos controladores de voo, aliado à apatia dos pilotos americanos em lidar com a fraseologia muitas vezes incompreensível dos operadores brasileiros, fez com que ambos os lados procurassem se comunicar o mínimo possível. Inúmeras oportunidades para a correção do nível de voo e para o restabelecimento das emissões do *transponder* foram perdidas por causa desse descaso.

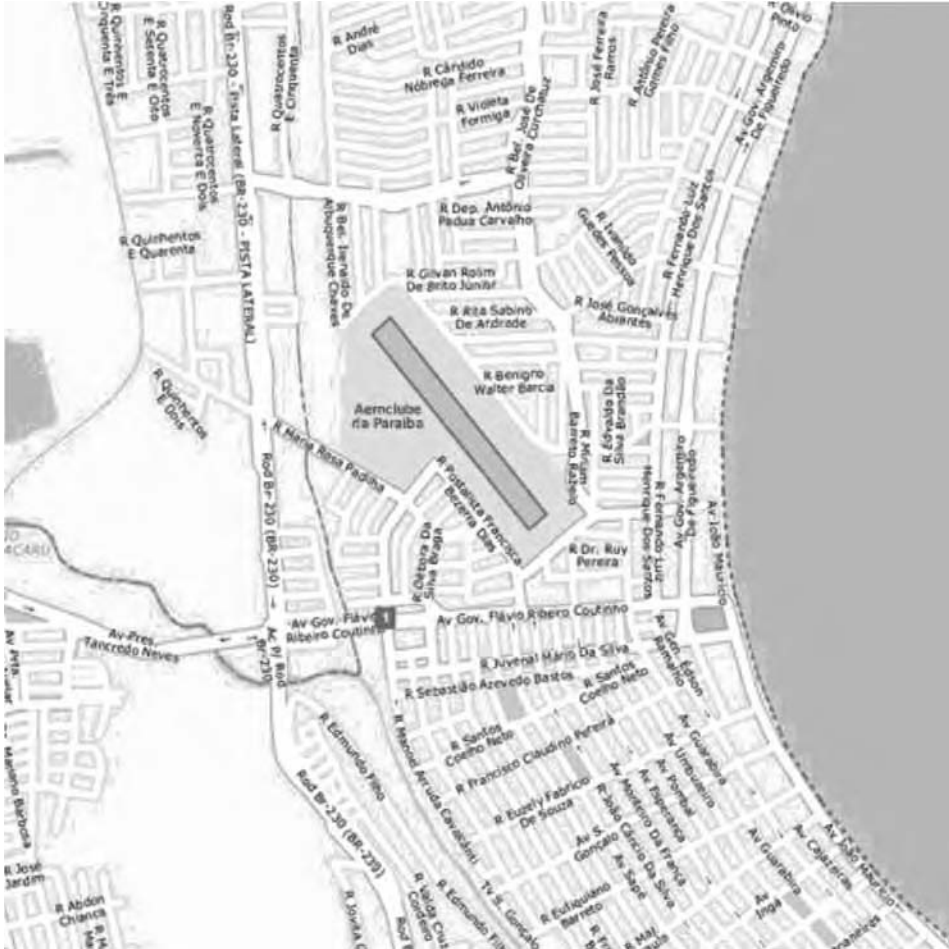
Para Lepore e Paladino, faltou *airmanship*. Para os controladores, entre diversas outras coisas, um melhor treinamento em inglês. Só como exemplo, a última avaliação dos operadores de São José dos Campos nesse quesito havia sido feita em 2003. Nela, cinco dos profissionais obtiveram resultado “não satisfatório”. Mas nenhum deles foi afastado do serviço. Continuaram se “comunicando” com pilotos estrangeiros. O mesmo aconteceu com o pessoal do Cindacta 1. Segundo a própria Aeronáutica, Jomarcelo Fernandes dos Santos, o sargento que assumiu primeiramente o Legacy no console, tem conhecimento limitado da língua inglesa.

Entre as causas do acidente, há que se considerar também a liberação prematura, por parte da Embraer, da aeronave para traslado, tendo em vista que Joe Lepore e Jan Paladino tinham poucas horas de voo no equipamento Legacy. O mais prudente era que ambos fossem acompanhados, entre São José dos Campos e Fort Lauderdale (ou, no mínimo, entre São José e Manaus), por um piloto da própria Embraer.

Não foi preciso muito tempo, nem muito estudo, para se apurarem as causas do desastre: imperícia e negligência dos pilotos do jatinho, imperícia e negligência dos controladores de voo e afobação do fabricante (Embraer) e do operador (ExcelAire) na hora de entregar e de receber o avião. Esses ingredientes combinados foram responsáveis pela morte das 154 pessoas que viajavam no Boeing.

18 **Aeroclub de Paraíba** é uma associação civil de utilidade pública, com patrimônio e administração próprios, cujos objetivos principais são o ensino e a prática da aviação civil, da aviação desportiva em todas as suas modalidades e da aviação de turismo.

área que nos dias correntes é densamente habitada, conforme o mapa¹⁹ abaixo:



Quer dizer, no entorno da pista de pouso foram construídos inúmeros edifícios de médio e grande porte, a maior parte deles residenciais, segundo a planta adiante reproduzida²⁰, constituindo ditas edificações nítidos obstáculos à segurança de voo:

19 Fonte: página do Aeroclube da Paraíba na rede mundial de computadores (www.aeroclubedaparaiba.com.br/index.php?id=localizacao).

20 Fonte: laudo pericial oficial elaborado pela ATECEL – Associação Técnico-Científica Ernesto Luiz de Oliveira Júnior, nos autos do Processo nº. 5600-93.2002.4.05.8200, datado de 16 dez. 2009.



PRÉDIOS	DISTÂNCIA AO EIXO DA PISTA
Firenze Palazzo	419,67m
Amataí Residence	208,47m
Residencial Sangalo	247,38m
Trianon	416,78m
Ilhas Gregas	358,21m
Residencial Gaudí	667,09m
Maison Elisabeth	897,71m
Residencial Walross	739,19m
Residencial Rio Tarumã	696,96m
Valle Vizcaya	651,16m
Valle Werzaca	751,23m
Coliseum Residence	777,86m
Residencial Rubayat	318,68m
Cond. Residencial Andromeda	373,17m
Residencial Kadoshi	534,66m
Residencial Caruzo	447,48m
Condomínio Res. Mar de Bertioga	499,30m
Residencial Caladium	423,89m
Honnover Residence	529,21m

Essa situação levou, inicialmente, ao ajuizamento de três ações judiciais perante a Justiça Federal, havendo sido distribuídas à 1ª Vara Federal da Paraíba; essas ações foram as seguintes: ação popular (Processo nº. 5600-93.2002.4.05.8200), cujo objeto foi a declaração de nulidade de alvarás de construção de edifícios erigidos na zona de proteção de voo do Aeroclube da Paraíba, excedentes da altura máxima permitida, a interdição, a desocupação e a demolição desses edifícios, a condenação em perdas e danos dos responsáveis pelos alvarás e pelas fiscalizações das construções e a interdição daquele aeródromo; ação ordinária (Processo nº. 5167-89.2002.4.05. 8200), cujo objeto foi o embargo da construção do Edifício Ami Tai Residence, nesta capital, no que ultrapassar a altura de 34,04m (trinta e quatro vírgula zero quatro metros) e a declaração de nulidade do alvará de construção; ação ordinária (Processo nº. 4589-29.2002.4.05.8200), cujo objeto foi a paralisação das obras de construção do edifício Ami Tai Residence, nesta capital, a demolição dos andares que ultrapassem a altura de 34,04 m (trinta e quatro metros e quatro centímetros), o pagamento de multa arbitrada em medida cautelar, a invalidação de alvará para construção do edifício Ami Tai Residence, o registro das restrições sobre a construção de imóveis no entorno do Aeroclube da Paraíba e a exigência de autorização prévia da autoridade aeronáutica em futuras construções.

Na ação popular²¹, o pedido foi julgado parcialmente procedente, com a declaração de nulidade de alvarás de construção de edifícios, expedidos pelo município de João Pessoa, e a determinação de desocupação e subsequente demolição dos pavimentos encontrados acima da altura máxima permitida.

Na primeira ação ordinária²², o pedido foi também julgado parcialmente procedente, com a declaração de nulidade de alvarás de licença de construção expedidos pelo município de João Pessoa e da perda de objeto da ação quanto ao embargo de obras de construção do Edifício Ami-Tai Residence.

E, por fim, na segunda ação ordinária²³, o pedido foi, de igual

21 Aguardando remessa ao TRF5.

22 Em grau de recurso perante o STJ.

23 Em grau de recurso perante o TRF5.

forma, julgado parcialmente procedente, com a determinação de demolição de apartamentos do edifício Ami-Tai Residence a partir do 11º pavimento, a declaração de nulidade de alvará de licença de construção expedido pelo município de João Pessoa e a determinação de registro, na Diretoria de Estudos e Projetos Urbanísticos e Habitacionais da Secretaria de Desenvolvimento e Controle Urbano do Município de João Pessoa, das restrições especiais incidentes sobre o referido edifício; e também o reconhecimento da perda de objeto da ação quanto ao pedido de embargo da construção do edifício Ami-Tai Residence.

Do exame dos respectivos autos, é fácil constatar que a prova pericial, clara e contundente, orientou as sentenças do ponto de vista técnico extrajurídico.

As pretensões dos autores das três ações, parcialmente atendidas em primeiro grau de jurisdição, como ficou antes registrado, encontraram algum apoio na legislação, na doutrina e na jurisprudência; com efeito, constatado o perigo iminente à segurança de voo, aquelas decisões judiciais priorizaram o respeito à vida dos habitantes da área do entorno do aeródromo do Aeroclube da Paraíba.

Comprovando esse perigo iminente, é oportuno reproduzir matéria jornalística posterior à prolação das comentadas sentenças. Tratam as notícias de dois acidentes, felizmente de pequenas dimensões, ocorridos nos dois últimos anos no aeródromo do Aeroclube da Paraíba.





Como não poderia deixar de ser, o assunto teve e continua tendo repercussão na sociedade pessoense. E a imprensa, pelo menos parte dela, refletiu as opiniões daqueles que de certa maneira consideraram descabida a “intromissão” do Poder Judiciário nessa matéria, consoante é possível ver da “charge” adiante reproduzida, exemplificativamente:



6 CONCLUSÃO

O vasto território brasileiro, inclusive a chamada Amazônia Azul que a ele é “acrescentada” por ficção jurídica, implica o maciço emprego de aeronaves públicas e privadas, brasileiras notadamente, mas também de aeronaves estrangeiras ocasionalmente autorizadas a voar por aqui.

O tráfego aéreo num país com as características geográficas e geopolíticas do Brasil tem grande relevância social e econômica, levando conseqüentemente a inevitáveis situações fáticas cuja submissão

ao Poder Judiciário representa a única alternativa à disposição dos interessados.

“Sobre campos, cidades e mares”, como diz um trecho do hino ao Avião Brasileiro²⁴, a atividade aeronáutica brasileira é sinônimo de constância e de intensidade, que a coloca entre as mais importantes do mundo.

A segurança de voo, aqui especialmente no sentido de prevenção de acidentes e de incidentes aeronáuticos, é por consequência, atividade de interesse público e não apenas de indivíduos ligados de alguma forma ao dia a dia aeronáutico, mas consabidamente abrange um amplíssimo leque de hipóteses, que vão dos acidentes ou sinistros propriamente ditos à segurança aeroportuária.

Assim compreendida sob o binômio prevenção-reparação de danos, é matéria sujeita ao crivo do Poder Judiciário. Preventivamente, como no caso do Aeroclube da Paraíba, e, reparadoramente, como no acidente que envolveu um Airbus da Gol, voo 1907, e uma aeronave Legacy 600 da Embraer, em 29/setembro/2006, no espaço aéreo brasileiro correspondente ao Estado do Mato Grosso. Com efeito, acidentes aeronáuticos revelam, na prática, danos físicos, inclusive e principalmente a perda de vidas humanas, e materiais, implicando na grande maioria dos casos a judicialização dos conflitos de interesse daí decorrentes.

Sim, porque das perdas humanas e materiais sempre cabem reparações civis e imputações penais em desfavor de quem se tenha havido com culpa ou dolo, contribuindo ou causando acidentes e/ou incidentes aeronáuticos.

É nesse contexto, portanto, que o Poder Judiciário exerce o seu papel constitucional, em nome do Estado, dizendo o direito aplicável às hipóteses levadas ao seu julgamento.

THE JUDICIARY AND FLIGHT SAFETY IN BRAZIL BRIEF STUDY OF RECENT REAL CASES AN APPROACH AT THE FIRST INSTANCE OF THE JUDICIARY

ABSTRACT: The paper examines the role of the judiciary regarding the so-called flight safety. This is an important aspect of everyday life since

24 Letra: Armando Sena de Menezes; música: João Nascimento.

it affects not only the State interests, but also the fundamental rights of citizens, whether or not users of air navigation. The flight safety issue is getting more and more attention from the judiciary in its task to apply the law to real cases which come to court.

KEYWORDS: Law. Judiciary. First instance. Flight safety. Air traffic.

REFERÊNCIAS

PEDRO, F. A. F. Confidencialidade no processo de investigação de acidentes aeronáuticos à luz da supremacia do interesse público. **Revista Conexão SIPAER**, v.3, n.1, nov.2011.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002.

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro (1973). Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 2002.

BRASIL. Código Penal Brasileiro (1940). Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

LACERDA, J. C. S. **Curso de direito comercial marítimo e aeronáutico**. 2. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974.

PACHECO, J. S. Das limitações de ordem pública e social, nas zonas de proteção de aeródromos e helipontos, em prol da segurança da navegação aérea. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 80, jul. 2000.

SANTOS, T. A. **Direito da navegação (marítima e aérea)**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

PINTO, M. L. M. Programa MOSA: maintenance organizations safety audit. **Revista Conexão SIPAER**, v. 3, n. 1, nov. 2011.

SANTANA, I. Cadeia de erros. **Revista Piauí**. Disponível em: <<http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-57/questoes-aeronauticas/cadeia-de-erros>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

A TUTELA DA SEGURANÇA DE VOO EM FACE DO USO DO SOLO NO ENTORNO DE AERÓDROMOS - O PODER DE POLÍCIA AERONÁUTICO À LUZ DA PORTARIA N.º 256/GC5, DE 2011 - COMAER

Aloysio Cavalcanti Lima¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Juca Varella/Folhapress

RESUMO: O presente estudo trata da preservação da segurança de voo, nomeadamente do respeito aos planos de zoneamento traçados pela autoridade aeronáutica. Aborda a competência de planejamento e fiscalização dos empreendimentos localizados no entorno dos aeródromos. Salienta a autoexecutoriedade das medidas administrativas tendentes à eliminação dos riscos ao transporte aéreo e os limites de convalidação de empreendimentos ofensivos à aeronavegação.

PALAVRAS-CHAVE: Aeronáutica. Servidão. Poder de polícia. Autoexecutoriedade. Riscos. Preservação. Segurança.

1 Juiz Federal Substituto da 8ª Vara - AL, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas - UFAL

1 INTRODUÇÃO

A exploração da navegação aérea é traço da atual sociedade de riscos. Em nome do encurtamento de distâncias e da aproximação dos agentes econômicos, são tolerados os perigos inerentes ao meio de transporte aéreo. A redução das ameaças ao deslocamento de pessoas e bens, entretanto, deve ser constante preocupação dos atores envolvidos no processo, ainda que as medidas de precaução atinjam o interesse de particulares.

A autoridade aeronáutica assume fundamental importância no planejamento e fiscalização de empreendimentos que atentem contra a segurança do voo, sobretudo no entorno de aeródromos. A par de regulamentar a atividade aérea, incumbe ao Comando da Aeronáutica - COMAER o pleno exercício do poder de polícia, que compreende desde recomendações mitigadoras do risco a aeronaves até providências para remoção de obstáculos indevidamente impostos por particulares.

2 SERVIDÃO AERONÁUTICA

A Constituição Federal outorga à União a competência privativa para legislar sobre direito aeronáutico (artigo 22, I). Especificamente sobre a tutela da segurança de voo no entorno de aeródromos, o comando constitucional é densificado pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565, de 19 de dezembro de 1986), que dispõe sobre a proteção da zona aeroportuária, *verbis*:

Art. 43. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais.

Parágrafo único. As restrições a que se refere este artigo são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embaraçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

Art. 44. As restrições de que trata o artigo anterior

são as especificadas pela autoridade aeronáutica, mediante aprovação dos seguintes planos, válidos, respectivamente, para cada tipo de auxílio à navegação aérea: I - Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos; II - Plano de Zoneamento de Ruído; III - Plano Básico de Zona de Proteção de Helipontos; IV - Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea.

§ 1º De conformidade com as conveniências e peculiaridades de proteção ao voo, a cada aeródromo poderão ser aplicados Planos Específicos, observadas as prescrições, que couberem, dos Planos Básicos.

§ 2º O Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos, o Plano Básico de Zoneamento de Ruído, o Plano de Zona de Proteção de Helipontos e os Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea serão aprovados por ato do Presidente da República. (OBS: competência delegada ao Comandante da Aeronáutica pelo artigo 23, inciso XXVI, do Decreto nº 6.834, de 30 de abril de 2009).

§ 3º Os Planos Específicos de Zonas de Proteção de Aeródromos e Planos Específicos de Zoneamento de Ruído serão aprovados por ato do Ministro da Aeronáutica e transmitidos às administrações que devam fazer observar as restrições.

§ 4º As Administrações Públicas deverão compatibilizar o zoneamento do uso do solo, nas áreas vizinhas aos aeródromos, às restrições especiais, constantes dos Planos Básicos e Específicos.

§ 5º As restrições especiais estabelecidas aplicam-se a quaisquer bens, quer sejam privados ou públicos.

Art. 45. A autoridade aeronáutica poderá embargar a obra ou construção de qualquer natureza que contrarie os Planos Básicos ou os Específicos de cada aeroporto, ou exigir a eliminação dos obstáculos levantados em desacordo com os referidos planos, posteriormente à sua publicação, por conta e risco do infrator, que não poderá reclamar qualquer indenização.

Art. 46. Quando as restrições estabelecidas impuserem demolições de obstáculos levantados antes da publicação dos Planos Básicos ou Específicos, terá o proprietário direito à indenização.

Lançadas as bases normativas dos regulamentos aeronáuticos emitidos pelo COMAER, delimita-se o objeto do presente estudo aos empreendimentos que oferecem riscos à aviação, nos termos da Portaria n.º 256/GC5, de 2011.²

A compreensão da temática exige a definição do Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromo, entendido como o “conjunto de superfícies limitadoras de obstáculos que estabelece as restrições impostas ao aproveitamento das propriedades dentro da zona de proteção de um aeródromo” (art. 2º, XLII, da Portaria n.º 256, GC5). Trata-se de verdadeira zona de restrição que inibe a todos de promoverem empreendimentos potencialmente lesivos à aviação.

Com base em critérios técnicos, a autoridade aeronáutica traça verdadeira zona de exclusão de obstáculos aéreos. Demarca os limites de tolerância para que os objetos/obras possam se projetar no espaço sem afetar adversamente a segurança e a regularidade das operações de voo. Esses limites subdividem-se em superfícies limitadoras de obstáculos aeródromos/helipontos, limitadoras de obstáculos de auxílio à navegação aérea e limitadoras de obstáculos de procedimentos de navegação aérea.³

Ao presente estudo, importam as superfícies limitadoras que previnem possíveis colisões de aeronaves com os obstáculos propriamente ditos (art. 2º, XLII, da Portaria n.º 256, GC5). Trata-se de verdadeira servidão aeronáutica, definida por José da Silva Pacheco, como “as limitações necessárias à realização de operações de decolagem e aterrissagem das aeronaves assim como ao controle e direção destas, tanto no aeródromo como em sua aproximação, implicando em última análise, em benefício da navegação aérea, tendo em vista a inviolabilidade do direito-garantia à segurança e à vida”.⁴

2 A normatização aeronáutica foi extraída da aula “A Judicialização da Área de Segurança Aeroportuária”, ministrada pelo Tenente Renato Bretas Ribeiro, Adjunto Jurídico da Consultoria Jurídica do Comando da Aeronáutica – COJAER, no seminário “O Papel do Poder Judiciário na Segurança de Voo”, promovido pela Escola da Magistratura Federal da 5ª Região.

3 Cf. art.1º da Portaria n.º 256 – CG5.

4 PACHECO, José da Silva. Das Limitações de Ordem Pública e Social, nas Zonas de Proteção de Aeródromos e helipontos, em Prol da Segurança da Navegação Aérea. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. Disponível em: <http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1698.htm> <<http://jus.com.br/revista/texto/21746>>. Acesso em: 14 maio 2012.

3 PODER DE POLÍCIA AERONÁUTICO - AUTOEXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A violação dos domínios da servidão aeronáutica configura o que se denomina por efeito adverso, cujas hipóteses de ocorrência encontram-se estabelecidas no art. 89 da Portaria n.º 256, CG5:

Art. 89. Um objeto ou uma atividade pode afetar adversamente a segurança ou a regularidade das operações aéreas se:

I - sua altitude/altura ultrapassar as superfícies limitadoras de obstáculos de aeródromos/helipontos, de auxílios a navegação aérea e de procedimentos de navegação aérea previstas nesta Portaria;

II - sua dimensão, estrutura física, material empregado, radiação eletromagnética ou condição inercial afetar a operação de sistemas de telecomunicações, vigilância ou demais auxílios à navegação aérea;

III - restringir a visualização da torre de controle com relação às pistas de pouso, de táxi, helipontos, circuito de tráfego, ou de outras áreas consideradas importantes para a prestação do serviço de controle de aeródromo;

IV - causar impacto na capacidade e/ou eficiência das operações em um aeródromo/heliponto;

V - afetar o comprimento de uma pista planejada ou existente de um aeródromo; ou

VI - for considerado implantação de natureza perigosa e estiver localizado nas Superfícies de Aproximação, Decolagem e Transição, com exceção de raios laser, que devem ser tratados nos termos do art. 66.

Verificada a ocorrência dessas irregularidades, imperiosa a comunicação do fato à Advocacia Geral da União e ao Ministério Público Federal, para providências cabíveis (art. 95, VII da Portaria n.º 256 – CG5). Essa providência, porém, não anula as prerrogativas da autoridade aeronáutica em promover, *manu militari*, o embargo e a desobstrução dos obstáculos que ofereçam riscos a aeronaves e à operação dos aeródromos.

Nesse sentido, dispõe o art. 102, Portaria n.º 256 – CG5, *verbis*:

Art. 102. Na infração às normas estabelecidas nesta Portaria, bem como na legislação complementar, o

COMAER, por intermédio da Junta de Julgamento da Aeronáutica, poderá impor as seguintes providências administrativas:

(...)

IV - embargo de implantação móvel ou fixa de qualquer natureza; e

V - eliminação de obstáculos contrários aos Planos.

Também o disposto no Código Brasileiro de Aeronáutica:

Art. 45. A autoridade aeronáutica poderá embargar a obra ou construção de qualquer natureza que contrarie os Planos Básicos ou os Específicos de cada aeroporto, ou exigir a eliminação dos obstáculos levantados em desacordo com os referidos planos, posteriormente à sua publicação, por conta e risco do infrator, que não poderá reclamar qualquer indenização.

Art. 46. Quando as restrições estabelecidas impuserem demolições de obstáculos levantados antes da publicação dos Planos Básicos ou Específicos, terá o proprietário direito à indenização.

Os dispositivos transcritos dispõem que as sanções e medidas aplicáveis aos empreendimentos potencialmente lesivos à navegação independem de intervenção judicial. Emanam do poder de autoexecutoriedade dos atos administrativos, definido por Diógenes Gasparini como:

a qualidade do ato administrativo que dá ensejo à Administração Pública de, direta e imediatamente, executá-lo. (...) A Administração Pública executa-os independentemente de qualquer recurso ao Judiciário e, se for o caso, mediante o uso da força. (...) a auto-executoriedade é indispensável à eficaz garantia do interesse público.⁵

Muitas vezes, os riscos são tão elevados que os usuários e os operadores do sistema aeroviário não podem aguardar a intervenção do Estado-Juiz. Nessas hipóteses, sequer o contraditório poder ser oportunizado ao empreendedor na via administrativa. Com efeito, poderia a autoridade aeronáutica tolerar a edificação de prédios acima dos limites de altura no entorno de aeródromos, enquanto se

5 Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 77-78.

percorre a trilha procedimental? A vida de centenas ou milhares de pessoas estaria cotidianamente em risco tivesse o órgão fiscalizador de aguardar o desfecho do procedimento administrativo. Afinal “dado o regime de utilização da autoexecutoriedade, não resta dúvida quanto a sua incompatibilidade com o princípio do contraditório e da ampla defesa. Assim, executa-se o ato, e o eventual prejudicado nada pode reclamar pela inobservância desse princípio”.⁶

Ressalte-se que se a edificação irregular foi erigida após a publicação do plano de segurança aeronáutico, não é devida ao empreendedor qualquer indenização (artigos 45 e 46 do Código Brasileiro de Aeronáutica).

Bem por isso, nada há de ilegal a que a autoridade aeronáutica, por exemplo, promova o embargo de obra ou a remoção de obstáculos contrários ao Plano Específico de Zona de Proteção de Aeródromos.

Daí porque se entende carente a ação proposta pela Advocacia da União ou pelo Ministério Público, à míngua de interesse de agir, quando a Administração abdica de suas prerrogativas, designadamente da autoexecutoriedade de seus atos, e transfere a responsabilidade de dar cumprimento à legislação ao Poder Judiciário. É poder-dever da autoridade aeronáutica promover a desobstrução ou a demolição do empreendimento irregular. Apenas na hipótese de resistência às investidas da Administração, será o caso de acorrer-se às portas da Justiça.

A comunicação de irregularidades prevista no art. 95, VII, da Portaria n.º 256 – CG5, antes de se traduzir em documentação indispensável ao ajuizamento de ação demolitória ou inibitória, deve constituir-se em fator desencadeante do embargo ou destruição do empreendimento ilegal.⁷ É função da advocacia pública orientar o agente administrativo a esgotar os meios legais de repressão a ilícitos.⁸

6 GASPARINI. Diogenes. Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 78.

7 Cf. art. 97, VII, da Portaria n.º 256-CG5. A prática forense demonstra que, ao receber a notícia de irregularidades, órgãos de representação judicial promovem, de plano, ações judiciais, sem qualquer recomendação para que, antes, se intentem as medidas administrativas cabíveis.

8 Lei Complementar n. 75-93: Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo; (...) V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica.

Na seara ambiental, tal entendimento tem recebido guarida, o que se aplica, *mutatis mutandis*, ao afastamento dos riscos aéreos. Embora o presente estudo perfilhe tese (minoritária)⁹, conclui-se que a inafastabilidade do controle jurisdicional não deve ocultar o receio da Administração de promover medidas definitivas e drásticas.

Eis precedentes:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDIFICAÇÃO DE OBRA. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. DEMOLIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. **A ocupação de Área de Preservação Permanente (APP), espaço ecologicamente protegido e que não pode ser habitado, deve ser coibida, pois ela se destina a garantir o bem estar da população humana, cuja ocupação desordenada põe em risco a vida de seus ocupantes. . Tratando-se de obra clandestina, já que sem prévia aprovação do projeto ou sem alvará de licença para construção, ou mesmo sem licença ambiental, deve ser imediata e sumariamente embargada pela Administração que poderia, até mesmo na esfera de seu Poder de Polícia, efetivar sua demolição, sendo certo que a demolição de obra clandestina em área de preservação permanente não acarreta direito a nenhuma reparação ou indenização. Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir.**¹⁰

AGRAVO. IBAMA. INTERESSE PROCESSUAL. ACP. PRETENSÃO RESISTIDA. **Demonstrada pretensão resisitida, há interesse de agir do IBAMA para ajuizamento de ação civil pública par compelir degradador ambiental a recuperar área degradada. Inafastabilidade constitucional do acesso à jurisdição.**¹¹

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CARACTERIZADA AS HIPÓTESES LEGAIS

9 O entendimento que propugna a desnecessidade de prévia medida administrativa predomina na jurisprudência. Nesse sentido: STJ. RESP 200601240670, CASTRO MEIRA - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:16/06/2010 RT VOL.:00901 PG:00158; e STJ. RESP 200600501307, FRANCISCO FALCÃO - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:25/05/2006 PG:00199.

10 TRF4, AC 2007.72.04.000688-9, Terceira Turma, Relator Nicolau Konkel Júnior, D.E. 07/04/2010 (grifo nosso).

11 TRF4, AC 5003920-27.2010.404.7200, Terceira Turma, Relator para Acórdão Guilherme Beltrami, D.E. 18/10/2010 (grifo nosso).

(ARTS. 535 USQUE 538 DO CPC). INEXISTÊNCIA NA DECISÃO ATACADA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. (...) 2. Quanto à alegação do Embargante de que o acórdão embargado deixou de apreciar a questão de não ser o caso de demolição de obra, prevista no art. 72 da Lei 9.605/98, mas de residência já habitada, observa-se que o julgado colegiado a enfrentou expressamente, quando decidiu que “o fato de possivelmente a malsinada construção se tratar de residência não impede a aplicação da sanção administrativa de demolição pela Administração” (fls. 150). 3. No que refere à alegação de omissão do julgado por não analisar o fato de que “se o IBAMA invadisse à força a casa do embargado para fins de demoli-la, ofenderia o art. 5º, XI, da CF e o art. 150 do Código Penal”, observa-se que o mesmo diz respeito exclusivamente ao mérito da questão posta à apreciação do Judiciário, o qual não foi enfrentado por ter o acórdão vergastado entendido ser caso de extinguir o feito sem mérito ante o reconhecimento da falta de interesse de agir do IBAMA em pleitear a demolição do imóvel em tela. **4. Por não ter enfrentado o mérito da questão, o acórdão nem autorizou nem desautorizou a demolição do bem, deixando tal responsabilidade a cargo da Administração, a qual, repita-se, após prévio procedimento administrativo, deverá analisar a questão utilizando-se dos atributos do poder de polícia que lhe são conferidos por lei, como o da autoexecutoriedade.** 5. Não há qualquer obscuridade/contradição no acórdão por ter ele reconhecido a falta de interesse de agir quanto ao pedido de demolição de obra (inclusive porque não houve a imprescindível instauração de procedimento administrativo com o fim exclusivo de aplicar tal sanção), nada impedindo que o feito prossiga com relação ao segundo pedido deduzido na inicial, qual seja, o de reparação civil dos danos ambientais, que não se confunde com o primeiro. 6. É incabível, em sede de embargos de declaração, a busca por novo julgamento da matéria já expressamente decidida na decisão combatida. 7. Os embargos de declaração não se prestam à pretensão de rejuízo da causa, nem são cabíveis para fins de prequestionamento, na ausência de omissão, obscuridade ou contradição. 8.

Não estão caracterizadas nenhuma das hipóteses legais previstas para interposição dos embargos declaratórios (CPC, arts. 535 usque 538). 9. Embargos Declaratórios não providos.¹²

Forçosa a conclusão, portanto, ser poder-dever da autoridade aeronáutica promover as medidas inerentes ao poder de polícia, seja para embargo ou para demolição de construções que violem os ditames dos planos de proteção da navegação aérea. Com a recalitrância do agente nocivo à aeronavegação, aí sim, será oportuno o socorro à via judiciária.

Ao atuar energeticamente, mas dentro das balizas jurídicas, a autoridade aeronáutica estará evitando a convalidação de ilegalidades. Em se coibindo a construção do empreendimento ilícito no nascedouro, será inviável cogitar-se da aplicação da teoria do fato consumado¹³. Noutros dizeres, a obra clandestina não deverá receber a chancela estatal pelo simples fato de encontrar-se pronta e acabada.¹⁴

E nem se invoque o disposto no artigo 94 da Portaria n.º 256 – CG5, para o fim de, convenientemente, acomodar-se as obras ilícitas, com respaldo em parecer favorável das autoridades locais. Tal dispositivo tem incidência excepcional e busca preservar empreendimentos, que embora apresentem riscos à aviação, revestem-se de fundamental valor social.¹⁵

12 TRF 5. EDAC 20028200009336701, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, - Segunda Turma, DJE - Data: 22/04/2010 - Página: 183 – grifo nosso.

13 Entende-se que se a autoridade aeronáutica tivesse promovido as medidas de embargo e/ou demolição tempestivamente teria sido desnecessário o ajuizamento de duas das ações mais emblemáticas em sede de Direito Aeronáutico: o processo n.º 2006.51.01.001722-7 (14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro) para embargo da construção de hospital no entorno do aeroporto de Jacarepaguá, e o processo n.º 0000792-94.2011.4.05.8308 (17ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco) para demolição da antena de telefonia de celular nas proximidades do aeródromo de Petrolina-PE.

14 Em determinadas ocasiões, o decurso do tempo e os valores aplicados no empreendimento desestimulam a correção do ilícito. No ponto: “Não se pode desprezar que a ocorrência do fato superveniente - consubstanciado no reconhecimento de que a edificação está adequada ao Plano Diretor -, se existente ao tempo do ajuizamento da ação, não haveria imposição de qualquer meio coercitivo para que o devedor cumprisse a obrigação. Dessa forma, não subsiste a incidência das astreintes. Aplicação da teoria do fato consumado. - Recurso especial não conhecido”. (STJ. RESP 200200789650, FRANCIULLI NETTO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:08/09/2003 PG:00286.)

15 Art. 94, Portaria n.º 256-CG5: Se a solicitação de uma implantação não atender aos requisitos técnicos estabelecidos, nesta Portaria e nas demais normas vigentes, e o Poder Municipal/Estadual manifestar-se, oficialmente, pelo interesse público na referida implantação, o DECEA informará as restrições necessárias às operações do aeródromo, para garantir a segurança da navegação aérea; e se, ainda assim, for ratificado pelo Poder Municipal/Estadual o interesse público no empreendimento, o Comandante da Aeronáutica poderá emitir portaria, autorizando a implantação, e o DECEA emitirá a documentação necessária a mitigação dos efeitos adversos e a manutenção do nível de segurança operacional.

Em virtude disso, as providências mitigadoras de risco devem ser exceção e não regra, posto que, inevitavelmente, embaraçam a operação de aeronaves e aeroportos, impondo-se à coletividade sacrifícios (adaptações), em prol de interesses particulares. Transigir nas diretrizes da segurança de voo é operar no limite entre tragédias e preservação de vidas.¹⁶

4 CONCLUSÃO

Ao cabo do exposto, é possível sintetizar-se as seguintes ideias:

- i. a preservação da segurança aeronáutica é bem difuso da sociedade, que exige constante vigilância do Estado;
- ii. a implantação do espaço de exclusão de empreendimentos irregulares constitui servidão aeronáutica, de observância obrigatória por entes públicos e particulares;
- iii. o poder de polícia aeronáutico objetiva tutelar os espaços de servidão, tendo como prerrogativa a autoexecutoriedade de suas medidas, sobretudo o embargo-demolição de obras, sendo poder-dever da Administração adotá-las, independentemente de recurso ao Poder Judiciário, salvo na hipótese de resistência do empreendedor irregular;
- iv. as medidas mitigadoras previstas em portaria do COMAER devem ter incidência reservada para empreendimentos de relevante valor social, haja vista que sua banalização pode atrair riscos à operação das atividades aéreas.

16 A propósito de adaptações, fato, no mínimo curioso, ocorreu com processo nº 2006.51.01.001722-7 (14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro). Em primeira instância, a União obteve liminar para embargo da obra de hospital no entorno do aeroporto de Jacarepaguá, pois violava os planos de zoneamento e ruído, e específico da zona de proteção. Exauridas as instâncias recursais, a paralisação das obras foi mantida. Contudo, coincidentemente, um dia antes do trânsito em julgado da decisão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a autoridade aeronáutica revogou a portaria que tornava clandestino o empreendimento, regularizando a situação outrora ilícita. O processo foi extinto sem resolução de mérito. Informações constantes da aula “A judicialização da área de segurança aeroportuária”, ministrada pelo Tenente Renato Bretas Ribeiro, Adjunto Jurídico Consultoria Jurídica Adjunta do Comando da Aeronáutica – COJAER, no seminário “O papel do Poder Judiciário na segurança de voo”, promovido pela Escola da Magistratura Federal da 5ª Região.

**THE PROTECTION OF FLIGHT SAFETY IN FACE OF LAND
USE IN AERODROME SURROUNDING AREAS – AERONAUTICS’
POWER OF POLICE IN THE LIGHT OF THE DIRECTIVE
No. 256/GC5/2011 - COMAER**

ABSTRACT: This study deals with the preservation of flight safety, mainly with respect to the zoning plans outlined by the aviation authority. It addresses the competence of planning and supervising the enterprises located in the vicinity of aerodromes. It stresses the autoexecutoriness of the administrative measures aimed at eliminating risks to air transport, and the limits for convalidation of ventures potentially harmful to air navigation.

KEYWORDS: Aeronautics. Easement. Power of police. Auto-executoriness. Risks. Preservation. Safety.

REFERÊNCIAS

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PACHECO, J. S. Das limitações de ordem pública e social, nas zonas de proteção de aeródromos e helipontos, em prol da segurança da navegação aérea. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 80, jul. 2000.

RIBEIRO, R. B. **A judicialização da área de segurança aeroportuária**. In: CURSO O papel do Poder Judiciário na segurança de voo, Recife: Escola da Magistratura Federal da 5ª Região.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 200601240670**. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Publicação em 16 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 200600501307**. Relator Ministro Francisco Falcão. Primeira Turma. Publicação em 25 maio 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RESP 200200789650**. Relator Ministro Franciulli Netto. Segunda Turma. Publicação em 08 set. 2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 2007.72.04.000688-9**. Relator Nicolau Konkel Júnior. Terceira Turma. Publicação em 07 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **AC 5003920-27.2010.404.7200**. Relator para Acórdão Guilherme Beltrami. Publicação em 18 out. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **EDAC 20028200009336701**. Relator Francisco Barros Dias. Segunda Turma. Publicação em 22 abr. 2010.

BRASIL. Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm>. Acesso em: 26 maio 2012.

BRASIL. Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7565.htm>. Acesso em: 26 maio 2012.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Portaria n. 256-CG5, de 13 de maio de 2011. Dispõe sobre as restrições relativas às implantações que possam afetar adversamente a segurança e a regularidade das operações aéreas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.decea.gov.br/wp-content/uploads/2011/05/portaria-256.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2012.

A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E A PROTEÇÃO DAS ZONAS PRÓXIMAS AOS AERÓDROMOS

Paula Emília Moura Aragão de Sousa Brasil¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Danilo Verpa/Folhapress

RESUMO: O Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), em seu artigo 43 e seguintes, estabelece restrições especiais nas áreas adjacentes aos aeródromos, que não se referem apenas a edificações, mas a tudo que possa embarçar as operações de aeronaves, causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a viabilidade de auxílios visuais. Este artigo discorre sobre a disciplina jurídica das edificações nas áreas circunvizinhas aos aeródromos, analisando tais dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica à luz dos ditames atuais do Direito Constitucional Ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Aeródromo. Função socioambiental. Zona de proteção.

¹ Juíza Federal da 27ª Vara - CE

E quando menos esperarmos, chegará, por certo, o dia em que estaremos na Terra apenas no reflexo de nós, que vive em nossos filhos e nos filhos dos nossos filhos. Nesse dia, quem dera me restasse, quando muito, a doce consciência de que mesmo uma simples e pequena borboleta cuja guarda um dia me foi confiada, ao abrir suas asas, encontrou o belo e inesquecível planeta onde habitei, ainda mais belo e ainda mais inesquecível, para sua felicidade.

- A autora

1 INTRODUÇÃO

Cuida-se de estudo apresentado a propósito do término do curso “O papel do Poder Judiciário na segurança de voo”, promovido pela ESMAFE da 5ª Região.

O tema concerne especificamente à disciplina jurídica das edificações nas áreas circunvizinhas aos aeródromos, analisando os dispositivos do Código Brasileiro de Aeronáutica, à luz dos ditames atuais do Direito Constitucional Ambiental.

O desenvolvimento do assunto requer o exame sequencial de alguns temas, como a propriedade privada, natureza e evolução histórica do conceito, para se alcançar o ponto nuclear do estudo satisfatoriamente.

Passemos, pois, ao trabalho.

2 A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA NATUREZA DÚPLICE: DIREITO E DEVER FUNDAMENTAL

A propriedade privada vem sendo, ao longo da história da humanidade, reconhecida como um direito fundamental, um direito humano.

Na antiguidade, a propriedade privada era fundamentada em razões de ordem religiosa, valendo a menção a figuras como o *paterfamilias* ou o deus-lar para melhor compreender o sentido da propriedade privada na idade antiga.

Com o advento da sociedade burguesa, a propriedade vai perdendo seu caráter religioso e passa a assumir sua natureza de

utilidade econômica; muito embora, tenha mantido o seu caráter de poder jurídico soberano e exclusivo de um sujeito de direito sobre uma coisa determinada².

Surge então a necessidade de fundamentar o direito de propriedade em razões de ordem não religiosa.

Os pensadores da época, cabendo aqui o destaque a John Locke e Rousseau, passam a fundamentar o direito de propriedade na exigência natural de sobrevivência do indivíduo.

A teoria de Locke, mormente no que tange às suas considerações sobre trabalho e labor (*labour x work*) é tão atual, que continua sendo abordada com destaque por filósofos contemporâneos do escol da alemã Hannah Arendt.

Já Rousseau, de sua parte, pode mesmo ser apontado como o grande mentor da ideia do direito de propriedade não só como direito fundamental, mas como um dos principais direitos deste rol, um verdadeiro direito a direitos; tendo o genebrino chegado a afirmar o direito de propriedade como esteio de todos os direitos civis.

A nosso pensar, é correta a afirmação da propriedade como direito fundamental e humano, na medida em que é necessária para preservar a dignidade humana. É dizer, reconhecendo-se a vida humana como direito fundamental, há de reconhecer-se também como direito fundamental o direito à propriedade privada, já que em razão dele o homem (ser humano) proverá a sua subsistência, sua vida, de preferência, com uma mínima qualidade.

É esta, aliás, de acordo com Fábio Konder Comparato³, a filosofia que fundamenta o direito de propriedade como direito fundamental no bojo do constitucionalismo liberal, é dizer, o direito de propriedade como o direito à aquisição dos bens indispensáveis à sua (do homem) subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico.

O professor João Luís Matias⁴, com a autoridade própria do estudioso do assunto, apresenta conceito do direito de propriedade que vale a transcrição.

2 Comparato (1997)

3 Comparato (1997)

4 MATIAS (2010, p. 293)

No seu dizer, propriedade é o

... vínculo jurídico entre o proprietário e a coletividade em relação a um bem, com forma própria de aquisição, modo de uso, gozo e disposição, assim como deveres e limitações, definidos pelo ordenamento jurídico.

Como bem assenta o professor João Luís, o conceito de direito de propriedade vem sendo funcionalizado contemporaneamente, de forma a fazer convergir o uso individual do proprietário com os interesses da comunidade em que se insere.

Nessa ordem de ideias, a propriedade passa a não mais apresentar-se sempre como direito fundamental. Casos há, em que a propriedade é antes de um direito, ou para além disso, uma fonte de deveres fundamentais.

Sobre esse ponto, a lição de Comparato faz-se aqui necessária para uma melhor compreensão do fenômeno que expressa a dupla natureza (direito & dever) da propriedade:

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação.

É preciso, enfim, reconhecer que a propriedade-poder, sobre não ter a natureza de direito humano, pode ser uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos humanos alheios.

No atual processo de mudança de paradigma que experimentamos, com a guinada para a tomada da consciência ecológica, muda também a compreensão do direito de propriedade, aliás, conforme já assentado em tópico anterior.

É preciso ter em mente, contudo, que o modelo de desenvolvimento social e o econômico, adotado em cada sociedade, resulta no influenciar do homem sobre os recursos naturais que o circundam.

Neste sentir, a Constituição brasileira de 1988, ao tempo em que consagra a propriedade privada como direito fundamental, destaca a necessidade de que ela atenda a sua função social⁵.

Neste ponto, calha a observação de que não é sem razão (aliás, como muitos imaginam) a dupla previsão do direito de propriedade na Constituição brasileira. Ao revés, conforme destaca o já citado professor cearense João Luís Matias⁶, essa dupla previsão atende a objetivos diferentes, sendo protegida a propriedade como forma de realização pessoal (direito à propriedade) e como instrumento para o exercício da atividade econômica (direito de propriedade).

A propriedade, portanto, no ordenamento brasileiro atual deve cumprir sua função socioambiental, para que seja admitida como um legítimo direito fundamental.

Ela (a propriedade) passa a não mais existir senão vinculada à sobredita função, que, sobre ser uma função de um direito fundamental individual, é um dever de natureza igualmente fundamental, referente ao instituto jurídico da propriedade privada, posto decorrer diretamente da vida em sociedade.

Aliás, aqui vale lembrar que tal é a grandeza do dever fundamental de que ora se cuida, que não se pode atualmente conceber a existência de qualquer forma de vida social organizada na Terra, que não observe essa necessidade de compatibilização do uso da propriedade privada com a preservação do meio-ambiente sadio, aí incluído o meio-ambiente artificial, que engloba naturalmente os aeródromos e sua circunvizinhança.

De tudo quanto exposto, podemos concluir que a ideia de propriedade privada concebida na cartilha do constitucionalismo liberal mantém viva e atual sua relevância, profundidade e influência no catálogo dos direitos fundamentais. Entrementes, a ela agrega-se hodiernamente o valor ambiental e social como um todo, para a atualização de sua compreensão e para possibilitar sua aplicação jurídica consentânea com os atuais anseios da vida no planeta.

5 As constituições espanhola (art. 33, 2) e italiana (art. 42, segunda alínea) trazem também disposições do mesmo jaez.

6 Ibidem, p. 291.

3 A PROTEÇÃO DAS ÁREAS PRÓXIMAS AOS AERÓDROMOS

Esse fenômeno de funcionalização da propriedade privada ganha cada vez mais relevo, à medida que se observa o crescimento da importância da preservação do meio ambiente sadio, reconhecido hoje como direito e dever fundamental de máxima grandeza.

Vale observar, por oportuno, que as construções ou edificações também fazem parte do meio ambiente. É que, para além do meio ambiente natural (a biota), há também o meio ambiente artificial, que se subdivide em cultural, construído e do trabalho.⁷

Justamente fundado nesses esteios do princípio constitucional da função social da propriedade e do direito fundamental ao meio ambiente sadio, o Código Brasileiro de Aeronáutica - CBA estabelece, em seu art. 43 e seguintes, restrições especiais vigentes nas áreas adjacentes aos aeródromos.⁸

Ditas restrições não se referem apenas a edificações, senão a tudo que possa embaraçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a viabilidade de auxílios visuais⁹.

O art. 44 do CBA descreve as normas que consubstanciam as ditas restrições, valendo a menção ao Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos, Plano de Zoneamento de Ruídos, Plano Básico de Zona de Proteção de Helipontos e Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea.

Todas essas restrições encontram, em princípio, esteio constitucional nas duas balizas já anteriormente citadas, sendo necessária ainda a obediência ao princípio da proporcionalidade, a ser examinada em cada caso concreto, para constatar a validade de uma dada restrição.

Além da segurança nas operações de tráfego aéreo, as normas em destaque também preservam a comunidade de um importante e fortemente nocivo fator de poluição: o ruído. Com efeito, o ruído, seja

7 FIGUEIREDO (2010, p. 39)

8 Observe-se que o termo aeródromos diz respeito a espaços públicos e privados, sendo os aeródromos públicos denominados aeroportos.

9 Art. 43, p.u., do CBA.

contínuo ou intermitente, causa prejuízos inegáveis à saúde humana, podendo conduzir à perda paulatina da audição, o que faz a proteção da poluição sonora transbordar da área ambiental para a seara do direito à saúde do indivíduo.

Outra observação que se faz importante neste tema diz respeito às prescrições constantes dos arts. 45 e 46 do CBA.

De acordo com o art. 45, a autoridade aeronáutica poderá embargar uma obra que deixe de atender as restrições especiais ora tratadas ou exigir a eliminação de obstáculos, tudo por conta e risco do infrator que não será indenizado.

A questão da indenização, contudo, comportará diferentes soluções conforme seja a infração cometida antes ou depois da publicação do Plano de Zoneamento respectivo.

Observamos que estas normas, em que pese sua natureza especial concernente ao direito aeronáutico, são corolários da disciplina brasileira do direito de vizinhança e do direito ambiental.

Com efeito, diante da atual compreensão do direito de propriedade, esses dois ramos do Direito (de vizinhança e ambiental) terminaram por ganhar uma vinculação maior entre ambos. Na diferenciação, tem-se que, enquanto o direito ambiental tutela o direito das populações, sendo de natureza coletiva por excelência e conceito; o direito de vizinhança tem natureza individual, com potencial para desdobrar-se para o coletivo, conforme seja a abrangência do dano considerado.

Registre-se que, para a construção de aeródromos, é necessária a autorização dos órgãos competentes. Contudo, casos haverá em que esta só autorização não será capaz de assegurar a inexistência de dano ambiental à população considerada, que poderá fazer jus a uma indenização, lastreada no princípio do poluidor-pagador, bem como ditada pelos termos do art. 46 em destaque.

Portanto, aplica-se a lógica de que, sendo a edificação ou obstáculo anterior ao Plano de Zoneamento, é o construtor do aeródromo que vem influenciar no meio ambiente construído e deve pagar por sua atuação danosa/poluidora, não obstante a obrigação de eliminação da edificação ou obstáculo em razão do interesse público superior de segurança nas operações aéreas.

Já se ocorre o inverso, sendo o vizinho do aeródromo quem edifica, depois da vigência da restrição especial disciplinada, ele passa a ser imputado como poluidor-pagador, donde o art. 45 do CBA dispõe que o levantamento do obstáculo deva ocorrer por conta e risco do infrator, que não poderá reclamar qualquer indenização.

Observamos, portanto, que as normas estabelecidas pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, ora analisadas, em que pese datarem de antes da Constituição de 1988, foram por ela recepcionadas, estando em consonância não somente com os mais atuais ditames do Direito Constitucional Ambiental, como também com o Código Civil de 2002, especialmente na parte do direito de vizinhança, mesmo após as alterações à vetusta disciplina de 1916.

4 CONCLUSÃO

O atual momento do desenvolvimento da ciência jurídica e da ordem constitucional impõe o reconhecimento dos deveres fundamentais como categoria jurídica autônoma e de superior relevo.

Muito embora não se possa aceitar os deveres fundamentais como elementos diluentes ou enfraquecedores dos direitos fundamentais, é certo que a sua admissão nos elencos constitucionais enfatiza os valores sociais da fraternidade e da solidariedade, por vezes influenciando na concepção atual de direitos fundamentais historicamente consagrados.

O direito de propriedade é exemplo bem característico do quanto aqui se trata. Sobre ser direito individual e fundamentador de outros direitos; constitui, enquanto instituto jurídico, dever fundamental que respeita ao seu uso, ao modo da sua utilização.

Na medida em que a questão ambiental põe a desnudo uma série de preocupações globais, ensejando uma mudança na própria visão de mundo, traduzida nos paradigmas sufragados pela humanidade nos diversos momentos históricos, muda também a concepção jurídica da propriedade privada.

O direito de propriedade passa por um processo de funcionalização, de forma a não mais admitir-se a legitimidade de uma propriedade que não atenda a sua função socioambiental.

Assim é que, pode-se afirmar que o descumprimento do dever fundamental de atendimento da função socioambiental da propriedade deve ensejar a incidência da sanção jurídica compatível, consolidando o atual conceito de propriedade para o Direito.

Essa concepção jurídica, atual e legítima que é, deve ser transportada para a aplicação das normas inerentes ao Direito Aeronáutico, tutelando bens jurídicos estreitamente vinculados aos objetos da tutela do Direito Ambiental.

PROPERTY'S SOCIO-ENVIRONMENTAL FUNCTION AND THE PROTECTION OF AREAS IN THE VICINITY OF AERODROMES

ABSTRACT: The Brazilian Code of Aeronautics (CBA), in its Article 43 *et seq*, provides special restrictions in areas adjacent to aerodromes, referring not only to buildings, but to anything that might hinder aircraft operations or cause interference with signals of aids to navigation or hamper the viability of visual aids. This article discusses the legal discipline of the buildings in the surrounding areas of aerodromes, analyzing such provisions of the Brazilian Code of Aeronautics in the light of the current requirements of the environment constitutional law.

KEYWORDS: Aerodrome. Socio-environmental function. Protection zone.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2006.

ARENDT, H. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARRUDA, S. M. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, H. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. Teoria e interpretação de los derechos fundamentales. Tradução de Ignacio Villaverde Menendez. In: **ESCRITOS**

sobre derechos fundamentales. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Teoria do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRA, F. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 2006.

COMPARATO, F. K. Direito e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista CEJ**, n. 3, dez. 1997.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

FIGUEIREDO, G. J. P. **A propriedade no direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

ITALIA. Senato Della Repubblica. **Costituzione Della Repubblica Italiana**. Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2011.

KELSEN, H. **Teoria pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUÑO, A. H. P. **Derechos humanos, Estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

MATIAS, J. L. N.; MATIAS, J. E.N. A convergência entre os direitos de propriedade e ao meio ambiente sadio: a cessão de uso das águas da União para a produção de pescado no Brasil. In: WACHOWICZ, M.; MATIAS, J. L. N. (Coord.). **A Efetivação do direito de propriedade para o desenvolvimento sustentável: relatos e proposições**. C. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MOLLION, G. Les garanties legales des exigences constitutionnelles. **Revue**

Francaise de Droit Constitutionnel, n. 62, p. 257-289, 2005.

MORAES, G. O. **Controle da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

NABAIS, J. C. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

PACHECO, J. S. **Comentários ao Código Brasileiro da Aeronáutica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINTO, C. P. A. **Modernidade, tempo e direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e direito internacional constitucional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROBLES, G. **Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual**. Madrid: Civitas, 1995.

_____. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

RUSCHEL, C. V. O dever fundamental de proteção ambiental. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez, 2007.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TIPKE, K. **Moral tributaria del Estado y de los contribuyentes**. Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2002.

A PROTEÇÃO DA ÁREA DE SEGURANÇA AEROPORTUÁRIA: ASPECTOS NORMATIVOS E BREVE ANÁLISE ACERCA DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL

Luisa Ferreira Lima¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Danilo Verpa/Folhapress

RESUMO: A ocupação e as construções em áreas contíguas ou próximas de aeródromos interferem de modo contundente nas operações aéreas, seja sob a forma de construções irregulares que interferem nas trajetórias de pouso e decolagem, seja na utilização das propriedades de modo a atrair aves que podem colidir com aeronaves. Nesse aspecto, o Poder Judiciário Federal exerce importante papel na salvaguarda do cumprimento das limitações à propriedade privada, em cumprimento à disciplina legal que objetiva a preservação da segurança aeroportuária. Este artigo discorre sobre os aspectos normativos e a atuação do Poder Judiciário Federal na proteção da Área de Segurança Aeroportuária.

1 Juíza Federal Substituta da 17ª Vara - BA

PALAVRAS-CHAVE: Área de Segurança Aeroportuária. Aspectos normativos. Atuação do Judiciário.

A segurança do espaço aéreo tem sido objeto de preocupação recorrente da sociedade brasileira. Em razão de recentes episódios de acidentes aéreos dentro do território nacional, o tema ganhou repercussão na mídia e entre a população, que tem reclamado, cada vez mais, a atuação do Poder Judiciário na solução das mais diversas controvérsias envolvendo o assunto.

Não obstante se propale a segurança na utilização do transporte aéreo, dado o diminuto índice de ocorrência de acidentes quando comparado com os dados obtidos em relação ao transporte rodoviário, por exemplo, certo é que a ocorrência de um único acidente aéreo pode trazer consequências mais substanciais, na medida em que sempre envolve quantidade elevada de vidas em jogo.

Deste modo, importante cada vez mais o Judiciário conhecer os inúmeros aspectos que envolvem o complexo sistema normativo, administrativo e operacional que possibilitam a utilização do transporte aéreo e a preservação da respectiva segurança dentro do território nacional.

Aspecto relevante e que se liga inexoravelmente com o viés preventivo do assunto, na medida em que garante o perfeito funcionamento das pistas de pouso e decolagem, atine à questão da forma de ocupação das áreas próximas ou contíguas aos aeródromos, as quais influem de forma contundente na segurança aeroportuária, matéria que será tratada no presente estudo.

O ordenamento jurídico brasileiro, em seu panorama atual, ao tempo em que consagra a proteção à propriedade privada, prevê inúmeros mecanismos para o igual respeito ao princípio da função social da propriedade.

Dentre o rol dos direitos individuais, a Constituição Federal consagrou, notadamente no art. 5º, incisos XXII e XXIII, a proteção à função social da propriedade, o que legitima o Poder Público a atuar restringindo o uso e gozo da propriedade privada a fim de preservar direitos fundamentais de crucial relevância, como a vida humana e o meio ambiente.

Nos dizeres de Jivago Petrucci (In “A função social da propriedade como princípio jurídico”, disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/4868/a-funcao-social-da-propriedade-como-principio-juridico>, acessado em 06 de junho de 2012) por certo, a adoção do princípio da função social da propriedade implica uma remodelação do direito de propriedade, já que adiciona à noção tradicional de direito subjetivo um conceito até certo ponto amesquinhado no direito privado: a função. Segundo o autor, tanto as imposições decorrentes da função social da propriedade, como as decorrentes do Poder de Polícia estatal (as limitações, v.g), servem para configurar o âmbito do direito de propriedade, tal como admitido em nosso vigente ordenamento jurídico. Todas essas imposições têm sede constitucional, e se assim não fosse, representariam uma violação do direito de propriedade, também garantido constitucionalmente. Por outro lado, ambas as imposições conformam o conteúdo do direito de propriedade e repercutem, diretamente, no exercício dos poderes inerentes ao domínio.

Justificadas constitucionalmente, portanto, as limitações impostas às propriedades situadas na área de segurança aeroportuária em prol da segurança do transporte aéreo.

O art. 22, inciso I, da nossa Carta Magna previu a competência privativa da União para legislar, dentre outros, acerca de direito aeronáutico bem como de navegação aérea, estabelecendo:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
(...)
X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

Na referida competência legislativa repousa o fundamento de validade do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n.º 7.565/86), que, dentre outras disposições, tratou das restrições à propriedade privada, impostas em razão da necessidade de preservação da segurança aeroportuária no território nacional.

Com efeito, o art. 43 do Código Brasileiro de Aeronáutica estabelece o seguinte: “Art. 43. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais”.

Nos termos do parágrafo único do referido dispositivo legal as restrições a que ele se refere são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embaraçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

As restrições especiais, de acordo com o art. 44 do mesmo diploma, serão as especificadas pela autoridade aeronáutica, mediante aprovação de alguns planos, válidos, respectivamente, para cada tipo de auxílio à navegação aérea, a saber: I - Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos; II - Plano de Zoneamento de Ruído; III - Plano Básico de Zona de Proteção de Helipontos; IV - Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea. A tais planos podem ser acrescidas limitações previstas em Planos Específicos, de conformidade com as conveniências e peculiaridades de proteção ao voo, a cada aeródromo.

As referidas restrições especiais, consoante previsão do art. 44 § 5º, aplicam-se a quaisquer bens, quer sejam privados ou públicos, tendo sido prevista a possibilidade de a autoridade aeronáutica embargar a obra ou construção de qualquer natureza que contrarie os Planos Básicos ou os Específicos de cada aeroporto, ou exigir a eliminação dos obstáculos levantados em desacordo com os referidos planos, posteriormente à sua publicação, por conta e risco do infrator, que não poderá reclamar qualquer indenização.

Em que pese se esteja adiante de competência legislativa privativa da União, o Código Brasileiro de Aeronáutica (art. 44 § 4º) previu a necessidade de atuação dos demais entes federativos, e particularmente dos municípios em que situados os aeródromos, através da compatibilização do zoneamento do uso do solo com as restrições constantes dos Planos Básicos e Específicos.

Em consonância com a sua atribuição para prover a segurança da navegação aérea, consoante art. 18, inciso II, da Lei Complementar nº. 97/99, ao Comando da Aeronáutica compete expedir recomendações acerca do tema, estando o assunto atualmente tratado na Portaria nº. 256/GC5 que minudencia as restrições relativas às implantações que possam afetar adversamente a segurança e a regularidade das operações

aéreas, por constituírem obstáculos, permanentes ou temporários, fixos ou móveis.

A delimitação da área de segurança aeroportuária – ASA está contida na Resolução CONAMA 004/95, sendo esta variável em função do tipo de operação do aeródromo, sendo mais comum a variação entre 13 e 20 quilômetros de um determinado raio a partir do centro geométrico do aeródromo.

Percebe-se, pois, que, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, que as propriedades vizinhas ou próximas de aeródromos estão sujeitas as restrições especiais acima indicadas, as quais se constituem limitações cogentes a serem observadas não apenas por parte do particular, mas igualmente por parte do Poder Público.

Nesta toada, o Poder Judiciário Federal tem sido instado a diuturnamente resolver controvérsias envolvendo a ocupação das áreas vizinhas àquelas em que instalados aeródromos, competindo-lhe, pois, a salvaguarda das disposições legais que regem a matéria, as quais buscam em última análise a proteção da vida humana.

Merece destaque que a competência da Justiça Federal para a solução da controvérsia exsurge do art. 109, I, da Constituição Federal, que dispõe ser competência da especializada processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Como a ocupação e a construção em desacordo com os Planos Básicos e Específicos emanados do Ministério da Aeronáutica importam em violação de matéria de competência legislativa privativa da União, bem como pelo fato da autoridade aeronáutica ter atribuição de embargar obras em tais casos, evidente a competência da justiça federal para o julgamento da matéria.

A ocupação e as construções em áreas contíguas ou próximas de aeródromos interferem de forma contundente no funcionamento dos locais, podendo se tratar de construções irregulares realizadas na trajetória das rampas de acesso de pouso e decolagem, e mesmo na utilização das propriedades de modo a atrair aves que podem colidir com aeronaves.

Inúmeros foram os casos já enfrentados pelo Judiciário Federal acerca do assunto, de modo que a fim de ilustrar a relevância do tema o estudo se debruçará sobre dois julgamentos proferidos em cada uma das circunstâncias acima relatadas.

Sobre o risco aviário para a segurança da navegação aérea, o assunto foi tratado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no bojo da apelação cível nº. 2005.39.01.001578-9/PA, que confirmou a sentença de mérito proferida em primeiro grau pela Juíza Federal Nair Cristina Corado Pimenta de Castro.

A ação fora manejada pelo Ministério Público Federal em razão da ocupação de área de segurança aeroportuária – ASA do Aeroporto de Marabá - PA, na qual fora instalado aterro sanitário municipal e um matadouro por uma empresa privada, sendo ambos os empreendimentos zonas atrativa de pássaros e aves, as quais ocasionam grave risco de colisão com as aeronaves em rota de pouso ou decolagem.

Sobre o denominado risco aviário e a ocupação da propriedade situada em área de segurança aeroviária a matéria foi enfrentada pelo relator da apelação em questão, Desembargador Souza Prudente, nos seguintes termos:

Como visto, a sentença recorrida limitou-se a determinar a estrita observância do que dispõem as normas legais e infralegais que regem a matéria, notadamente as disposições da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que instituiu o Código Brasileiro de Aeronáutica, a Portaria nº 1.141/GM5, de 08 de dezembro de 1987, e a Resolução CONAMA nº 4, de 09 de outubro de 1995, bem assim, do Decreto nº 24.713, de 27 de agosto de 1946, que homologou a adesão do Brasil à Convenção Internacional de Aviação Civil.

Com efeito, o art. 43, da Lei nº 7.565/86, estabelece que as propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais, na determinação de que:

Art. 43. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais.

Parágrafo único. As restrições a que se refere este artigo são relativas ao uso das propriedades quanto a

edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embarçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

Nos termos do art. 44 da referida lei, essas restrições são definidas pela autoridade aeronáutica, as quais se encontram delineadas na Portaria nº 46 da Portaria nº 1.141/GM5, de 8 de dezembro de 1987, do Ministério da Aeronáutica, que dispõe sobre Zonas de Proteção e Aprova o Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos, o Plano Básico de Zoneamento de Ruído, o Plano Básico de Zona de Proteção de Helipontos e o Plano de Zona de Proteção de Auxílios à Navegação Aérea e dá outras providências.

O art. 46 e respectivo § 1º, da referida Portaria, estabelece que:

Art. 46 – Nas áreas de Aproximação e Áreas de Transição dos aeródromos e helipontos, não são permitidas implantações de natureza perigosa, embora não ultrapassem os gabaritos fixados.

§ 1º - Denomina-se Implantação de Natureza Perigosa toda aquela que produza ou armazene material explosivo ou inflamável, ou cause perigosos reflexos, irradiações, fumo ou emanações, a exemplo de usinas siderúrgicas e similares, refinarias de combustíveis, indústrias químicas, depósitos ou fábricas de gases, combustíveis ou explosivos, áreas cobertas de material refletivo, **matadouros, vazadouros de lixo, culturas agrícolas que atraiam pássaros**, assim como outras que possam proporcionar riscos semelhantes à navegação aérea” – grifei.

Em sendo assim, a instalação de aterros sanitários e matadouros, em área de segurança aeroportuária encontra-se terminantemente vedada, nos termos as disposições normativas acima referidas, sendo que a dimensão da referida área encontra delimitada na Resolução CONAMA 004/95, que, seus arts. 1º e 2º, assim dispõe:

Art. 1º São consideradas “Área de Segurança Aeroportuária - ASA” as áreas abrangidas por um determinado raio a partir do “centro geométrico do

aeródromo”, de acordo com seu tipo de operação, divididas em 2 (duas) categorias:

I - raio de 20 km para aeroportos que operam de acordo com as regras de vôo por instrumento (IFR); e

II - raio de 13 km para os demais aeródromos.

Parágrafo único. No caso de mudança de categoria do aeródromo, o raio da ASA deverá se adequar à nova categoria.

Art. 2º Dentro da ASA não será permitida implantação de atividades de natureza perigosa, entendidas como “foco de atração de pássaros”, como por exemplo, matadouros, curtumes, vazadouros de lixo, culturas agrícolas que atraem pássaros, assim como quaisquer outras atividades que possam proporcionar riscos semelhantes à navegação aérea.

Na espécie em comento, segundo noticiam os elementos carreados para os presentes autos, o matadouro e o aterro sanitário descritos na inicial encontram-se localizados, respectiva, a cerca de 4,5 km e 8,8 km, do centro geométrico da pista de pouso e decolagem do aeroporto de Marabá/PA, dentro, portanto, indevidamente, da área de segurança aeroportuária.

Deste modo, tendo em vista a violação das normas legais que regulamentam o tema, notadamente por força da implantação dos empreendimentos dentro de área de segurança aeroviária – ASA, em desacordo com as normas regulamentares, fora a sentença de primeiro grau mantida em sua integralidade, a fim de determinar a desativação do aterro sanitário implantado na ASA, no prazo de um ano, a contar da intimação desta sentença; proibir a implantação de igual empreendimento dentro da ASA; como também condenar o Município de Marabá a observar as medidas mitigadoras estabelecidas pelo CENIPA, enquanto ainda em funcionamento o aterro na ASA, sob pena de multa para cada vez em que se constatar a omissão do município. Fora determinado, ainda, também a título de liminar, a interrupção das atividades do matadouro, sob pena de multa diária.

Evidenciado, portanto, o relevante papel do Poder Judiciário Federal na salvaguarda do cumprimento das limitações à propriedade privada, em cumprimento à disciplina legal que objetiva a preservação da segurança aeroportuária.

No que tange à realização de construção em área situada em rampa de acesso de aeródromos, relevante foi o julgamento proferido pelo Juízo da 2ª Vara Federal do Rio de Janeiro, na pessoa da Juíza Federal Cláudia Maria P. Bastos Neiva, o qual determinou o embargo de obra situada em rampa de acesso do aeródromo de Jacarepaguá (processo originário nº. 2006.51.01.001722-7).

A referida decisão fora mantida integralmente pelo Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento da suspensão de segurança nº. SLS 784/RJ, assim se pronunciou sobre o tema:

O que importa aqui é analisar a possibilidade de lesão arguida pela União em sua peça vestibular: à ordem e à segurança públicas. O *decisum* agravado visualizou primo ictu oculi, o potencial lesivo decorrente da tutela antecipatória recursal concedida pelo Desembargador Federal relator, representado pela construção de um complexo hospitalar em área muito próxima ao aeroporto de Jacarepaguá, circunstância que não só é suscetível de colocar em risco as operações de tráfego aéreo, mas também, e, sobretudo, de comprometer a saúde dos pacientes a serem acolhidos no futuro hospital e das próprias pessoas que ali deverão desenvolver os seus trabalhos profissionais. A existência de risco, no caso em tela, afigura-se evidente, a ponto tal de causar estranheza à construção de um hospital praticamente contíguo à pista aeroportuária. Não importa, pois, que a obra nova tenha atingido o seu pico; acha-se inacabada e, portanto, passível do embargo previsto em lei. As razões apontadas pela MM. Juíza Federal evidenciam – à exaustão – a possibilidade de ofensa aos dois interesses públicos acima anotados: a ordem e a segurança públicas, em face do risco existente para os usuários e operadores do sistema de tráfego aéreo e, de outro lado, para os cidadãos que porventura buscarem os benefícios do serviço de saúde. A fundamentação expendida pela Magistrada de 1ª instância dá bem mostra da inadequação de um complexo hospitalar erguido ao lado do aeroporto, *in verbis*: – O complexo denominado ‘Hospital das Américas’ é composto de cinco (cinco) blocos: o bloco ‘A’, que se destina a consultórios médicos; os blocos ‘B’ e ‘D’, que se destinam à internação; o bloco ‘C’, que abrigará centro de diagnósticos, de coleta de

amostras para análises clínicas e de triagem; o bloco 'E', destinado ao Centro de Convenções, além de garagem semienterrada e estacionamento ao ar livre. O terreno está seccionado na curva de nível de ruído I, possuindo parte da obra na Área I e parte na Área II do Plano Básico de Zoneamento de Ruído. Os blocos 'C' e 'E' têm parte de suas áreas dentro da Área II do Plano Básico de Zoneamento de Ruído, como se verifica pelo documento de fls. 91 e pela planta de fls. 257. O estacionamento ao ar livre, por sua vez, se localiza na Área de Ruído I. Dessa forma, qualquer aproveitamento da propriedade, por ser vizinha ao aeródromo, deve se submeter à aprovação prévia do Departamento de Aviação Civil – DAC, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 69 e parágrafo único do art. 70 da Portaria 1.141/GM5/87. Não há comprovação nos autos de que as licenças de construção e instalação tenham sido concedidas mediante aprovação do Departamento de Aviação Civil, o que inviabilizaria o início da obra. Ressalte-se que a Ré submeteu o projeto de construção do empreendimento, em agosto de 2005 (fls. 30/32), à aprovação do Comando Aéreo Regional, ao qual está vinculada ao DAC, que foi indeferido, ocasião em que o Diretor-Geral do Departamento de Aviação Civil encaminhou ofício ao Presidente da Fundação Estadual da Engenharia do Meio Ambiente – FEEMA (fls. 98), à Secretaria Municipal de Urbanismo (fls. 97) e ao Prefeito do Município do Rio de Janeiro (fls. 134), comunicando a inadequação do projeto às legislações ambientais e aeronáuticas relativas ao ruído aeronáutico – (fl. 75). 3. Posto isso, nego provimento ao agravo regimental.

Mais uma vez a atuação do judiciário fora fundamental para fazer respeitar a restrição atinente à construção que gerava interferência relevante na rampa de pouso e decolagem de aeródromo.

Verifica-se, pois, com este estudo que em casos de violação das normas regulamentares acerca da ocupação das áreas vizinhas aos aeródromos, a atuação do Judiciário quando instado a fazê-lo é medida que se impõe.

Como bem pontuado por José da Silva Pacheco (*In* “Das Limitações de Ordem Pública e Social, nas Zonas de Proteção de Aeródromos e Helipontos, em Prol da Segurança da Navegação Aérea”,

disponível em [www. sbda.org.br/revista/Anterior/1698.htm](http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1698.htm), acessado em 06/06/2012):

Em nosso País, determinando o art. 22 da Constituição Federal, que compete à União legislar sobre direito aeronáutico (art. 22,I), e sobre a navegação aérea e aeroespacial (art. 22,X), e estabelecendo o art. 21 da nossa Carta Magna o caráter de serviço público à navegação aérea e à infra-estrutura aeroportuária (art. 21,XII, letra c), verifica-se que, igualmente, considerou-se como de utilidade pública: a) a navegação aérea, o que implica na garantia de segurança na circulação pelo espaço aéreo; b) a infra-estrutura aeroportuária (aeródromos, helipontos), em que necessariamente começa e termina a navegação aérea, o que implica, também, em dar condições de segurança na aproximação, pouso e decolagem.

Garantir a segurança, nesses casos, significa não permitir que propriedades vizinhas de aeródromos em geral e helipontos, em particular, causem embaraços à segurança de voo, pouco importa quem seja o proprietário do imóvel em que se situa o aeródromo ou heliponto. Portanto, as restrições previstas no art. 43 da Lei n.º 7.565, de 19.12.1986, visam à segurança das operações aéreas e do público em geral, incidindo, por esse motivo, nas áreas vizinhas dos aeródromos em geral, públicos e privados, inclusive heliportos e helipontos.

Para tanto poderá se valer de inúmeros instrumentos, com destaque para medidas proibitivas, mas também inibitórias, as quais deverão salvaguardar a segurança da navegação aérea e, conseqüentemente, da vida humana e do bem comum.

THE PROTECTION OF THE AIRPORT SAFETY AREA: NORMATIVE ASPECTS AND BRIEF ANALYSIS OF THE ACTIVITIES OF THE FEDERAL JUDICIARY

ABSTRACT: The occupation and the construction of buildings in areas adjacent or near airfields interfere incisevely in air operations, in the form of either irregular buildings endangering landing and takeoff trajectories, or the use of the properties which attract birds that may collide with aircraft. In this respect, the federal judiciary plays an

important role in ensuring compliance with the limitations on private property, in compliance with the legal discipline that aims to preserve airport safety. This article discusses the regulatory aspects and the role of the federal judiciary in the protection of the Airport Safety Area.

KEYWORDS: Airport Safety Area. Normative aspects. Role of the Judiciary.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

PETRUCCI, J. **A função social da propriedade como princípio jurídico**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4868/a-funcao-social-da-propriedade-como-principio-juridico>>. Acesso em: 06 jun. 2012.

BRASIL. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 dez. 1986.

BRASIL. Lei complementar 97, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm>. Acesso em: 10 jun. 2012.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Portaria n. 256-CG5, de 13 de maio de 2011. Dispõe sobre as restrições relativas às implantações que possam afetar adversamente a segurança e a regularidade das operações aéreas, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.decea.gov.br/wp-content/uploads/2011/05/portaria-256.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2012.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA n. 4, de 9 de outubro de 1995. Disponível em: <www.cprh.pe.gov.br/downloads/4de9deoutubrode1995.doc>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. **Apelação Cível AC 1578 PA 2005.39.01.001578-9**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2009553/apelacao-civel-ac-1578-pa-20053901001578-9-trf1>>. Acesso em 20 jun. 2012.

BRASIL. **Apelação Cível AC 1578 PA 2005.39.01.001578-9**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2009553/apelacao-civel-ac-1578-pa-20053901001578-9-trf1>>. Acesso em 20 jun. 2012.

PACHECO, J. S. Das limitações de ordem pública e social, nas zonas de proteção de aeródromos e helipontos, em prol da segurança da navegação aérea. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 80, jul. 2000.

ESTUDO DE CASO: A INTERDIÇÃO DO AEROPORTO DE TEFÉ POR DECISÃO DA JUSTIÇA FEDERAL DO AMAZONAS

Dimis da Costa Braga¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Alexandre J. B. Cavalcanti

RESUMO: O presente estudo de caso trata do processo relativo à ação civil pública ambiental sobre os riscos de funcionamento do Aeródromo do Município de Tefé, no Estado do Amazonas, em razão de despejo de lixo a céu aberto em Área de Segurança Aeroportuária – ASA, em cuja sentença foi determinada a obrigação de realizar Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD, em cumprimento aos ditames da Política Nacional do Meio Ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Aeroporto. Interdição. Justiça Federal. Área de Segurança Aeroportuária

¹ Juiz Federal na Seção Judiciária - AM, Professor da Universidade Nilton Lins, foi Professor da Universidade Luterana do Brasil (Santarém/PA) e dos Cursos de Pós-Graduação da APROBATUM/ANAMAGES (Minas Gerais) e já exerceu o cargo de Promotor de Justiça e Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Conforme a Constituição Federal, em seu art. 225, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ademais, o § 3.º do mesmo artigo acrescenta que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Ainda, é dever e competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, conforme o art. 23, VI, da Constituição Federal.

O presente estudo analisa o caso da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Amazonas, União, IBAMA e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO contra o Município de Tefé, com pedido de medidas urgentes em caráter liminar, em que foram pleiteadas:

- a) a paralisação do depósito de resíduos sólidos na área de segurança aeroportuária do aeroporto de Tefé, definida no art. 1º da Res CONAMA 4/1995;
- b) a adoção de conclusões e a promoção das melhorias propostas no relatório de resíduos sólidos urbanos de Tefé-AM, elaborado pelo IBAMA;
- c) o despejo, em caráter emergencial, de resíduos oriundos da coleta de lixo, em local adequado e que não ofereça risco à atividade aeroportuária;
- d) a retirada de todo o lixo do local – área da União – em respeito ao preconizado pela Resolução 004/95 do CONAMA;
- e) a imediata desinfecção do local, com o acompanhamento do IBAMA, de maneira a ser restabelecida a segurança necessária à operação de aeronaves;

- f) o atendimento integral, no prazo de 90 dias, das recomendações constantes do relatório do IBAMA, em especial com relação ao estabelecimento de um aterro controlado para a disposição final de resíduos sólidos naquele município;
- g) a criação de um programa de educação ambiental, por meio das Secretarias Municipais de Meio Ambiente e de Educação, para sensibilizar a população do entorno da área aeroportuária sobre a proibição de jogar lixo no local;
- h) a aplicação de multa no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso, no caso de descumprimento.

2 DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO

Proposta a ação, o Juízo decidiu realizar uma audiência de conciliação em 01.02.2005, em que foram acordados pelas partes os seguintes termos:

- a) O Município ficou responsável por aterrar o lixo existente no local onde atualmente se encontrava (área de propriedade da União/INFRAERO), de acordo com as recomendações do IBAMA e as regras do IPAAM – Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas, bem como promover o reflorestamento da área sob a orientação da INFRAERO, no prazo de 2 (dois) meses, ficando o Município responsável pelo contato com as entidades mencionadas;
- b) O Município se comprometera a, no prazo de 6 (seis) meses, providenciar estudo e definir local definitivo para o aterro de lixo no Município, sempre com o auxílio do IBAMA e do IPAAM, cumprindo todas as providências para o licenciamento ambiental;
- c) O Município também se comprometeu a, no prazo de 10 (dez) dias, definir local provisório para o depósito do lixo, após o que não deveria mais ser depositada qualquer quantidade de lixo nas dependências da INFRAERO;

- d) Ficou acordado que o Município e a INFRAERO deverão informar aos munícipes o novo local destinado ao lixo da cidade;
- e) Acordaram, ainda, que o processo ficaria sobrestado por 6 (seis) meses para a implementação dos compromissos acertados, salvo em caso de descumprimento, que deveria ser comunicado ao Juízo.

3 A INTERDIÇÃO

Como não poderia deixar de ser, a interdição do Aeroporto de Tefé, medida extrema que traria tantos inconvenientes para o Município, seus gestores e sua população, e que viria a ser notícia nacional, somente viria a ocorrer se descumpridas as medidas fixadas em acordo judicial.

Transcorridos os prazos do acordo, o Ministério Público Federal peticionou informando sobre o descumprimento do celebrado em audiência, juntando documentos e requerendo o prosseguimento do feito. Um Ofício da INFRAERO (fls. 762 dos autos) noticiara, com fotos, a colisão da Aeronave PP-PTD da TRIP – Linhas Aéreas com ave (urubu), ocorrida no dia 06 de agosto de 2005, no Aeroporto de Tefé. Consta que às fls. 1022 dos autos a INFRAERO informara sobre novo incidente ocorrido no dia 04.07.2006, antes da interdição do aeródromo, entre a aeronave Boeing 737-300 da Rico Linhas Aéreas e uma ave (urubu) no Aeroporto de Tefé.

Sendo evidente o descaso do Município, fora deferida medida liminar, determinando que o Réu “se abstenha de continuar depositando, direta ou por intermédio de terceiros, lixo na área a que se reporta a peça vestibular, e promova, por via de consequência, tal depósito em outro local apropriado, que não integre o patrimônio da UNIÃO FEDERAL e não ponha em risco as atividades aeroportuárias no município”, tudo sob pena de multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) ao Município Réu.

A referida decisão determinou, ainda, “que a INFRAERO adote as medidas de interdição da área, cercando-a com cerca e portão, mantendo no local vigilância ostensiva, visando a assegurar a eficácia

da presente decisão, ressaltando o livre trânsito de particulares que residam ou trabalhem em áreas próximas, ainda que fazendo uso de veículos automotores, restando assegurado aos agentes encarregados pela vigilância inspecioná-los, certificando-se de que não transportam lixo de qualquer natureza”.

E sendo indubitáveis os riscos, Decisão de fls. 968/974, de 06.07.2006 determinara **“a imediata suspensão das atividades de pouso e de decolagem de aeronaves no Aeroporto de Tefé, ressaltados os casos de urgência e as atividades de aeronaves militares”**. Para os munícipes, foi uma verdadeira catástrofe. A imprensa nacional chegou a noticiar a dificuldade de se comprar víveres para subsistência das pessoas no município.

O Estado do Amazonas requereu seu ingresso no pólo ativo da ação (fls. 1110/1111 dos autos) visando ajudar a encontrar solução adequada para o deslinde do feito, apresentando projeto de aterro sanitário no Município de Tefé e a respectiva planilha de custos (fls. 1112/1115).

Em nova Audiência de Conciliação (fls. 1117/1118 dos autos), as partes não chegaram a um consenso, mas em seguida, foi anexada Petição dos Autores (fls. 1154/1160), manifestando-se pela reabertura parcial do Aeroporto de Tefé/AM provisoriamente, pelo prazo de 90 (noventa) dias, apenas para o período compreendido entre o pôr do sol até a primeira hora da manhã, justificando o petítório com os documentos e estudos (fls. 1161/1381). Em seguida, foi proferida Decisão (folhas 1382/1383 do feito) acatando o pedido e determinando a reabertura parcial do aeroporto do Município de Tefé/AM, provisoriamente pelo prazo de 90 (noventa) dias, sendo “mantida a proibição de pousos e decolagens no período diurno compreendido entre uma hora após o nascer do sol até o pôr do sol, ficando liberada a utilização do aeroporto nos demais horários (após o pôr do sol até a primeira hora da manhã)”, permanecendo a autorização para utilização do aeródromo, sem quaisquer restrições de horário, por aeronaves militares, por aquelas pertencentes ou a serviço do Departamento de Polícia Federal e/ou da Administração Pública Federal ou Estadual e, ainda, fica autorizado o uso do aeroporto, sem restrição de horário, em caso de haver necessidade

de atendimento médico ou qualquer outra questão relativa à saúde de pessoas.

Diante do término do prazo de 90 (noventa) dias sem prova da solução, o Juízo prorrogou o prazo por mais 7 (sete) dias, permanecendo as condições de operação anteriormente fixadas.

O Ministério Público Federal (fls. 1428/1432 do processo) noticia o não cumprimento, pela Prefeitura Municipal de Tefé/AM, dos compromissos assumidos, voltando o lixo a ser depositado na Área de Segurança Aeroportuária, requerendo a não dilação do prazo de reabertura do aeródromo, o que foi deferido (Decisão de fls. 1459/1465 dos autos). Novo pleito do Município de Tefé foi indeferido, após manifestação do MPF (fls. 1658/1659 dos autos).

4 O DESFECHO: DESINTERDIÇÃO DO AEROPORTO DE TEFÉ

Finalmente, o Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas – IPAAM requereu “desinterdição total das operações aéreas em SBTf”, por não mais existirem os motivos ensejadores da suspensão deferida, seguindo-se manifestação favorável da INFRAERO, com base em pareceres favoráveis da ANAC e do VII COMAR/CENIPA, e do Ministério Público Federal (com base em Relatório Técnico que acompanhou decisão de fls. 1874/1881 dos autos).

Em Despacho (fls. 1920 dos autos), foi designada audiência para o dia 16.04.2007, posteriormente remarcada para o dia 11.04.2007 (fls. 1923) em atendimento à solicitação do IPAAM (fls. 1921/1922 dos autos), para a colheita de mais informações do servidor da ANAC que subscreveu o parecer técnico n. 15/GIMA/07, Sr. Carlos Alberto Fonteles de Souza (fls. 1813 dos autos), devendo comparecer, ainda, o chefe da ANAC no Estado para o ato designado. Realizada a audiência (fls. 1926/1928 dos autos), o Sr. Carlos Alberto Fonteles de Souza confirmou o teor do laudo de fls. 1807/1813 do feito, mesmo sendo advertido de que poderá ser responsabilizado criminalmente no caso de eventual acidente no aeródromo. No mesmo sentido foi o depoimento do Sr. Marcos Lima Bastos, chefe da Divisão de Infraestrutura Aeroportuária da ANAC.

No mesmo sentido manifestaram-se o Ministério Público Federal, o IPAAM e o Ministério Público Estadual.

Em razão das manifestações de todos os entes envolvidos na proteção do meio ambiente e na segurança aeroportuária, sobreveio Decisão de fls. 1946/1951 dos autos, na qual foi determinada a reabertura do aeroporto de Tefé/AM, bem como que seja efetuado pelos Órgãos Técnicos relatório trimestral para acompanhamento das atividades desenvolvidas pela Administração Municipal. Determinou a intimação da ANAC, INFRAERO, União-CENIPA, IPAAM e o IBAMA para apresentarem, em 90 dias, relatório que evidencie a evolução no cumprimento dos programas e metas apresentadas nos autos.

5 A SENTENÇA FINAL

Após idas e vindas acerca do interesse e em que pólo o Estado do Amazonas deveria estar no feito, e com a redistribuição do feito para a 7ª Vara Federal, Especializada em Matéria Ambiental e Agrária, foi proferida a sentença no sentido da procedência do pedido, pelo magistrado titular Dimis da Costa Braga, que embora tenha reconhecido que houve progressos em relação à disposição de resíduos sólidos por parte do Município de Tefé/AM, apontara melhorias a ser implementadas a fim de dar a destinação adequada ao lixo urbano, de forma a não expor a população a doenças e evitar que o meio ambiente sofra uma degradação que, no futuro, poderá vir a ser irreversível, dando-se, assim, efetividade ao princípio da prevenção.

Embora tenha sofrido interdição para pouso e decolagens em razão do risco de colisão de aviões com aves (urubus), o Aeroporto de Tefé/AM voltou a operar na sua normalidade após constatada a redução do perigo para navegação aérea por técnicos dos órgãos competentes, conforme relatórios juntados aos autos.

A análise dos autos, todavia, demonstra que os esforços da Prefeitura Municipal de Tefé/AM se deram com maior rigor no período em que o aeródromo ficou interdito por determinação judicial, reduzindo-se a eficiência para a resolução do problema nos

momentos de operação normal do aeroporto. Após as operações de pousos e decolagens serem normalizadas, as inspeções realizadas no período de julho a outubro de 2009 e de novembro de 2009 a fevereiro de 2010, respectivamente, na Área de Segurança Aeroportuária do Aeroporto de Tefé/AM, demonstraram que “os resíduos não estão sendo compactados e cobertos diariamente, de acordo com o previsto no Termo de Convênio, ficando dispostos a céu aberto, sem nenhum tipo de tratamento, proporcionando uma grande concentração de URUBUS na área do Aterro, inclusive na via de acesso ao local”. Mais adiante, evidenciam que “os trabalhos de operação no Aterro Controlado não oferecem as mínimas condições higiênico-sanitárias e estão em desacordo com as orientações repassadas pelo Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas, conforme disposto no Termo de Convênio firmado entre a Prefeitura Local e a Justiça Federal”.

Constatou o Juízo que o tratamento dado ao aterro controlado não estaria de acordo com a proteção do meio ambiente, visto que, conforme observado pelo Ministério Público Federal, o lugar não dispunha de drenagem superficial, poços de drenagem de gases, mantas de impermeabilização, o que pode gerar, em decorrência disso, a poluição de rios e igarapés, além do solo e, futuramente, afetar a saúde da população.

Os documentos levados aos autos levaram à conclusão que o Município de Tefé não vinha, pelo menos até a sentença, adotando os meios necessários para a preservação do meio ambiente e preservação dos serviços públicos. Ademais, conforme se verifica nos autos, a lixeira pública encontra-se dentro do limite de 20 km do centro geométrico do aeródromo, em desacordo, portanto, com a Resolução n. 4/1995 do CONAMA.

Fora observada a existência de matadouros próximos à área de pousos e decolagens do Aeroporto de Tefé/AM, contribuindo para a atração de urubus no entorno daquela área. Acerca disso, relatório de vistoria realizada pelo IPAAM demonstrou que a Câmara Municipal de Tefé/AM aprovou Lei Municipal que proíbe matadouros flutuantes no raio de 20 km a partir do centro geométrico da pista de pousos

e decolagens, contudo, a referida lei depende de procedimentos administrativos para sua implementação (fls. 2.140 dos autos). Agravava ainda situação observada no Município, do despejo de lixo, pela população ribeirinha, diretamente nos barrancos e, conseqüentemente, no rio que cerca o Município.

Diante de todo o contexto fático-probatório, apontou o Juízo na sentença a displicência do Administrador Local em encontrar solução para o problema de limpeza pública no Município de Tefé/AM, ato incompatível com o zelo pelo meio ambiente, obrigação de todo governante. E por fim, observou-se a ausência de medidas educacionais para orientação dos munícipes quanto ao despejo do lixo em locais apropriados, de modo a alertá-los para os perigos que a inobservância de tal prática pode acarretar.

Em razão de todo o exposto, o julgamento foi proferido no sentido da procedência do pedido, condenando o Município de Tefé/AM a implementar, no prazo máximo de 12 (doze) meses, a contar do trânsito em julgado da sentença, a construção do aterro sanitário de acordo com as normas ambientais pertinentes, e nos termos da Resolução n. 4 do CONAMA, ou seja, distante 20 km da pista de pousos e decolagens do Aeroporto de Tefé/AM, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

O Juízo condenou o Município de Tefé/AM, ainda, a reparar todo e qualquer dano causado ao meio ambiente, devendo recuperar a área afetada mediante Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD, dentro do prazo de 6 (seis) meses, contados do trânsito em julgado da presente decisão, com o acompanhamento e fiscalização de técnicos do IBAMA e do IPAAM, sob pena de multa por dia de atraso no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). E por fim, determinou que o Município de Tefé/AM deverá, ainda, organizar campanha a fim de orientar e conscientizar a população local a evitar o descarte do lixo em lugar inadequado, tais como barrancos e rios, ajudando a preservar o meio ambiente. Declaro extinto o processo com a resolução do seu mérito, a teor do artigo 269, I, do CPC.

6 CONCLUSÃO

A sentença mostra-se acertada, conforme os ditames em vigor da Política Nacional do Meio Ambiente, senão vejamos. A Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, prescreve:

Art. 2.º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguinte princípios:

I – Ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo

VIII – Recuperação da área degradada

Art. 3.º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III – Poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população.

Art. 4.º A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

Sobre o Princípio da Prevenção, igualmente invocado na sentença, esclarece Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

Trata-se de um dos princípios mais importantes que norteiam o direito ambiental. De fato, a prevenção é fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, soam irreversíveis e irreparáveis. Para tanto, basta pensar: como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? Ou, de que forma restituir uma floresta milenar que fora devastada e abrigava milhares de ecossistemas diferentes, cada um com o seu essencial papel na natureza? Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdade de condições,

uma situação idêntica à anterior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental.²

O estudo do presente caso do processo judicial e sua sentença em que se promoveu a adequação mínima do Aeroporto do Município de Tefé aos ditames da segurança aeroportuária, em conformidade com a Política Nacional do Meio Ambiente, demonstram que a atuação adequada dos atores no processo judicial coletivo ambiental tem papel fundamental na efetividade das políticas públicas, especialmente em casos como o presente, em que a atuação do Poder Executivo deixa a desejar, tornando em letra morta diversos direitos fundamentais associados ao direito de ir e vir, à saúde e à prestação de diversos direitos outros associados ao transporte, em região de difícil acesso pela distância e ausência de estradas, em que o transporte unicamente fluvial não viabiliza o atendimento dessas demandas em tempo adequado.

CASE STUDY: TEFÉ AIRPORT INTERDICTION BY DECISION OF THE FEDERAL COURT OF THE STATE OF AMAZONAS.

ABSTRACT: This case study deals with the process relative to the environmental public civil action on the risks associated with the operation of the airport in the municipality of Tefé, in the State of Amazonas, on account of garbage dumping within the limits of the Airport Safety Area (ASA). The resulting sentence defined the implementation of a Degraded Area Recovery Plan (PRAD), in compliance with the provisions of the National Environment Policy.

KEYWORDS: Airport. Interdiction. Federal Court. Airport Safety Area.

2 Curso de Direito Ambiental Brasileiro, Saraiva, 2001, p. 35.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL . Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA n. 4, de 9 de outubro de 1995. Disponível em: <www.cprh.pe.gov.br/downloads/4de9deoutubrode1995.doc>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Lei nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 2 set. 1981.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

USO DE FALCÕES PARA COMBATER AVES NO ENTORNO DE AERÓDROMOS: POSSÍVEIS REFLEXOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASO DE COLISÃO COM AERONAVE

Bruno Zanatta¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Leonardo Tortorelli

RESUMO: Este artigo analisa as possíveis implicações na responsabilidade civil do Estado nos casos de acidente aéreo resultante de colisão de aeronave com aves presentes no entorno de aeródromos que utilizam falcões como meio de diminuição do risco aviário. Ao final, o estudo mostra que a responsabilidade civil da União não é afastada pelo uso dessa medida mitigadora. Havendo colisão de aeronave com algum dos falcões utilizados no aeródromo restará caracterizada a responsabilidade civil objetiva do Estado, por conduta comissiva. Já no caso de colisão com outras aves, a omissão estatal específica caracteriza falha do serviço, ensejando a responsabilidade objetiva na forma do Art. 37 § 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

1 Juiz Substituto da 14ª Vara Federal - PE

PALAVRAS-CHAVE: Colisão com aves. Responsabilidade civil. Falcoaria

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se ao cumprimento de requisito constante do edital de inscrição para o curso “O papel do Poder Judiciário na segurança de voo” promovido pela Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, realizado no auditório da ESMAFE em Recife, no CENIPA e no Instituto Nacional de Criminalística em Brasília nos dias 25, 26 e 27 de abril de 2012.

Objetiva-se analisar de forma breve as possíveis implicações na responsabilidade civil do Estado nos casos de acidente aéreo resultante de colisão de aeronave com aves presentes no entorno de aeroportos e aeródromos que utilizem falcões como meio de diminuição do risco aviário.

2 USO DE FALCÕES PARA REDUÇÃO DO RISCO AVIÁRIO

A presença de aves no entorno de aeroportos representa sério risco à navegação aérea. Isto porque as altas velocidades envolvidas, aliadas à pequena área de impacto, fazem com que a colisão entre ave e aeronave tenha enorme potencial destrutivo.

No mundo, milhares de casos são reportados anualmente. Especificamente no Brasil, a média de reportes nos últimos anos foi de 950 ocorrências de colisão com aves. A maioria destas colisões causa danos materiais na aeronave, gerando altos custos de reparação. Além disso, o impacto pode levar à queda da aeronave e conseqüentemente a danos físicos ou mesmo à morte de passageiros e da tripulação.

Para a diminuição do risco aviário, o Estado pratica, em regra, ações como: modificação de habitat, remoção de aves, uso de faróis ou radar, mutirões de limpeza, remoção de lixões, bem como o uso de dispositivos de afastamento sonoro, visual, etc. Porém, devido ao potencial de adaptação das aves, estas medidas mitigadoras nem sempre surtem o efeito desejado, sendo recomendada a experimentação de novas técnicas.

É nesse contexto que se insere o uso de falcões, como mais uma das ações de gerenciamento de risco aviário. Recentemente, falcões e gaviões treinados têm sido utilizados em aeroportos, no Brasil e no exterior, como método de defesa antipássaros. Trata-se de técnica mitigadora do potencial atrativo de aves no entorno de aeródromos, sempre visando ao aumento da segurança no transporte aéreo.

No aeroporto de Porto Alegre, seis gaviões e cinco falcões guardam o espaço aéreo desde dezembro de 2011, quando este projeto piloto foi implementado, tendo conseguido deter 156 aves, que podiam ameaçar os aviões.² Testado em 2009, o serviço que afasta e captura aves capazes de se chocar contra os voos agora é feito diariamente. Vale conferir um trecho da reportagem:

Desde dezembro, quando a empresa Hayabusa voltou a usar os falcões, 156 aves foram capturadas no Salgado Filho e remanejadas para a Ilha do Avestruz, em Camaquã. É a efetivação de um projeto-piloto que durou cerca de um ano, visando diminuir as colisões entre aviões e aves, problema rotineiro em aeroportos.

— Em 2009, tivemos uma redução de 80% nos choques, que, na maioria das vezes, não são graves. No entanto, a batida de um urubu ou marreco em uma turbina danifica a aeronave, que corre o risco de queda — explica Douglas Souza, coordenador de Meio Ambiente da Regional Sul da Infraero. Em janeiro de 2009, o pouso forçado de um avião com 155 pessoas a bordo no Rio Hudson, em Nova York, exemplifica as consequências de batidas com aves. Para reforçar a segurança na Capital, em 2012 a Infraero investe R\$ 700 mil na falcoaria, em um contrato que pode ser renovado por mais cinco anos. Aeroportos como Pampulha e Galeão também usam o serviço.³

Vê-se que a União investe significativa soma de recursos públicos na falcoaria como meio de diminuição do risco aviário. Resta analisar se isto de alguma forma exclui ou mitiga a responsabilidade civil em caso de colisão entre aeronave e pássaros.

2 http://portuguese.ruvr.ru/2012_04_29/falcoes-e-gavioes-no-servico-aereo-de-porto-alegre/. Consulta em 04/05/2012.

3 <http://ifronline.blogspot.com.br/2012/04/aeroporto-salgado-filho-efetiva-o-uso.html>; Consulta em 04/05/2012.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DO BRASIL

Inicialmente vigorava a tese da irresponsabilidade do Estado, fruto do período das monarquias absolutistas (*the king can do no wrong*), quando prevalecia a ideia de que a soberania estatal tornava a conduta administrativa insusceptível de questionamentos. O comportamento estatal não era considerado lesivo, sendo incabível reparação.

Tal regramento foi superado, dando lugar a teorias civilistas calcadas na análise da culpa na conduta, influenciadas pelo liberalismo que sucedeu o absolutismo. Inicialmente distinguiam-se os atos de império – impostos unilateralmente pela Administração, com todas as prerrogativas e privilégios inerentes ao Estado e, portanto, insusceptíveis de responsabilização – e os atos de gestão – praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, estes sim capazes de gerar responsabilidade civil do Estado quando constatada a culpa do agente, cujo ônus da prova cabia ao particular.⁴

Essas teses foram superadas pela Teoria da Culpa Administrativa, também conhecida como culpa do serviço ou culpa anônima, que procurou desvincular a responsabilidade do Estado da culpa do funcionário. Distinguiu-se a culpa individual do funcionário, pela qual ele mesmo respondia, da culpa anônima do serviço público, pela qual o Estado responderia.⁵

Não era mais preciso perquirir a culpa subjetiva do agente, mas sim a ocorrência de falta na prestação do serviço. Somente o dano decorrente de irregularidade na execução da atividade administrativa ensejaria indenização ao particular por parte do Estado, sendo que a irregularidade poderia advir da inexistência, do mau funcionamento ou do atraso na prestação do serviço.⁶

Após, o ordenamento evoluiu para a adoção da Teoria do Risco Administrativo. Entende-se que a atuação estatal envolve um risco de dano que lhe é inerente. Uma vez ocorrido o dano e constatado o nexo de causalidade, surge para o Estado a obrigação de reparar o dano

4 Maria Sylvania Zanella Di Pietro; Direito Administrativo, pg.644, 27a edição, editora Atlas.

5 Maria Sylvania Zanella Di Pietro; Direito Administrativo, pg.646, 27 a edição, editora Atlas.

6 Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino; Direito Administrativo Descomplicado, 16 a edição, pg.601; Ed. Método.

sofrido pelo particular independentemente da existência de culpa na conduta do agente ou falha no serviço. Trata-se de responsabilidade objetiva. Seus pressupostos são: conduta, dano e nexo de causalidade. Se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, nasce para o Estado o dever de indenizar.

Atualmente, a responsabilidade civil do Estado é regida pela norma do art. 37, § 6º da CRFB:

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

Embora exista divergência, a doutrina majoritária entende que, da leitura do dispositivo, verifica-se que a responsabilidade objetiva do Estado exige que um ato seja praticado por agente de pessoa jurídica de direito público ou privado prestadora de serviço público. Ou seja, a responsabilidade da administração somente seria objetiva quando há conduta ativa por parte de seus agentes. Não existindo conduta do agente público, a responsabilidade seria subjetiva, devendo ser verificada, no caso concreto, a ocorrência de culpa na omissão estatal.

É que, no caso de omissão do Poder Público, os danos, em regra, não são causados por agentes públicos, mas sim por fatos da natureza ou fatos de terceiros, que poderiam, em tese, excluir a responsabilidade estatal.

Porém, quando o Estado tem o dever de agir e se omite, o dano, embora não decorra diretamente da conduta, poderia e deveria ter sido evitado ou minorado caso o Estado, que tinha o dever, não se omitisse. Assim, resta caracterizada a falha no serviço, ensejando a responsabilidade estatal segundo a teoria do risco administrativo.

A responsabilidade civil objetiva pode ser afastada pela presença de causas excludentes. No que diz respeito aos acidentes aéreos com aves, a excludente mais pertinente seria o caso fortuito.

No entanto, é essencial diferenciar o caso fortuito interno – que se relaciona aos riscos da atividade - do fortuito externo – fato imprevisível e inevitável, estranho ao risco do serviço - já que, segundo

a melhor doutrina, somente o segundo afasta a responsabilidade, devido à inevitabilidade e autonomia em relação à atividade prestada.⁷

Assim, a colisão com aves na área de aeródromos, por ser evento previsível e evitável, inserido nos riscos da atividade de navegação aérea, caracteriza-se como caso fortuito interno e, portanto, não exclui a responsabilidade do Estado pelos danos dela decorrentes. Quando há responsabilidade civil por omissão específica, o Estado responde objetivamente, conforme o art. 37, § 6º, da CF.

4 DA RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR ACIDENTE AERONÁUTICO COM PÁSSAROS EM AERÓDROMOS

No Brasil, a navegação aérea tem natureza jurídica de serviço público, já que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária, conforme preceitua a Constituição de 1988:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

Já que a exploração de qualquer serviço tem como corolário o dever de prestá-lo de forma segura, a caracterização da navegação aérea como serviço público implica o dever de garantir a segurança desse meio de transporte, como bem destaca José da Silva Pacheco. Veja-se:

Em nosso País, determinando o art. 22 da Constituição Federal, que compete à União legislar sobre direito aeronáutico (art. 22,I), e sobre a navegação aérea e aeroespacial (art. 22,X), e estabelecendo o art. 21 da nossa Carta Magna o caráter de serviço público à navegação aérea e à infra-estrutura aeroportuária (art. 21,XII, letra c), verifica-se que, igualmente, considerou-se como de utilidade pública: a) a navegação aérea, **o que implica na garantia de segurança na circulação**

7 Guilherme Couto de Castro; Direito Civil – Lições; 3ª edição, pg.200. Editora Impetus.

pelo espaço aéreo; b) a infra-estrutura aeroportuária (aeródromos, helipontos), em que necessariamente começa e termina a navegação aérea, **o que implica, também, em dar condições de segurança na aproximação, pouso e decolagem**". (grifo nosso)⁸

Portanto, a segurança do transporte aéreo é responsabilidade da União. Ademais, a Lei 7.565/86, no artigo 43, estabelece que as propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais visando ao aumento da segurança de voo, o que inclui a diminuição do risco aviário.

Cabe à União, assim, por meio de diversos órgãos, fiscalizar e impedir a instalação, nas proximidades dos aeródromos, de atividades com potencial atrativo de aves, bem como tomar medidas no intuito de minimizar a presença de aves nas áreas de interesse da aviação.

Não obstante, a crescente proliferação de áreas degradadas e com deficiência de saneamento básico próximo aos aeroportos tem propiciado o aumento da incidência e permanência de aves nessas áreas, comprometendo a segurança de voo.

A ausência ou falha de fiscalização nessas áreas caracteriza censurável omissão administrativa. Como a União é responsável pela exploração da navegação aérea, a responsabilidade civil em caso de danos decorrentes de acidentes com aves nas proximidades de aeródromos está submetida à norma do art. 37, § 6º, da Constituição. Logo, pode a União ser chamada a responder diretamente pelos danos causados por colisões de aeronaves e aves tanto por ação quanto por omissão.

Assim, no caso de acidente aéreo com aves temos que:

- a) A colisão com aves que vivem no entorno de aeródromos indica a omissão estatal no combate à instalação, nessas áreas, de atividades potencialmente atrativas. Mesmo que a União utilize falcões para dispersão das aves, o próprio acidente comprova a falha do serviço, ensejando a responsabilidade civil do Estado pelos danos dele decorrentes.

8 José da Silva Pacheco; Das Limitações de Ordem Pública e Social, nas Zonas de Proteção de Aeródromos e Helipontos, em Prol da Segurança da Navegação Aérea. Revista Brasileira de Direito Aeroespacial.

- b) A colisão de aeronave com alguma das aves utilizadas pelo próprio Estado para diminuição do risco aviário impõe a responsabilização deste pelos danos causados. Por estarem presentes todos os requisitos caracterizadores da responsabilidade objetiva (conduta, dano e nexo de causalidade), a licitude da ação administrativa (uso de falcões) é inapta a afastar o direito do lesado.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que a responsabilidade civil da União não é afastada pelo uso de falcões. Esta é apenas mais uma das ações de gerenciamento de risco aviário, empregada como técnica mitigadora do potencial atrativo de aves no entorno de aeródromos. Trata-se de conduta administrativa que visa concretizar o dever estatal de garantia da segurança do transporte aéreo.

Havendo colisão de aeronave com algum dos falcões utilizados no aeródromo restará caracterizada a responsabilidade civil objetiva do Estado, por conduta comissiva. Já no caso de colisão com outras aves, a omissão estatal específica caracteriza falha do serviço, ensejando a responsabilidade objetiva na forma do Art. 37 § 6º da CRFB.

USE OF HAWKS TO FIGHT OFF BIRDS IN THE SURROUNDINGS OF AERODROMES. POSSIBLE CONSEQUENCES ON CIVIL LIABILITY IN CASE OF COLLISION WITH AIRCRAFT

ABSTRACT: This article examines the possible implications for the State civil liability in case of an aeronautical accident resulting from collision of aircraft with birds in the vicinity of airports and aerodromes that use falcons as a means of reducing the avian risk. Finally, the study shows that the liability of the Union is not excluded by the use of this mitigating measure. If there is a collision of an aircraft with one of the hawks used in the airfield, objective liability of the State will be characterized for commissive conduct. In case of collision of the aircraft with other birds, a specific state omission implies service failure, allowing for strict liability in the form of the Article 37 (§ 6) of the Constitution of the

Federative Republic of Brazil.

KEYWORDS: Collision with birds. Civil Liability. Falconry.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Comando da Aeronáutica. **PCA 3-2** - Plano Básico de Gerenciamento de Risco Aviário (PBGRA). 2011. Disponível em: <http://www.cenipa.aer.mil.br/cenipa/Anexos/article/205/PCA_3-2_PBGRA.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2012. p. 5.

_____. **Falcões defenderão aeroporto brasileiro**. 2002. Disponível em: <http://portuguese.ruvr.ru/2012_04_29/falcoes-e-gavioes-no-servico-aereo-de-porto-alegre/>. Acesso em: 04 maio 2012.

_____. **Aeroporto Salgado Filho efetiva o uso de falcões e gaviões para evitar choques entre aviões e pássaros**. 2002. Disponível em: <<http://ifronline.blogspot.com.br/2012/04/aeroporto-salgado-filho-efetiva-o-uso.html>>. Acesso em: 04 maio 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16 ed. São Paulo: Método, 2008.

CASTRO, G. C. **Direito Civil**: lições. 3 ed. [S.l.]:Editora Impetus, 2010.

PACHECO, J. S. Das limitações de ordem pública e social, nas zonas de proteção de aeródromos e helipontos, em prol da segurança da navegação aérea. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 80, jul. 2000.

O CONTROLE DO LIXO COMO MEIO DE PREVENÇÃO DO RISCO AVIÁRIO NO MUNICÍPIO DE ARACAJU/SE

Carolina Souza Malta¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Fabio Motta/AE

RESUMO: Este artigo analisa a Ação Civil Pública n.º 00033806120034058500, que tramitou perante a 1ª Vara da Seção Judiciária de Sergipe, cujo objetivo consistia na suspensão das atividades desenvolvidas em lixões localizados nos Municípios de Aracaju, Nossa Senhora do Socorro e São Cristóvão, com vistas a mitigar os riscos causados pela concentração de urubus próximo ao Aeroporto Santa Maria, em Aracaju.

PALAVRAS-CHAVE: Colisão com aves. Risco aviário. Ação civil pública.

A análise recai sobre a Ação Civil Pública n.º 00033806120034058500, que tramitou perante a 1ª Vara da Seção

1 Juíza Federal da 31ª Vara - CE

Judiciária de Sergipe. A ação foi ajuizada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público do Estado de Sergipe em face da União Federal, o IBAMA, o Estado de Sergipe, a ADEMA (Administração Estadual do Meio Ambiente), o Município de Aracaju, a EMSURB, o Município de São Cristóvão, o Município Nossa Senhora do Socorro e Torre Empreendimento Rural e Construção Ltda.

O objetivo consistia na suspensão das atividades desenvolvidas na Lixeira da Terra Dura e nos lixões existentes nos municípios de Nossa Senhora do Socorro (Piabeta, Santa Inês e Parque dos Faróis) e São Cristóvão, proibindo-se os Municípios de Aracaju, Nossa Senhora do Socorro, São Cristóvão e à empresa Torre Empreendimentos disporem de qualquer resíduo sólido nas sobreditas localidades, sob pena de aplicação de multa.

Um dos fundamentos para o pedido consistiu no risco gerado ao tráfego aéreo do aeroporto Santa Maria em Aracaju, tendo em vista a presença de urubus que são atraídos pelo vazadouro do lixo. Por tal motivo, uma das medidas pleiteadas consistiu na suspensão das atividades aeroviárias desenvolvidas no Aeroporto Santa Maria em Aracaju, especificamente pousos e decolagens de quaisquer tipos de aeronaves, sob pena de aplicação de multa.

A ação, ao abordar o risco aviário, possui cunho eminentemente preventivo. Como exposto na palestra do Professor Flávio Antonio Coimbra Mendonça, o perigo aviário é um dos grandes problemas atuais da segurança de voo, em virtude do risco efetivo de colisões fatais, com sérios danos materiais, além de perdas humanas.

Os principais fatores que incrementam o risco aviário consistem na desordenada ocupação de áreas vizinhas aos aeroportos e no uso inadequado do solo urbano, impondo-se que seja evitado o estabelecimento de atividades com potencial atrativo de aves próximas aos aeródromos, mitigando-se, assim, os focos de atração de aves que comprometem a segurança dos voos.

Segundo registro da palestra realizada pelo Coronel Aviador Flávio Antonio Coimbra Mendonça, “a deficiência na coleta, tratamento e destinação final do lixo dos municípios é o fator de atração dos urubus-da-cabeça-preta, que são responsáveis por 56% das colisões no País quando a espécie de ave pode ser identificada”.

Registre-se que 80% dos acidentes decorrentes de colisão com aves ocorrem entre o pouso e a decolagem. Um pássaro que pese dois quilos gera um impacto de 7 (sete) toneladas em uma aeronave cuja velocidade seja de 300 km/h, que é a média de aproximação para pouso.

O recolhimento do lixo de forma adequada, nas imediações de aeroportos, constitui, portanto, importantíssimo fator de prevenção.

Com relação ao caso concreto analisado neste trabalho, logo após o ajuizamento, houve designação de audiência prévia pelo Juiz Federal Ricardo Mandarinó, acordando-se, de pleno, que a Prefeitura Municipal de Aracaju iria administrar o lixão da Terra Dura, providenciando o cercamento da área, a construção de guarita e o afastamento da população catadora de lixo, composta por crianças, adolescentes e adultos, em torno de 150 pessoas, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, bem como a cobertura constante do lixo com argila ou areia, para evitar a atração de urubus.

Todas estas atribuições deveriam ser feitas mediante convênio com a INFRAERO, com o IBAMA e o Governo do Estado, visando ao afastamento da população local nas imediações da lixeira no prazo de desocupação. No caso, a INFRAERO ficou incumbida de informar ao Juízo a ocorrência de qualquer incidente durante o período de 120 dias.

Em fevereiro de 2004, o IBAMA apresentou relatório técnico acerca do estágio de cumprimento dos compromissos assumidos pelo Estado de Sergipe e pelos municípios de Aracaju, São Cristóvão e Nossa Senhora do Socorro, na audiência realizada em 20.05.2003, munido de diagnóstico sobre os riscos de colisões entre aves e aeronaves em Aracaju.

A situação era extremamente preocupante. Em relação ao Lixão da Terra Dura (Aracaju/SE), a fiscalização revelou a presença de urubus e animais de grande porte na área do lixão; resíduos de serviços de saúde vinham sendo dispostos inadequadamente (a céu aberto) em vala; observou-se a presença de catadores na área.

Conforme o relatório, “um grande volume de resíduos, gerando forte odor, produz um fluxo contínuo de chorume que escoar por valas e infiltrando-se no subsolo, causando a contaminação do lençol freático.

O aterramento superficial é insuficiente para evitar a presença de aves necrófagas e outros vetores. A presença de ruminantes é constante”.

Quanto aos urubus (*Coragyps atratus*), apurou-se que o número de aves no local ainda era bastante significativo sendo que, na lagoa ao lado, permaneciam em torno de 100 urubus e, em meio ao lixo, alimentavam-se 1.600 urubus.

Diante da situação encontrada, tornou-se premente a implantação de uma política de resíduos no Estado de Sergipe, contemplando, entre outros aspectos, a viabilização de um local para a destinação adequada dos resíduos sólidos gerados (aterro sanitário); a desativação das atuais áreas e sua posterior remediação e monitoramento; o desenvolvimento de linhas de tratamento, priorizando a redução da fonte, o reaproveitamento, a comunicação/educação ambiental e a cooperação entre os municípios.

Considerando que a estruturação do sistema de aterro sanitário demandaria considerável lapso de tempo para ser efetivamente realizada, houve requerimento de suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, Aracaju/SE, pelo prazo de 06 (seis) meses. Apesar do acolhimento do pleito em primeira instância, a decisão foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, conforme ementa abaixo:

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSPENSÃO DAS OBRAS DE AMPLIAÇÃO DE AEROPORTO. ALEGAÇÃO DE RISCO DE ACIDENTES AÉREOS RESULTANTE DA COLISÃO DE AERONAVES COM PÁSSAROS. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. DESPROPORÇÃO ENTRE A MEDIDA ADOTADA E OS PREJUÍZOS SUPOSTOS PELA COLETIVIDADE. AGTR PROVIDO. 1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIÃO contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela em sede ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público Estadual, em regime de litisconsórcio, determinando a suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, localizado no Município de Aracaju/SE, pelo prazo de 6 (seis) meses ou até que seja divulgado o Estudo de Impacto Ambiental determinado naquele feito. 2. Da análise minuciosa dos argumentos expostos na decisão

agravada, verifica-se não proceder a premissa de que a realização de obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria tenha relação direta com o incremento do risco de acidentes aéreos resultante da colisão de aeronaves com pássaros que habitam os lixões da capital sergipana. Se realmente há esse risco e se algum fator eleva a probabilidade de sua concretização, seria isso decorrência do número de aeronaves que aterrissam e decolam diariamente no local e da quantidade de aves que habitam na vizinhança do aeroporto. 3. Daí porque, se o objetivo era impedir o crescimento do risco de colisão com pássaros, as medidas adequadas à solução do problema seriam, por um lado, impedir ou limitar o aumento do número de autorizações de vôo, por outro, determinar aos responsáveis o emprego de meios para mitigar ou impedir a interferência dessas aves no trajeto das aeronaves. 4. A simples leitura da decisão agravada permite concluir que a suspensão das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria fundamentou-se, apenas, na mera suposição de que a ampliação daquela unidade aeroportuária incrementaria o risco de acidentes aéreos em caso de colisão de aeronaves com os urubus que freqüentam o “lixão do Bairro Santa Maria (Terra Dura)”. Inexiste na decisão agravada referência a elementos concretos (dados estatísticos, estudos científicos, pareceres de órgãos encarregados do gerenciamento de risco à aviação civil, dentre outros) capazes de atestar a presença de considerável risco de acidente aéreo provocado por pássaros. Sequer se tem notícia de incidentes dessa natureza no Aeroporto de Aracaju. 5. Por outro lado, ainda que se desconsiderasse a ineficácia da medida de suspensão dessas obras em tema de prevenção de acidentes, já que, como dito, inexistente relação entre as obras de ampliação e o risco de imprevistos aéreos, revela-se desproporcional o ônus imposto pela decisão, tendo em vista os prejuízos das mais diversas ordens causados à coletividade, em decorrência do atraso provocado na modernização do único aeródromo de grande porte do Estado de Sergipe, bem como o atraso no desenvolvimento da região e os danos provocados à economia do Estado. Dessa forma, nada impede a continuidade das obras durante o decurso do prazo para elaboração do Estudo de Impacto Ambiental, cuja conclusão não seria, ademais, por si só, suficiente para resolver o problema.

6. Agravo de instrumento provido, para determinar a continuidade das obras de ampliação do Aeroporto Santa Maria, em Aracaju/SE.

(TRF – 5ª Região – AGTR 111911 - Relator(a) convocado Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão - Primeira Turma - DJE - Data::16/06/2011 - Página::125).

Tendo em vista que o gerenciamento do risco, no presente caso, pressupunha a efetiva cooperação de todos os entes envolvidos no processo, foram realizadas audiências, que redundaram na homologação de acordo, baseado em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

Em 23 de maio de 2006, foi realizada Audiência Pública, oportunidade em que foi apresentada proposta de TAC por iniciativa conjunta dos Ministérios Públicos Estadual e Federal.

Cabe o registro de que a criação da Agência Nacional de Aviação Civil se deu durante o curso do processo, pugnando o Ministério Público Federal pela manutenção da União do pólo passivo da demanda, ao argumento de que não terá sua substituição pela ANAC, por força de determinação da Lei n.º 11.182, de 27 de setembro de 2005, interferido em questões relativas a “atividades e procedimentos relacionados com o sistema de controle do espaço aéreo e com o sistema de investigação e prevenção de acidentes aeronáuticos”, que permanecem de atribuição direta da União, nos termos do art. 8º, XXI, da mesma legislação.

Houve a inclusão da INFRAERO no pólo ativo, sob o fundamento de que, efetivamente, a INFRAERO participou ativamente na seara processual e extraprocessual para a solução do problema relativo à implantação do aterro sanitário de Aracaju. Válido registrar que foi a INFRAERO quem noticiou o perigo que a lixeira da Terra Dura está/ estava causando para a navegação aérea local. Também foi a INFRAERO que firmou convênio com o Município de Aracaju, liberando a quantia de R\$ 1.199.898,80 (um milhão, cento e noventa e nove mil, oitocentos e noventa e oito reais e oitenta centavos), para que este implantasse o ATERRO SANITÁRIO. Não havia, assim, razão para manutenção da INFRAERO no pólo passivo da demanda, mas deve a referida Autarquia figurar no pólo ativo da contenda, inclusive, por ter sido ela que impulsionou a atividade do órgão ministerial.

As partes-rés Município de Aracaju, Município de São Cristóvão, Município de Nossa Senhora do Socorro, Estado de Sergipe, IBAMA, ADEMA, EMSURB/Aracaju e Torre Empreendimentos aderiram ao Termo de Ajuste de Conduta Judicial.

As partes, após longa e apurada discussão, aderiram ao TAC como melhor forma de solução do litígio. Tal constatação foi suficiente para afirmar-se a validade do ato volitivo formalizado, como a melhor alternativa para o interesse público. As partes fizeram concessões recíprocas, no intuito de pôr fim ao litígio, cabendo ao Juiz emitir o ato formal de homologação da transação, para atribuir força executiva ao acordo realizado.

Assim, foi homologada a adesão das partes-rés Município de Aracaju, Município de São Cristóvão, Município de Nossa Senhora do Socorro, Estado de Sergipe, IBAMA, ADEMA, EMSURB/Aracaju e Torre Empreendimentos ao Termo de Ajustamento de Conduta Judicial – TAC, ficando os municípios COMPROMISSÁRIOS obrigados a implantar Aterro Sanitário em local adequado, sendo que esse local deverá ser selecionado, de acordo com as normas estabelecidas pela Portaria 1141/GM5 e a Resolução CONAMA 04/95, após estudo de seleção de áreas para aterro sanitário, realizado no prazo de 60 dias, contados do dia 11 de setembro de 2006, que deveria ser submetido ao órgão ambiental licenciador, atendidas as norma ambientais e sanitárias vigentes.

A complexidade do caso é evidente e a homologação do Termo de Ajustamento de Conduta, ocorrida em 2006, infelizmente não foi suficiente para a solução definitiva da questão. Até a presente data, prossegue a execução da sentença, por meio de audiências para a definição das obrigações de cada executado, no intuito de conferir a efetividade necessária ao provimento judicial.

GARBAGE CONTROL AS A MEANS OF AVIAN RISK PREVENTION OF RISK IN THE CITY ARACAJU, STATE OF SERGIPE

ABSTRACT: This article analyzes the Public Civil Action No. 00033806120034058500, which was processed before the First Court of the Judicial Section of the State of Sergipe, the objective of which was

the suspension of activities in landfills located in the cities of *Aracaju*, *Nossa Senhora do Perpétuo Socorro*, and *São Cristóvão*, in order to mitigate the risks caused by the gathering of vultures near Aracaju's Santa Maria Airport.

KEYWORDS: Bird strike. Avian risk. Public civil action.

REFERÊNCIAS

BRASIL . Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução CONAMA n. 4, de 9 de outubro de 1995. Disponível em: <www.cprh.pe.gov.br/downloads/4de9deoutubrode1995.doc>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. Comando da Aeronáutica. Portaria 1141/GM5, de 8 de dezembro de 1987. Disponível em: <<http://pznnet.anac.gov.br/ruido/portarias/portaria1141.pdf>>. Acesso em: 20 jun.2012.

BRASIL. Lei nº 11.182/2005, de 27 de setembro de 2005. Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 set. 2005.

BRASIL. Ação Cível Pública 00033806120034058500. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2009553/acao-civel-ac-1578-pa-20053901001578-9-trf5>>. Acesso em 20 jun. 2012.

A INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA SERVIDÃO EM TORNO DE AERÓDROMOS E HELIPORTOS

Marília Ivo Neves¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Juca Varella/Folhapress

RESUMO: A segurança da navegação aérea é de interesse coletivo, e, assim, o Estado tem o poder-dever de impor restrições ao direito de propriedade com vistas à conformação deste aos ditames da segurança no voo. Neste estudo, faz-se breve análise acerca do direito à indenização daquele que se vê tolhido de parte dos poderes que lhe pertencem enquanto proprietário de bem localizado em torno de aeródromos e heliportos.

¹ Juíza Federal da 32ª Vara - PE

PALAVRAS-CHAVE: Aeródromo. Heliporto. Direito de propriedade. Indenização.

1 INTRODUÇÃO

A segurança da navegação aérea impõe restrições ao direito de propriedade, fundamentadas na supremacia do interesse público sobre o privado.

Nesse sentido, sendo certo de que haverá restrição ao direito de propriedade, é importante que se faça breve análise acerca do direito ou não à indenização ao proprietário que se vê tolhido de parte dos poderes que lhe pertencem enquanto proprietário de um bem.

2 RESTRIÇÕES DO ESTADO SOBRE A PROPRIEDADE PRIVADA

A propriedade é o mais amplo direito real, incluindo os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, assim como o de persegui-la nas mãos de quem quer que injustamente a detenha. Historicamente, a propriedade, que já foi reconhecida como direito absoluto e individualista, foi sendo conformada de modo a condicioná-la ao bem-estar social, afastando seu caráter meramente individualista.

Hoje prevalece, em nosso ordenamento, a ideia de que a propriedade, em especial a do solo (art. 182, § 4º e 186 da Constituição Federal), deve cumprir uma função social, sendo punida toda forma de utilização que não a satisfaça.

Com efeito, para que a propriedade cumpra seu papel social, há a intervenção do Estado na propriedade, entendida esta como toda e qualquer atividade estatal que tenha por fim condicionar e ajustar a propriedade à sua função social. Tal poder do Estado decorre da própria noção de soberania e da supremacia do interesse público sobre o privado.

As restrições do Estado ao direito de propriedade podem ser divididas nas seguintes modalidades²:

2 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 119 e 120.

- Limitações administrativas impõem obrigações de caráter geral a proprietários indeterminados, em benefício do interesse geral;
- A ocupação temporária e a requisição de imóveis impõem ao proprietário o ônus de suportar a utilização temporária do imóvel pelo Poder Público, para realização de obras ou serviços de interesse coletivo;
- O tombamento implica limitação perpétua ao direito de propriedade em benefício do interesse coletivo, incidindo sobre imóvel determinado;
- A servidão administrativa é um direito real de natureza pública que impõe ao particular a obrigação de suportar um ônus parcial sobre o imóvel para permitir a execução de obras e serviços de interesse coletivo;
- A desapropriação e a requisição de bens móveis e fungíveis implicam a transferência da propriedade, mediante indenização para satisfazer a um interesse público;
- A edificação e o parcelamento compulsórios são impostos ao proprietário que não utiliza adequadamente a sua propriedade.

3 A SERVIDÃO EM TORNO DE AERÓDROMOS E HELIPORTOS

No que interessa ao ponto ora analisado, temos que a segurança da navegação aérea é de interesse coletivo, e, assim, o Estado tem o poder-dever de impor restrições ao direito de propriedade, em especial dos imóveis situados no entorno de aeródromos e heliportos, para que haja conformação deste aos ditames da segurança no voo.

Aponta José da Silva Pacheco³: “Assim, é comum na doutrina e na legislação, o uso da expressão ‘servidão aeronáutica’ em favor dos aeródromos, tendo em vista as limitações necessárias à realização de operações de decolagem e aterrissagem das aeronaves assim como

3 PACHECO, José da Silva. **Das Limitações de Ordem Pública e Social, nas Zonas de Proteção de Aeródromos e Heliportos, em Prol da Segurança da Navegação Aérea.** In: Revista Brasileira de Direito Aeroespacial. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1698.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2012.

ao controle e direção destas, tanto no aeródromo como em sua aproximação, implicando em última análise, benefício da navegação aérea, tendo em vista a inviolabilidade do direito-garantia à segurança e à vida.”

Neste sentido, dentro da classificação doutrinária já apontada acima, temos que a restrição aos imóveis é do tipo servidão administrativa, que pode ser mais bem definida como “o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública ou por seus delegados, em favor de um serviço público ou de um bem afetado a fim de utilidade pública”⁴.

O fundamento jurídico para tal servidão é, de maneira geral, o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA, Lei n.º 7.565/86, em especial os arts. 43 a 46:

Art. 43. As propriedades vizinhas dos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais.

Parágrafo único. As restrições a que se refere este artigo são relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embaraçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais.

Art. 44. As restrições de que trata o artigo anterior são as especificadas pela autoridade aeronáutica, mediante aprovação dos seguintes planos, válidos, respectivamente, para cada tipo de auxílio à navegação aérea:

- I - Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos;
- II - Plano de Zoneamento de Ruído;
- III - Plano Básico de Zona de Proteção de Helipontos;
- IV - Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea.

§ 1º De conformidade com as conveniências e peculiaridades de proteção ao voo, a cada aeródromo poderão ser aplicados Planos Específicos, observadas as prescrições, que couberem, dos Planos Básicos.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.145

§ 2º O Plano Básico de Zona de Proteção de Aeródromos, o Plano Básico de Zoneamento de Ruído, o Plano de Zona de Proteção de Helipontos e os Planos de Zona de Proteção e Auxílios à Navegação Aérea serão aprovados por ato do Presidente da República.

§ 3º Os Planos Específicos de Zonas de Proteção de Aeródromos e Planos Específicos de Zoneamento de Ruído serão aprovados por ato do Ministro da Aeronáutica e transmitidos às administrações que devam fazer observar as restrições.

§ 4º As Administrações Públicas deverão compatibilizar o zoneamento do uso do solo, nas áreas vizinhas aos aeródromos, às restrições especiais, constantes dos Planos Básicos e Específicos.

§ 5º As restrições especiais estabelecidas aplicam-se a quaisquer bens, quer sejam privados ou públicos.

Art. 45. A autoridade aeronáutica poderá embargar a obra ou construção de qualquer natureza que contrarie os Planos Básicos ou os Específicos de cada aeroporto, ou exigir a eliminação dos obstáculos levantados em desacordo com os referidos planos, posteriormente à sua publicação, por conta e risco do infrator, que não poderá reclamar qualquer indenização.

Art. 46. Quando as restrições estabelecidas impuserem demolições de obstáculos levantados antes da publicação dos Planos Básicos ou Específicos, terá o proprietário direito à indenização.

Vê-se, assim, que há fundamento legal para tal restrição, necessária à segurança de voo, restando apenas a análise do cabimento ou não de indenização que será detalhada abaixo.

4 DO DIREITO À INDENIZAÇÃO PELA IMPOSIÇÃO DA SERVIDÃO

O CBA faz referência, nos artigos acima, duas vezes à questão de indenização pela servidão, prevendo-a num caso e negando-a em outro.

O art. 45 afasta o direito à indenização, no caso de construção de obstáculos levantados após a publicação dos planos de proteção previstos no art. 44 do CBA. Entende a lei que tal construção foi feita por conta e risco do proprietário que, assim, não poderá reclamar qualquer indenização.

No sentido contrário, o art. 46 prevê que, quando as restrições implicarem demolições de obstáculos construídos antes da publicação dos planos básicos ou específicos, haverá o direito à indenização.

Restam ainda algumas situações não previstas no CBA que é importante que sejam mencionadas.

Inicialmente, em relação ao caráter temporal, não há maiores discussões: construções feitas antes dos planos estão protegidas pela boa-fé do proprietário, e, assim, qualquer restrição que venha a ocorrer depois poderá gerar direito à indenização. No sentido contrário, qualquer construção feita posteriormente terá sido por conta e risco do proprietário, que, assim, não poderá exigir qualquer indenização por obra feita de modo ilícito.

No entanto, maior reflexão e cautela merece a questão material da restrição. O CBA traz previsão para o caso em que seja necessária a demolição de obras. A indenização, no entanto, é cabível também no caso em que não seja necessária qualquer demolição, mas a restrição decorrente da servidão diminua ou impeça o uso do imóvel.

Apenas a título ilustrativo, imagine-se um incorporador que tenha comprado um imóvel com o fim de construir um edifício de apartamentos. Antes de começar a construir, é aprovado um plano de proteção que impede a construção acima de determinada altura, inviabilizando o empreendimento. Neste caso, embora não seja necessária qualquer demolição, por certo que, em havendo diminuição considerável do valor do imóvel e o impedimento do uso a que se propunha, poderá o proprietário requerer indenização, cabendo-lhe o ônus de comprovar o prejuízo que teve.

Do mesmo modo, um hospital ou escola, ainda que tenha altura compatível com o plano de proteção aprovado, pode ter seu uso inviabilizado, caso a distância para o aeródromo seja diminuta a ponto de o barulho impedir seu uso normal, sendo certo que essas atividades específicas necessitam de um nível maior de silêncio.

É certo, no entanto, que o prejuízo material advindo dessas e outras situações que poderiam ser referidas não é presumido, tendo que ser analisado individualmente, sendo ônus da parte prejudicada comprovar o prejuízo e seu montante, para que tenha direito à indenização.

Por fim, quanto à responsabilidade pela indenização, há que se refletir que, em alguns casos, um outro particular é especialmente beneficiado pela restrição administrativa, mormente quando se trata de heliportos. Em outras palavras, embora em todos os casos de aeródromos ou heliportos, a segurança da navegação aérea seja o bem jurídico protegido, em alguns casos um particular será particularmente beneficiado pelo uso do heliporto, até mesmo com a valorização do empreendimento, visto que tantas vezes sua presença é anunciada como vantagem do imóvel.

Nestes casos, é de se refletir que o beneficiado pelo heliporto deverá arcar com os prejuízos causados aos imóveis vizinhos, não cabendo ao poder público arcar com indenizações por fatos que beneficiam um particular em especial.

Neste sentido, aponta José da Silva Pacheco, sem grifos no original: “Quanto à eventual indenização pelas demolições de obstáculos levantados antes da publicação dos referidos Planos de Zona de Proteção de Aeródromos, incide o art. 46 do CBA, **respondendo, como é curial, o responsável pelo aeródromo, seja ele entidade pública ou privada**”.

5 CONCLUSÃO

Em resumo, as restrições para proteção à navegação aérea são necessárias e justificadas e o direito à indenização não pode ser desprezado, ainda que fora dos casos expressamente previstos no CBA.

DIRECT DAMAGES ARISING FROM AROUND SERVITUDE AERODROMES AND HELIPORTS

ABSTRACT: The safety of air navigation is of collective interest, and thus the State has both the power and the duty to impose restrictions on the rights of property with a view to conforming to the demands of flight safety. In this study, there is a brief analysis of the right to compensation on the part of the owner who finds himself deprived of the powers which belong to him/her as owner of an area located in the vicinity of aerodromes and heliports.

KEYWORDS: Aerodrome. Helipad. Right of property. Indemnification.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, F. J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PACHECO, J. S. Das limitações de ordem pública e social, nas zonas de proteção de aeródromos e helipontos, em prol da segurança da navegação aérea. **Revista Brasileira de Direito Aeroespacial**, n. 80, jul. 2000.

AS RÁDIOS CLANDESTINAS E SUA INFLUÊNCIA NAS TELECOMUNICAÇÕES AERONÁUTICAS

Frederico José Pinto de Azevedo¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Marcela Mesquista/G1

RESUMO: A interferência de rádios na comunicação aeronáutica ocorre por uma composição de vários sinais. Sinais de emissoras de rádio FM distintas, ao serem captados com níveis suficientes, podem provocar o efeito denominado intermodulação. Esse fenômeno resulta em mudança de frequência dos sinais recebidos, tornando-os idênticos ou relativamente próximos à faixa de frequência utilizada na recepção dos serviços aeronáuticos. Desse modo, o controle sobre as estações de rádio deve ser eficaz e existem instrumentos legais para isso. Este artigo discorre sobre algumas das principais características dos serviços de radiodifusão no Brasil e a necessidade de um controle mais efetivo por parte da ANATEL no que diz respeito às chamadas rádios comunitárias, buscando-se evitar a possibilidade de interferência nas telecomunicações entre aeronaves e torres de controle.

1 Juiz Federal da 3ª Vara - PE

PALAVRAS-CHAVE: Telecomunicação aeronáutica. Rádio clandestina. Interferência. Segurança de voo.

De início, menciono o fato de que a chamada rádio clandestina ou pirata funciona sem autorização do órgão próprio de controle. Tal nomenclatura adveio no início da década de 1960, na Inglaterra, para identificar irradiações na frequência FM, quando a emissora estava localizada em um navio na costa britânica, fora do controle das milhas marítimas. Tal estação, considerada ilegal pelo governo britânico, era montada por jovens que não aceitavam o monopólio estatal e não suportavam as programações das emissoras oficiais controladas pelo governo. O costume era de erguer uma bandeira negra, símbolo dos corsários, e ter fins lucrativos, daí a origem do nome rádio pirata. A emissora tinha produção musical baseada no movimento de contra cultura que não tinha espaço nas emissoras oficiais e era combatida pela programação conservadora da cultura britânica da época. Na tentativa de evitar a propagação de suas ondas, o governo da Grã-Bretanha resolveu ampliar seu domínio sobre as milhas marítimas. Ocorre que, no exato momento em que os equipamentos foram apreendidos, houve uma reação da juventude que fez surgir centenas de emissoras em território da ilha.

No Brasil, tais rádios passaram a existir com o nome de rádio comunitária, sendo que a sua presença intensificou-se a partir do final da década de 1980, passando a funcionar como instituição sem fins lucrativos e com objetivo principal de atender às comunidades locais, divulgando e fazendo campanhas de interesse da comunidade. Na época não existia legislação adequada sobre a matéria. O número de tais rádios aumentou com a diminuição dos custos dos equipamentos.

Como o problema agravou-se, foi editada, em 1998, uma legislação própria: a Lei n.º 9612. Segundo estatísticas de associações ligadas a essas rádios, de imediato foram protocolados 6.000 pedidos de funcionamento. Note-se que, para que passem a funcionar, tais rádios devem demonstrar o preenchimento de certos requisitos, com a devida autorização, pressuposto constitucional de existência, ante a exegese do art. 21, XII, alínea "a", da Carta Magna, bem

como o perfeito ajuste às disposições previstas na Lei n.º 9.612/98. Sem que tais pressupostos sejam completados, as rádios em questão são consideradas ilegais e chamadas de clandestinas ou piratas.

Ocorre que a imposição de tais requisitos não vem sendo eficaz. Como a maior parte dos pedidos de instalação de tais rádios está sendo apreciada com muito vagar pelo Poder Público, (segundo dados das referidas associações de rádios comunitárias até 2007 teriam sido legalizadas 2.400 rádios em todo o país de um total de 10.000 que aguardam a autorização do Ministério das Comunicações), muitas delas, que atuam notadamente em baixa potência (até 25 watts) e sem fins lucrativos, passam a funcionar de modo clandestino, atuando seja para o cumprimento de questões ligadas às comunidades mais carentes, seja a partir de injunções de políticos para a realização de suas campanhas. Tudo leva a crer que o Poder Público vem retardando tais autorizações pela noção de que a radiofrequência é um recurso limitado e que somente pode haver o funcionamento de um número definido de emisoras de radiodifusão, sob o risco de haver interferências prejudiciais ao funcionamento de outros serviços básicos, aí incluídos a segurança do tráfego de aeronaves.

Mencionando a questão da demora na apreciação dos pedidos de rádios comunitárias, deve-se destacar que certamente tal fato tem direta relação com a notória existência de pedidos políticos, o que faz com que o Executivo Federal, ao contrário de negar os pedidos, entenda por não apreciá-los como forma de não se comprometer com a matéria em análise. Este fato já vem sendo objeto de decisões jurisprudenciais que, em sua maioria, vem determinando um prazo para apreciação do requerimento.

Destacamos o seguinte aresto,

ADMINISTRATIVO. RÁDIO COMUNITÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO. CONCESSÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A controvérsia cinge-se em saber se há possibilidade ou não de o Poder Judiciário autorizar o exercício precário do serviço de radiodifusão comunitária, até que a Administração decida definitivamente a questão. 2.

O procedimento administrativo, que tem por objeto verificar os requisitos da Lei nº 9.612/98 e do Decreto 2.615/98, não pode ser substituído por provimento jurisdicional que autorize o funcionamento da rádio, já que não compete ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo. 3. Constatado atraso injustificado no exame do pedido de autorização para funcionamento de rádio comunitária, o órgão jurisdicional pode fixar prazo razoável para que a mora administrativa seja sanada, desde que, é claro, exista pedido na inicial nesse sentido. Na espécie, não houve requerimento, o que inviabiliza tal solução. Precedentes: REsp 1.100.057/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 10.11.09; EDcl no AgRg no Ag 1.161.445/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 24.08.10; REsp 1.019.317/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 11.11.09; REsp 1.006.191/PI, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 18.12.08. 4. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL – 1123343, DJU 15.10.2010, Rel Min Castro Meira).

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. RÁDIO COMUNITÁRIA. INTERDIÇÃO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO. RECURSO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 223 da CF/88, cabe ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização, bem como fiscalizar o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Por sua vez, a Lei 9.612/98, que instituiu o serviço de radiodifusão comunitária, regulamentada pelo Decreto 2.615/98 e pela Portaria do Ministério das Comunicações 191/98, estabelece a forma de exploração do referido serviço, bem como os requisitos necessários para obtenção de autorização para funcionamento, determinando, em seu art. 6º, que “compete ao Poder Concedente outorgar à entidade interessada autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária, observados os procedimentos estabelecidos nesta Lei e normas reguladoras das condições de exploração do Serviço”. Por seu turno, o Decreto 2.615/98, em seus arts. 9º e 10, define a competência do Ministério das Comunicações para expedir as autorizações de funcionamento das rádios comunitárias e a

competência da ANATEL para sua fiscalização. 2. O funcionamento de rádio comunitária, ainda que de baixa potência e sem fins lucrativos, depende de prévia autorização do Poder Público. Outro não é o entendimento desta Corte de Justiça: AgRg no REsp 1.074.432/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; REsp 944.430/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 15.12.2008; REsp 440.674/RN, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23.8.2004; REsp 845.751/CE, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 10.9.2007; REsp 584.392/PE, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.4.2007; REsp 363.281/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 10.3.2003. 3. Mesmo antes da edição da Lei 9.612/98, era exigido o prévio licenciamento pelo Poder Público para a instalação e operação de emissoras de rádio, independentemente de sua potência, por meio da Lei 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), recepcionada pela CF/88. 4. Considerando que a legislação em vigor estabelece a competência do Poder Executivo para autorizar, conceder e fiscalizar o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, não pode o Poder Judiciário imiscuir-se no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, deferindo pedido de funcionamento, ainda que a título precário, de rádio comunitária. Ao Judiciário apenas é permitido, em caso de demora na análise de requerimento administrativo de autorização para seu funcionamento, o reconhecimento de omissão por parte da autoridade competente, estipulando prazo razoável para que se pronuncie sobre o respectivo requerimento. “Assim, se houve atraso na apreciação do pedido de fundação, quanto à autorização da sua rádio, seria certo a impetração de segurança para forçar o poder público a cumprir o seu mister. Não pode, porém, o Judiciário, pela demora na apreciação do procedimento administrativo, cancelar a instalação de uma rádio, sem a aferição sequer dos aspectos técnicos de funcionamento” (REsp 363.281/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 10.3.2003). E ainda: MS 7.148/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.8.2001; REsp 983.077/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 27.11.2008; REsp 1.006.191/PI, 2ª Turma, Rel. Min.

Eliana Calmon, Rel. p/ acórdão Min. Castro Meira, DJe de 18.12.2008. Todavia, na hipótese dos autos, o mandado de segurança não foi impetrado contra a omissão do Ministério das Comunicações em examinar o pedido de autorização de funcionamento da rádio comunitária. Não há pedido no sentido de que seja determinado ao Poder Público o exame do requerimento administrativo. Portanto, não há o que ser deferido no mandamus. 5. A ANATEL, ao fiscalizar a impetrante e, após verificar irregularidade em seu funcionamento, determinar sua interdição, agiu no pleno exercício do poder de polícia, não praticando nenhuma ilegalidade ou abuso de poder. Isso, porque, “inexistindo a regular autorização do Poder Público, para a exploração do serviço de radiodifusão, ressei perfeitamente legal, a despeito da abertura ou não de processo administrativo, a interrupção e lacre das transmissões” (AgRg no REsp 1.074.432/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008). 6. Recurso especial provido (RECURSO ESPECIAL – 958641, DJU 26.11.2009, Rel Min Denise Arruda).

O certo é que neste caso não pode o Judiciário passar a funcionar como Administrador e determinar a abertura das rádios, já que o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário somente é realizado de forma excepcional ou poderá ocorrer subtração de esferas de competências. A Administração deverá analisar e aperfeiçoar padrões de gestão para a aplicação das prescrições abstratas das normas aos casos concretos com a devida adequação, havendo casos de atuação administrativa que não ficam de modo integral definidas na norma legal, abrindo um leque de oportunidades e conveniências para a decisão administrativa. O Executivo, por meio de uma autarquia própria, a ANATEL, tem o papel de verificar a segurança na instalação ou não de tais operadoras de radiofrequência.

Em verdade, caberá à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) monitorar o espectro eletromagnético – espaço por onde transitam as ondas – e verificar denúncias recebidas para chegar até rádios chamadas de piratas, por não terem outorga, ou às que têm permissão para operar mas não cumprem os requisitos. De acordo

com relatos da fiscalização da própria autarquia, os fiscais gravam a programação para provar que uma estação é usada por um político, religião ou grupo ideológico único, fatores que desqualificam o caráter comunitário ou que estejam acima da potência permitida de 25 watts e que podem levar à cassação da autorização.

Segundo estudos realizados por especialistas da área, a interferência de uma rádio na comunicação aeronáutica ocorre por uma composição de vários sinais e não apenas de um. Sinais de emissoras de rádio FM distintas, ao serem captados com níveis suficientemente fortes, podem provocar um efeito denominado intermodulação. Esse fenômeno resulta em mudança de frequências dos sinais recebidos, tornando-os idênticos ou relativamente próximos da faixa de frequência utilizada na recepção dos serviços aeronáuticos. Uma vez que as rádios comunitárias trabalham em baixa potência, elas só poderiam interferir com a ajuda de um sinal mais potente, ou seja, o de uma rádio comercial. Quanto mais alto for o sinal, mais crítica pode ser a interferência, lembrando que cada aeroporto possui um único canal de rádio comunicação dentro da faixa permitida.

Existe ainda outro fator importante para a ocorrência de interferências, segundo pesquisas, que seria a instalação de estações de rádio próximas aos pontos de testes dos aeroportos. No caminho para os aeroportos, são demarcados pontos que indicam a localização das pistas de pousos. Em alguns desses pontos são instalados equipamentos responsáveis pela medição de ocorrência, em terra, de interferência de sinais radiofônicos na comunicação aeronáutica. Se na superfície houver ingerências de sinais estranhos à comunicação, o mesmo ocorrerá no ar.

O controle então deve ser eficaz e existem instrumentos legais para a punição.

A Lei n.º 9.612/98, que “Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências”, destaca que cabe a tais operadoras difundir ideias, elementos de cultura, tradições e hábitos sociais da comunidade (art. 3º, I); oferecer mecanismos à formação e integração da comunidade, estimulando o lazer, a cultura e o convívio social, dentro da comunidade (art. 3º, II); prestar serviços de

utilidade pública à comunidade (art. 3º, III); permitir a capacitação dos cidadãos de determinada comunidade, no exercício do direito de expressão (art. 3º, V).

Todavia, devem ser postos limites com a intenção de que a ordem e a paz pública não sejam violadas, prejudicando, desse modo, os grupos que terão direito ao serviço e os demais membros da coletividade que poderão sofrer de modo indireto com um serviço mal elaborado e mal fiscalizado. Por isso, a lei resguardou o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 4º, III), bem como vedou que as rádios comunitárias exercessem, em sua programação, proselitismo de qualquer natureza (art. 4º, § 1º) e quaisquer espécies de discriminação (art. 4º, IV), para que não criem ou estimulem divisões dentro do grupo comunitário, cujos interesses de bem-estar e de desenvolvimento cultural, moral e material, devem sobrepor-se às divergências de ordem político-partidária.

Restou então estabelecido que a radiodifusão comunitária somente poderá ser outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, e com sede na localidade de prestação de serviços (art. 1º, *caput*) e que suas programações opinativas e informativas deverão respeitar os princípios da pluralidade de opinião e de versão simultânea em matérias polêmicas, divulgando sempre as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados (art. 4º, § 2º). Tendo ainda o legislador estabelecido, como já restou consignado acima, que o funcionamento deve ocorrer em baixa potência, limitada ao máximo de 25 watts e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros (art. 1º, § 1º), e cobertura restrita, destinada ao atendimento de determinada comunidade, de um bairro e/ou vila (art. 1º).

Sem dúvida, pode ocorrer a possibilidade de prejuízo a terceiros com as interferências, tendo então a norma legal tipificado a instalação ou utilização de telecomunicações sem autorização do órgão competente, atualmente a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações (Lei 4.117/62, com as alterações do Decreto-Lei 236/67).

Diz o art. 70 do mencionado diploma legal que “Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta lei e nos regulamentos.”

Sucedem que as citadas espécies normativas, Lei n.º 4.117/62 e Decreto-Lei 236/67, vêm sendo alvo de discussões no mundo jurídico pátrio. Muitos levantam a sua inconstitucionalidade em face da criação de um tipo penal por decreto-lei, supostamente, pois, afrontando com o princípio da reserva legal, insculpido na Lei Maior no inciso XXXIX do art. 5º. Por certo, a questão já foi apreciada pela Suprema Corte, quando, com fundamento nos atos institucionais, afirmou serem válidos os decretos-leis expedidos entre 24 de Janeiro e 15 de Março de 1967 (Súmula 496), ainda que definidores de crimes, como sucedeu com o Decreto-Lei 201/67, definindo os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores.

Por outro lado, alguns doutrinadores e julgadores entendem que o art. 70 da Lei 4.117/62 foi revogado pelo art. 183 da Lei 9.472/97. Entretanto, destaco que após a Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, a exploração dos serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens passaram a ser tratados distintamente.

Em verdade, antes da Emenda Constitucional n.º 8, assim versava a Carta Federal:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI. explorar, diretamente ou mediante concessão a empresas sob controle estatal, os serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações, assegurada a prestação de serviços de informações por entidades de direito privado, através da rede pública de telecomunicações explorada pela União;

XII. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) **os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações.**”
(não há grifos no original)

Com a Emenda, a Constituição passou a tratar da questão da seguinte forma,

Art. 21. Compete à União:

(...)

XI. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, **os serviços de telecomunicações**, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII. explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora de sons e imagens. (não há grifos no original)

Desse modo foram introduzidas as seguintes alterações:

- a. A autonomia dos serviços de radiodifusão frente aos serviços de telecomunicações;
- b. Possibilidade de os serviços de telecomunicações (em que não mais estão inclusos os de radiodifusão) serem explorados por empresas privadas.

Interessante mencionar a recente jurisprudência do STF, capitaneada pelo HC 93870 SP, Rel Min Joaquim Barbosa, julgado em 20.04.2010,

EMENTA: HABEAS CORPUS. ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÕES CONTRA O DISPOSTO EM LEI. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. IMPOSSIBILIDADE. HABITUALIDADE DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. ORDEM DENEGADA. 1. A diferença entre a conduta tipificada no art. 70 do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações e a do art. 183 da nova lei de Telecomunicações está na habitualidade da conduta. 2. Quando a atividade clandestina de telecomunicações é desenvolvida de modo habitual, a conduta tipifica o disposto no art. 183 da Lei nº 9.472/97, e não o art. 70 da Lei nº 4.117/62, que se restringe àquele que instala ou utiliza sem habitualidade a atividade ilícita em questão. 3. A denúncia narrou o uso ilegal das telecomunicações de modo habitual pelo réu, sendo correta a tipificação que lhe foi dada. 4. Ordem denegada.

Do mesmo modo o seguinte aresto do STJ,

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. ART. 557, CAPUT, DO CPC. RECURSO MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL E IMPROCEDENTE. OFENSA AO ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO. EFEITO INFRINGENTE. INVIABILIDADE. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 70 DA LEI 4.117/62. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO OCORRÊNCIA. RÁDIO COMUNITÁRIA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO. HABITUALIDADE NA INSTALAÇÃO OU UTILIZAÇÃO CLANDESTINA DE TELECOMUNICAÇÕES. INCIDÊNCIA DO ART. 183 DA LEI 9.472/97. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não há se falar em ofensa ao princípio da colegialidade, quando a decisão monocrática é proferida em obediência ao artigo 557 do Código de Processo Civil, que franqueia ao relator a possibilidade de negar seguimento ao recurso, quando manifestamente inadmissível e improcedente.

2. Não está o magistrado obrigado a responder à totalidade das dúvidas suscitadas pelo embargante, quando for possível inferir das conclusões da decisão embargada a inviabilidade do seu acolhimento. Dessarte, não há se falar, nessas hipóteses, em violação ao artigo 619 do Código de Processo Penal.

3. Encontra-se vigente o artigo 70 da Lei 4.117/62, contudo o fato narrado na inicial, responsabilidade pelo funcionamento clandestino de uma emissora, denominada Rádio Vitória de Salvador, não se subsume a este primeiro artigo, mas sim ao artigo 183 da Lei 9.472/97, haja vista a clandestinidade e a habitualidade da conduta.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1103166/BA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 29/08/2011)

Ou seja, estariam em vigor os dois dispositivos legais, seguindo os pressupostos de habitualidade mencionados no aresto em destaque.

De toda sorte, a lei menciona, em três dispositivos (arts. 158, III; 162, *caput* § 1º e 211, parágrafo único), os serviços de radiodifusão, fazendo-o para que a ANATEL possa fiscalizar as emissoras de radiodifusão, na medida em que tanto os serviços de telecomunicações como os de radiodifusão são explorados dentro de um mesmo e limitado espectro de radiofrequência, ainda que por meio de procedimentos técnicos diversos.

Do exposto, verifica-se que existe a necessidade de controle mais efetivo por parte da ANATEL no que diz respeito às chamadas rádios comunitárias, e até mesmo nas rádios comuns, buscando evitar-se a possibilidade de interferência nas telecomunicações das aeronaves e torres de controle, evitando-se a ocorrência de possíveis acidentes. Para tanto, a ANATEL possui a devida competência administrativa outorgada por lei e no final poderá utilizar-se dos meios judiciais próprios para a punição dos responsáveis que não estiverem adequados à legislação.

CLANDESTINE RADIO STATIONS AND THEIR INFLUENCE ON AERONAUTICAL TELECOMMUNICATIONS

ABSTRACT: Radio interference in aeronautical communication occurs due to a composition of various signals and not just one. Signals from different FM radio stations, when received at levels strong enough, can cause an effect that is known as intermodulation. This phenomenon results in a change of the frequency of the received signals, making them identical or relatively close to the frequency band used in the reception of aeronautical services. Thus, control over the radio stations should be effective, and there are legal instruments for that purpose. This article discusses some of the main characteristics of the broadcasting services in Brazil, as well as the need for more effective control by ANATEL of the so-called community radio stations, aiming at preventing the possibility of interference in the telecommunications between aircraft and control towers.

KEYWORDS: Aeronautical telecommunication. Clandestine radio station. Interference. Flight safety.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.612/98, de 19 de fevereiro de 1998. Institui o Serviço de Radiodifusão Comunitária e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 fev. 1998.

BRASIL. **Recurso especial 1123343**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19134892/recurso-especial-resp-1123343-rs-2009-0027242-2-stj/voto>>. Acesso em 20 jun. 2012.

BRASIL. **Recurso especial 958641**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6165099/recurso-especial-resp-958641-pi-2007-0130282-0-stj/relatorio-e-voto>>. Acesso em 20 jun. 2012.

BRASIL. Lei nº 4.117/62, de 27 de agosto de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 ago. 1962.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **HC 93870 SP**. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo_574.htm>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BRASIL. **AgRg no REsp 1103166/BA**. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/-316330586>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

REFLEXÕES SOBRE O DEBATE ACERCA DA TIPICIDADE DA CONDUTA DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA SEM AUTORIZAÇÃO DO ÓRGÃO REGULADOR

Temistocles Araújo Azevedo¹

Artigo submetido em: 17/07/2012

Aceito para publicação em: 03/09/2012



Fotografia © Marcelo Mora/G1

RESUMO: Este trabalho discorre sobre a tipicidade da conduta de exploração de serviço de comunicação multimídia sem autorização do órgão regulador. A partir da análise de ação penal pública movida pelo Ministério Público Federal, que tramitou na 23ª Vara Federal/PE, depreende-se que não é possível considerar atípica a conduta de explorar serviço de internet via rádio sem apreciar devidamente o contexto fático em que se desenvolve a atividade. A exploração do serviço de comunicação clandestinamente provoca riscos de danos a toda a coletividade pela interferência que pode causar nos meios de comunicação e, em especial, na segurança de voo.

1 Juiz Federal Substituto da 23ª Vara - PE

PALAVRAS-CHAVE: Serviço de comunicação. Rádio pirata. Segurança de voo.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem como base ação penal pública movida pelo Ministério Público Federal que tramitou na 23ª Vara Federal/PE na qual era imputada a uma pessoa a prática do delito previsto no art. 183, da Lei 9.472/1997. O acusado, cuja profissão era técnico em informática, montou uma estrutura composta por aparelhos eletrônicos e de informática com aptidão para, por intermédio da captação de sinal eletromagnético, utilizando-se de radiofrequência, prestar serviço de comunicação multimídia no Município de Canhotinho/PE, sem autorização da ANATEL.

O processo estava instruído com fotografias do equipamento, a partir das quais se percebia que o serviço era prestado mediante uma antena conectada a outros equipamentos de informática, por meio dos quais o sinal era redistribuído para vários utentes.

O acusado demonstrou conhecimento do serviço montado e do risco para a coletividade. Referia que a potência do sinal de radiofrequência correspondia a 2,5 Mhz, havendo fotografias que demonstravam o pleno funcionamento do equipamento no momento da autuação pelos agentes da ANATEL. Além disso, o acusado criou uma página com domínio próprio na Internet, com denominação e senha, além de criar um provedor de acesso à internet sem fio, tudo comprovado nos autos.

Em sua defesa o acusado afirmou que a conduta era atípica porque destituída de dois elementos fundamentais para a incidência da regra penal disposta no art. 183, da Lei 9472/1997:

- a) no momento da autuação pela ANATEL, ainda não havia exploração comercial do serviço, posto que sua intenção fosse essa no futuro;
- b) a estrutura por ele montada não era considerada serviço de telecomunicação e sim serviço de valor adicionado

Requeru, por isso, sua absolvição.

2 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO NO TRF5

A tese levantada pela defesa da atipicidade da conduta estava ancorada no entendimento dominante no âmbito do Tribunal Regional Federal da Quinta Região no sentido de que a exploração de sinal de internet via radiofrequência não se classifica como serviço de telecomunicação, não podendo enquadrar-se no tipo do art. 183, da Lei 9.472/1997.

A propósito, vale transcrever algumas ementas apenas para ilustrar o contexto jurisprudencial em que a decisão seria prolatada:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 183 DA LEI N.º 9.472/97. SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA. SINAL DE INTERNET BANDA LARGA. NÃO CARACTERIZAÇÃO COMO TÍPICO SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÃO. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO - SVA. ART. 61 DA LEI N.º 9.472/97. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO ACUSADO. RETRANSMISSÃO DO SINAL DE INTERNET A TERCEIROS VIA RADIOFREQUÊNCIA, MEDIANTE PAGAMENTO. MATERIALIDADE DO DELITO NÃO COMPROVADA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1. Hipótese em que o apelado é acusado de retransmitir sinal de internet banda larga via rádio a terceiros, mediante pagamento, sem a devida autorização e licenciamento por parte da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, o que configura delito tipificado no artigo 183 da Lei n.º 9.472/97.

2. A Lei n.º 9.472/97 dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, prevendo em artigo 61 que “serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações. E em seu parágrafo 1º prevê que o serviço de valor adicionado “não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como

usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição”.

3. À luz da legislação pertinente o sinal de internet contratado pelo apelado e supostamente retransmitido a terceiros não pode ser caracterizado como típico serviço de telecomunicação e nem pode ser a este assemelhado. A atividade irregular que é imputada ao réu se assemelha a um serviço de provedor de internet, e como tal se enquadra como um serviço de valor adicionado (SVA), conceituado na forma do artigo 61 da Lei n.º 9.472/97. A conduta imputada ao apelado poderia até enquadrar-se no âmbito das infrações administrativas, por ser atípica na esfera penal.

4. Não há prova nos autos de que o apelado tenha explorado economicamente o serviço de internet banda larga contratado junto à empresa fornecedora de tal serviço. Pelo que se infere dos autos o sinal de internet banda larga era utilizado nos computadores da lan house de propriedade do recorrido, tendo as testemunhas ouvidas em Juízo informado apenas que costumavam frequentar o referido estabelecimento para se utilizar dos serviços de internet por ele oferecidos.

5. A materialidade do delito imputado ao réu também não restou satisfatoriamente comprovada, pois o sinal de internet regularmente contratado era recebido por meio de antena de rádio e difundido para a conexão à internet dos equipamentos instalados na *lan house* mantida pelo apelado, sem que se possa verificar qualquer ilícito penal nessa prática.

6. Para a configuração do crime previsto no artigo 183 da Lei n.º 9.472/97 não basta a simples ausência de licença para se operar um serviço de comunicação. Faz-se necessário conhecer a potência do equipamento utilizado, por imprescindível para a verificação da real potencialidade lesiva da conduta do acusado dessa prática. No caso dos autos não foi realizada a perícia no equipamento apreendido para aferição da potência alcançada pelo sinal retransmitido, o que seria de relevante importância para caracterizar a alegada exploração comercial mediante a irradiação do sinal

de internet contratado pelo apelado.

7. Apelação improvida.

(PROCESSO: 200984000021690, ACR8085/RN, DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO BARROS DIAS, Segunda Turma, JULGAMENTO: 21/06/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 30/06/2011 - Página 240)

PENAL E CONSTITUCIONAL. PROVEDOR DE ACESSO À INTERNET. SINAL POR RADIOFREQUÊNCIA. ART. 61, PARÁGRAFO 1º, DA LEI N.º 9.472/1997. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO E NÃO DE TELECOMUNICAÇÕES. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ATIPICIDADE DO FATO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM.

I. O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que a atividade exercida, no Brasil, pelos provedores de acesso à internet configura serviço de valor adicionado, pois aproveita um meio físico de comunicação preexistente e a ele acrescenta elementos que agilizam o fenômeno comunicacional (RESP-456650/PR, rel. Min. José Delgado).

II. Não se encontrando tipificado penalmente o fato narrado na denúncia, diante do previsto no art. 61, parágrafo 1º, da Lei n.º 9.472/1997, que afasta a incidência, à hipótese, do previsto no art. 183 do mesmo diploma legal, é de ser trancada a ação penal manejada em desfavor da paciente.

III. Ordem concedida.

(PROCESSO: 00029672220124050000, HC4661/PB, DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 24/04/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 26/04/2012 - Página 791).

A *ratio* desse entendimento reside na conclusão extraída de decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o serviço do provedor de internet é considerado um serviço de valor adicionado, nos termos do art. 61, § 1º, da Lei 9.472/1997 e não um serviço de telecomunicação, não se submetendo à cobrança dos impostos ICMS ou ISS.

O deslinde do julgamento depende, portanto, da verificação da

natureza da atividade de captar sinal de internet via radiofrequência e irradiá-la para terceiros sem a devida autorização do órgão regulador. Esse é o objeto do próximo tópico.

3 NATUREZA DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELO ACUSADO

Uma das alegações da defesa consiste no caráter atípico da conduta imputada ao acusado na denúncia, qualificada por ele como serviço de valor adicionado, conforme já salientado acima.

O argumento se sustenta no disposto no art. 61, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.472/97, os quais merecem ser transcritos em virtude da sua relevância para as conclusões a serem extraídas:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

A defesa, com base nesse fundamento normativo, enquadra a conduta do acusado como serviço de valor adicionado, sendo mero usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, pois o serviço do provedor de internet não se confunde com o serviço de telecomunicações, visto que apenas se aproveita desse serviço, o qual é prestado por alguma concessionária/permissionária/ autorizatória.

Invocou, além dos vários precedentes do TRF5, precedentes do STJ nos quais se estabeleceu que não incidem ISS ou ICMS sobre o serviço prestado por provedores de acesso à internet, os quais não se

classificam como serviços de telecomunicações.

Nesse momento, cabe transcrever o disposto no art. 183 e parágrafo único, bem como o parágrafo único do art. 184, todos da Lei 9.472/97:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividades de telecomunicação:

Pena - detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.

Art. 184 (...)

Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.

As atividades de telecomunicação são todas aquelas que se encontram descritas no art. 60, §§ 1º e 2º, da Lei Geral de Telecomunicações, assim entendidas “a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos **ou qualquer outro processo eletromagnético**, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”, utilizando-se, para tanto, de estações de telecomunicações, as quais compreendem “o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e **demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos**, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis”.

As definições, logo se percebe, são abertas porque a Lei 9.472/97, simultaneamente instituiu a ANATEL, estabeleceu os limites de seu poder de regulação e determinou o objeto da regulação, o serviço de telecomunicação, cuja forma de prestação é alterada constantemente em virtude do avanço da tecnologia, deixando a lei espaço para a normatização técnica por parte do órgão regulador. Tratando desse aspecto, a doutrina administrativista faz a seguinte assertiva:

A lei dispõe como serão classificados os serviços de telecomunicação, cria a ANATEL, inova em diversos conceitos de Direito Público, por exemplo na idéia de

autorização, do próprio regime de licitações que ela introduz; e, além disso, faz a perspectiva de uma base sobre a qual será edificado o novo modelo de prestação de serviço de telecomunicações. **Para isto, o diploma adota uma perspectiva muito inovadora, que é uma perspectiva de criar um núcleo básico de definição e remeter a quem tem a competência e o encargo de precisar como é o serviço de telecomunicação o enquadramento específico de cada tipo de atividade, cada tipo de serviço, dentro da grade de classificação que ela introduz** (NETO, Floriano Azevedo Marques. **Direito das Telecomunicações e ANATEL**. In: Direito Administrativo Econômico. Org. SUDSFELD, Carlos Ari. São Paulo: Malheiros, 2006, p.305).

Essas considerações permitem concluir que a expressão “atividade de telecomunicação” é um elemento normativo do tipo que não deve ser buscado apenas na Lei Geral de Telecomunicações, mas também nos vários dispositivos regulamentares emanados da ANATEL, por conta da característica inerente às agências reguladoras de deterem poder normativo técnico. Da mesma forma, não é possível se deixar levar, de antemão, pelos precedentes do STJ referentes ao provedor de acesso à internet sem fazer uma pequena consideração acerca do seu conteúdo.

Antes de adentrar na análise dos precedentes do STJ que seguidamente têm sido utilizados para sustentar a atipicidade da conduta imputada às pessoas que montam equipamento dotado de capacidade de atrair sinais de radiofrequência e transmiti-los a terceiros para, a partir de então, mediante criação de um domínio próprio na internet, franquear o acesso a terceiros, faz-se necessário estabelecer algumas diferenciações.

Em pesquisa realizada na internet (http://www.teleco.com.br/internet_prov.asp) constata-se que a expressão **provedor** de serviço, quando relacionado à rede mundial de computadores, recebe dupla classificação: a) **provedor de acesso à internet**, que é provedor de serviços de valor adicionado, com a função de conectar um computador (PC, por exemplo) à internet permitindo a navegação na *World Wide Web* e acesso a serviços como envio e recebimento de e-mail; b) **provedor de serviço de telecomunicações**, o qual fornece a conexão

entre a residência (ou escritório) e o local onde estão localizados os servidores do provedor de acesso à internet. Essa conexão pode ser discada, fornecida pelas operadoras de telefonia fixa, ou banda larga ou oferecida por operadoras de SCM (serviço de comunicação multimídia).

Analisando os precedentes do STJ que trataram da temática da incidência de ISS ou ICMS, todos se referem aos provedores de acesso à internet, os quais não conduzem nenhum sinal eletromagnético a terceiros, pois apenas se aproveita de um sinal já existente e devidamente concedido, permitido ou autorizado, acrescentando-lhe algo novo, por exemplo, a possibilidade de manter sigilo dos acessos e das consultas (por meio de senhas) e de guardar arquivos (por meio de utilização de correio eletrônico). A propósito, vale transcrever ementa a título exemplificativo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO -
FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - SÚMULA 284/
STF - SERVIÇO PRESTADO PELOS PROVEDORES DE
INTERNET - ISS - NÃO- INCIDÊNCIA - PRECEDENTES.

1. Considera-se deficiente a fundamentação de recurso especial em que não foi indicado com objetividade os dispositivos de lei federal supostamente violados. Incidência da Súmula 284/STF.

2. A atividade desempenhada pelos **provedores de acesso à internet constitui serviço de valor adicionado (art. 61 da Lei 9472/97)**.

3. As Turmas de Direito Público desta Corte firmaram entendimento de que o ISS não incide sobre o serviço prestado pelos provedores de acesso à internet, em razão desta atividade não estar compreendida na lista anexa ao Dec. Lei 406/68. Precedentes.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido.

(REsp 1183611/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 22/06/2010).

Para fins tributários o raciocínio é perfeito, visto que a própria Constituição Federal estabelece como base econômica do ICMS os serviços de telecomunicações. Em relação ao ISS, a problemática reside

na ausência de enquadramento do serviço de valor adicionado dos provedores de acesso à internet nos anexos constantes dos Decretos-Lei 406/68, 834/69, da Lei Complementar 56/87 ou da Lei Complementar 116/2003, os quais detêm caráter taxativo, porém sendo permitida interpretação extensiva das atividades neles contempladas. Dessa forma, de acordo com a jurisprudência consolidada do STJ, se o caso tratar de provedor de serviço de telecomunicação, haverá perfeita subsunção à base econômica do tributo e, conseqüentemente, a cobrança de ICMS seria admissível.

O raciocínio até aqui empreendido permite concluir desde logo o seguinte: se a atividade desenvolvida clandestinamente tivesse se limitado à criação de um provedor de acesso à internet, então a conduta seria atípica.

No caso em tela, no entanto, entendo que ela extrapola do serviço de valor adicionado. O acusado não criou simplesmente um domínio na internet para que terceiros pudessem ter acesso por meio da utilização de um sinal já autorizado que perpassava a região onde morava.

No ato do interrogatório, o acusado deixou claro que no Município de Canhotinho não há sinal de internet, de modo que se afigurava impossível se conectar à rede mundial de computadores. Somente com a captação do sinal de outra região, via rádio, utilizando-se de equipamento especializado, seria possível o acesso à internet naquela localidade. Conforme informação veiculada no *site* da ANATEL, a atividade popularmente conhecida como “Internet via rádio” é serviço de telecomunicação², conseqüentemente, necessita de autorização para exploração. Razão assistia, portanto, ao Ministério Público Federal, quando afirmava em suas razões finais que o acusado atuou ao mesmo tempo como provedor de acesso à internet, visto que criou um domínio próprio (News_Canhotinho) e provedor de serviços de telecomunicações, pois montou uma estação de telecomunicação

2 Provimento de acesso à internet via rádio é Serviço de Telecomunicações ou Serviço de Valor Adicionado? O provimento de acesso à Internet via radiofrequência, na verdade, compreende dois serviços: um serviço de telecomunicações (Serviço de Comunicação Multimídia), e um serviço de valor adicionado (Serviço de Conexão à Internet). Portanto, a atividade popularmente conhecida como “internet via rádio” compreende também um serviço de telecomunicações.

Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet>> Acesso em: 15 nov. 2011.

para captar e transmitir o sinal de internet, sem o qual a conexão seria impossível naquela região. Nessa sua segunda atividade, o acusado atuou como um provedor de serviço de telecomunicação qualificado pela ANATEL como Serviço de Comunicação Multimídia, o qual é definido no art. 3º, do anexo à Resolução nº 272, de 09 de agosto de 2001, como um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, utilizando quaisquer meios, a assinantes dentro de uma área de prestação de serviço.

Releva ressaltar que os sinais que permitem acesso à internet se enquadram no conceito de informações multimídia, que consistem em sinais de áudio, vídeo, dados, voz e outros sons, imagens, textos e outras informações de qualquer natureza, conforme definição constante no art. 4º, I, da referida Resolução. Esse serviço pode ser prestado em caráter local, conforme inciso III do mesmo dispositivo. Por fim, releva ressaltar que o prestador de serviço de comunicação multimídia pode se utilizar de sistema radioelétrico próprio (art. 23, § 2º, do Anexo à Resolução 272 ANATEL, de 09 de agosto de 2001), ou pode se utilizar de meios de terceiros (art. 31, III, da mesma Resolução).

Constata-se, portanto, que a conduta que fora imputada ao acusado subsume-se naquela descrita no art. 183, da Lei 9.472/1997.

Portanto, as tipicidades objetiva e subjetiva restaram perfeitamente caracterizadas, até porque o acusado afirmou em seu interrogatório que tinha plena consciência da necessidade de obtenção de autorização da ANATEL para realizar a atividade que deseja. No mesmo sentido do entendimento aqui esposado, vale transcrever os seguintes precedentes:

PENAL. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. PROVEDOR DE INTERNET. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A ausência de perícia nos equipamentos utilizados para transmissão de internet banda larga via rádio, sem autorização e licenciamento pela ANATEL, não implica ausência de materialidade, essa a qual restou fartamente demonstrada no autuado. 2. **“A operação clandestina como provedor de internet é relevante, não incidindo a pretendida tese da**

insignificância, seja pela quantidade de usuários e de serviços disponibilizados, seja pela modalidade de serviço especial, regulado e controlado”.

(ENUL 200672060011837, AMAURY CHAVES DE ATHAYDE, TRF4 - QUARTA SEÇÃO, D.E. 08/10/2008.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - EXPLORAÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇOS DE MULTIMÍDIA - CRIME PREVISTO NO ART. 183 DA LEI N. 9.472/97 - COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL COMUM - ARTS. 1º e 2º DA LEI 10.259/2001 C/C ART. 61 DA LEI 9.099/95 - PRECEDENTES DO STJ E DO TRF/1ª REGIÃO. I - **A conduta supostamente típica, descrita na denúncia, consubstanciada na exploração de comunicação multimídia (Internet via rádio), sem autorização do órgão competente, configura, em tese, o delito do art. 183 da Lei 9.472/97. Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região.** II - “A prática de atividade de telecomunicação sem a devida autorização dos órgãos públicos competentes subsume-se no tipo previsto no art. 183 da Lei 9.472/97; divergindo da conduta descrita no art. 70 da Lei 4.117/62, em que se pune aquele que, previamente autorizado, exerce a atividade de telecomunicação de forma contrária aos preceitos legais e aos regulamentos. (...). (CC , JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA (CONV.), TRF1 - SEGUNDA SEÇÃO, e-DJF1 DATA:17/10/2011 PAGINA:06.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL - EXPLORAÇÃO CLANDESTINA DE SERVIÇOS DE MULTIMÍDIA - CRIME PREVISTO NO ART. 183 DA LEI N. 9.472/97 - COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL COMUM - ARTS. 1º e 2º DA LEI 10.259/2001 C/C ART. 61 DA LEI 9.099/95 - PRECEDENTES DO STJ E DO TRF/1ª REGIÃO - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDEAL PROVIDO - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO DENUNCIADO - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DA RAZÕES QUE RECONHECERAM A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL COMUM - ART 581, II, DO CPP - NÃO CONHECIMENTO. I - **A conduta supostamente típica, descrita na denúncia, consubstanciada na exploração de comunicação multimídia (Internet**

via rádio), sem autorização do órgão competente, configura, em tese, o delito do art. 183 da Lei 9.472/97. Precedentes do STJ e do TRF/1ª Região.

II - "A prática de atividade de telecomunicação sem a devida autorização dos órgãos públicos competentes subsume-se no tipo previsto no art. 183 da Lei 9.472/97; divergindo da conduta descrita no art. 70 da Lei 4.117/62, em que se pune aquele que, previamente autorizado, exerce a atividade de telecomunicação de forma contrária aos preceitos legais e aos regulamentos. Precedentes do STJ. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara de Pelotas - SJ/RS, ora suscitado, em conformidade com o parecer ministerial." (STJ, CC 101468/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, unânime, DJe de 10/09/2009) (...). (RSE , DESEMBARGADORA FEDERAL ASSUSETE MAGALHÃES, TRF1 - TERCEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:06/05/2011 PAGINA:.).

No âmbito do TRF5 também se encontram precedentes que adotam o entendimento aqui esposado, valendo transcrever as ementas:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANSMISSÃO DE SINAL DE INTERNET VIA RÁDIO. ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97. CRIME EM TESE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente denunciado pela prática do delito tipificado no art. 183 da Lei nº 9.472/97, sob alegação de que teria transmitido sinal de internet através de radiofrequência, sem a autorização da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

2. O trancamento de ação penal "é medida excepcional, só admissível se emergente dos autos, de forma inequívoca, a ausência de indícios de autoria e de prova da materialidade delitivas, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade" (STJ, HC 181867, DJE 29/11/2010).

3. **Segundo o entendimento do eg. STJ, o ato de transmitir, clandestinamente, sinal de internet através de rádio configura, em tese, o delito descrito no art. 183 da Lei Geral de Telecomunicações.**

4. Seria prematuro trancar a ação criminal através

da via estreita do habeas corpus, no bojo do qual se mostra inadequada a dilação probatória, de modo que, no momento, deve ser prestigiado o princípio do in dubio pro societate.

5. Não demonstrada, a princípio, a atipicidade da conduta, deve a ação penal ter seu regular prosseguimento.

6. Ordem denegada.

(PROCESSO: 00002581420124050000, HC4603/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 09/02/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 16/02/2012 - Página 650)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA (ART. 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) INOCORRÊNCIA.

1. O Ministério Público Federal denunciou o paciente pela exploração de atividade de telecomunicação clandestina (art. 183 da Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986). A impetrante sustenta que o fornecimento de internet através de radiofrequência é serviço de valor adicionado e não configura atividade de telecomunicação, ex vi dos arts. 60 e 61 da Lei Geral de Telecomunicações (LGT), o que importaria a absolvição sumária do paciente, por atipicidade de conduta, na fase do art. 397 do CPP.

2. Segundo a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, o funcionamento clandestino de estação de transmissão de comunicação multimídia (internet via rádio) configura, em tese, o delito previsto no art. 183 da Lei no 9.472, de 1986, cuja competência é da Justiça Comum Federal (CC no 95.341/TO; AgRg CC no 111.056/SP).

3. Consoante a iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe o trancamento de ação penal, por falta de justa causa, se os fatos narrados na peça acusatória configuram fato típico, havendo a exposição das suas circunstâncias e da autoria. Tal medida seria viável somente na hipótese de fato evidentemente atípico (HC no 82.782/BA; HC no 81.907/GO; HC no 88.191/PA).

4. (...).

5. Habeas corpus que se denega.

(PROCESSO: 00001317620124050000, HC4601/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL FREDERICO PINTO DE AZEVEDO (CONVOCADO), Primeira Turma, JULGAMENTO: 26/01/2012, PUBLICAÇÃO: DJE 03/02/2012 - Página 158)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. PROVEDOR DE SINAL DE INTERNET. LEI 9.472/1997. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVA. ANÁLISE DO DOLO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. ORDEM DENEGADA.

1. Habeas corpus com o objetivo de trancar ação penal instaurada contra o paciente, incurso nas penas do artigo 183, caput, da Lei 9.472/97, por desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação, consistente na operação comercial de provedor do sistema de Internet mediante ondas de rádio.

2. Em sede de habeas corpus, somente se viabiliza o trancamento de ação penal ou inquérito policial por falta de justa causa quando, à primeira vista, resultar da exposição dos fatos que os mesmos não constituem crime, demonstrando-se a atipicidade da conduta, ou que se sobressaía de todo plano a inocência do acusado, por ausência de elemento indiciário da autoria do delito, ou que se reconheça extinta a punibilidade.

(...)

6. Ordem de habeas corpus denegada.

(PROCESSO: 00071247220114050000, HC4314/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL SÉRGIO MURILO WANDERLEY QUEIROGA (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 17/05/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 26/05/2011 - Página 291).

No Superior Tribunal de Justiça é possível encontrar precedentes no mesmo sentido do entendimento firmado nesse estudo:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO. EXPLORAÇÃO CLANDESTINA DE SINAL DE INTERNET, VIA RÁDIO. CRIME, EM TESE, INSCULPIDO NO ART. 183 DA LEI 9.472/97. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Conforme entendimento da Terceira Seção desta Corte, a conduta de transmitir sinal de internet, via rádio, de forma clandestina, caracteriza, a princípio, o delito insculpido no art. 183, da Lei 9.472/97. Precedentes.

2. Em se tratando de serviço cuja exploração é atribuída à União, nos termos do artigo 21, XI, da CF/88, firmada está a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento do mencionado delito.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no CC 111.056/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 16/09/2010).

Por fim, releva ressaltar que o crime é de perigo abstrato³, de modo que é irrelevante para a sua configuração a frequência utilizada pelo sistema de comunicação multimídia criado pelo acusado, bem como sua distância de aeroportos. A propósito, vale transcrever excerto de artigo doutrinário escrito pelo Juiz Federal Marcelo Honorato, que é bacharel em ciências aeronáuticas, possuindo conhecimento técnico do assunto, motivo pelo qual suas observações não podem ser desconsideradas:

No que tange ao aspecto da ligação entre a ausência de perigo do uso clandestino dos sinais em FM (Frequência Modulada) e as cidades isoladas, sem aeródromo, importa lembrar, como exposto no tópico anterior, que o Brasil possui uma imensa rede de antenas repetidoras, instaladas por todo o território nacional,

3 Também não se confunde o perigo dito eventual com o perigo abstrato, ao qual se referem alguns autores. O perigo abstrato identifica-se com o perigo genérico e indeterminado, que dispensa comprovação. Semelhante categoria de perigo, todavia, parece destituída de fundamento lógico. Desde que o perigo exige a verificação de uma probabilidade de evento danoso, o perigo abstrato não preenche tal requisito. Verdade é que o ordenamento positivo, em não raras oportunidades, dispensa seja estabelecida in concreto a existência do perigo. Presume, juris et de jure, que em determinadas hipóteses legais o perigo persiste. Desobriga qualquer juízo de probabilidade por parte do magistrado. Isto não significa, contudo, que a lei tenha admitido, ao lado dos crimes de perigo efetivo (real, concreto), uma outra categoria de delitos de perigo abstrato (genérico, indeterminado). O que o direito positivo aceitou foram crimes de perigo presumido, que repelem prova em contrário de sua irre realidade" (JÚNIOR, Paulo José da Costa. *Nexo Causal*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 4a Ed., 2007, p. 68). No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 5a Ed., p. 534), apenas divergindo quanto à natureza da presunção que, para estes autores, seria relativa, pois admitiria prova em contrário, já que o que caracterizaria os crimes de perigo abstrato seria a inversão do ônus da prova, que passaria a recair sobre o acusado.

capaz de gerar uma cobertura de comunicação na ordem de 22 milhões de quilômetros quadrados, haja vista a competência do Brasil em prover o controle do tráfego aéreo de seu território e ainda de uma grande faixa do oceano atlântico sul.

Assim, cidades em que não existem aeroportos construídos podem ter, em suas proximidades, antenas repetidoras instaladas, que, por sua vez, são passíveis de receberem influência de uma rádio clandestina.

(...)

Por outro lado, a inexistência de órgão de controle de espaço aéreo, num determinado aeródromo, não dispensa o controle de tráfego a ser realizado pelos próprios pilotos, entre as aeronaves, mediante comunicação às cegas” (HONORATO, Marcelo. **Rádio comunitária clandestina: o direito à informação e a segurança das telecomunicações aeronáuticas.** In: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 4, 2011, págs. 269-270)⁴.

E é importante mencionar que não são apenas os aeroportos e os aviões que se utilizam da radiofrequência: também se utilizam desse serviço a polícia, ambulâncias, corpos de bombeiros, sem contar com as próprias estações de rádio que transmitem programas e que têm seu funcionamento regularmente autorizado pela ANATEL.

Por esse motivo, é necessário realizar requerimento administrativo perante a ANATEL, pois esta precisa analisar a existência de condições objetivas para obtenção da autorização (art. 132, da Lei 9.472/97), valendo ressaltar o que dispõe o inciso I do mesmo dispositivo, que estabelece a necessidade de **apresentação de projeto viável tecnicamente e compatível com as normas aplicáveis**. Outrossim, a lei ainda estabelece condições subjetivas, dentre as quais merece destaque a **qualificação técnica** (art. 133, III, da Lei 9.472/1997). E não se pode esquecer o art. 136, da Lei 9.472/1997, o qual dispõe que

4 O que o autor chama comunicação às cegas é aquela que não tem um destinatário expresso, cuja função é a coordenação do tráfego aéreo entre as próprias aeronaves. Afirma, outrossim, que o sistema de rádio de uma aeronave é de baixa potência (15 watts), isto visando assegurar que elas tenham pouco peso. Prossegue o magistrado federal afirmando que essa baixa potência é compensada pela grande sensibilidade do equipamento, o que “deixa a aviação ainda mais suscetível a quaisquer interferências externas, ainda que emitidas por estações de baixa potência” (ob. cit., págs. 266-267).

não haverá limite ao número de autorizações de serviço, salvo em caso de impossibilidade técnica ou, excepcionalmente, quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

O objetivo da proteção é a regularidade de funcionamento do espectro eletromagnético e a higidez do sistema de comunicações no País. Esse é o entendimento firmado também no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos precedentes abaixo colacionados referentes à exploração de serviço de rádio comunitária clandestina, motivo pelo qual repele a tese do princípio da insignificância em relação à baixa potência do equipamento:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O princípio da insignificância se caracteriza pela intervenção do direito penal apenas quando o bem jurídico tutelado tiver sido exposto a um dano impregnado de significativa lesividade. Não havendo, outrossim, a tipicidade material, mas apenas a formal, a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a intervenção da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima.

2. A conduta dos agravantes, além de se subsumir à definição jurídica do crime de instalação e funcionamento de emissora de rádio clandestina e se amolde à tipicidade subjetiva, uma vez que presente o dolo, ultrapassa também a análise da tipicidade material, uma vez que, além de existente o desvalor da ação – por terem praticado uma conduta relevante –, o resultado jurídico, ou seja, a lesão, também é relevante porquanto, mesmo tratando-se de uma rádio de baixa frequência, é imprescindível a autorização governamental para o seu funcionamento.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1101637/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 07/06/2010)

HABEAS CORPUS. PENAL. RADIODIFUSÃO

CLANDESTINA. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDOTA PERFEITAMENTE ADEQUADA À NORMA. BAIXA POTÊNCIA OU PEQUENO ALCANCE DO RADIOTRANSMISSOR. INDIFERENÇA. ORDEM DENEGADA.

1. A instalação de estação clandestina de radiofrequência, sem autorização do órgão e do ente com atribuições para tanto - o Ministério das Comunicações e a ANATEL -, já é, por si, suficiente a comprometer a regularidade e a operabilidade do sistema de telecomunicações, o que basta à movimentação do sistema repressivo penal e faz impossível a aplicação do princípio da insignificância.

2. O fato de os equipamentos radiotransmissores terem baixa potência ou pequeno alcance é indiferente para a adequação típica da conduta.

3. Ordem denegada, em conformidade com parecer ministerial.

(HC 184.053/BA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 08/05/2012)

Ressalte-se que no STF, onde havia discordância entre as Turmas que o compõem acerca da legitimidade da criminalização dos tipos de perigo abstrato, recentemente ambas as Turmas passaram a admiti-la, desde que haja justificativa constitucional para a proteção de bens de matiz supraindividual, conforme se verifica nas ementas que se transcreve abaixo:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO SEM MUNIÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDOTA. ORDEM DENEGADA. **Tratando-se o crime de porte ilegal de arma de fogo delito de perigo abstrato, que não exige demonstração de ofensividade real para sua consumação, é irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma municada ou não.** Precedentes. Writ denegado. (HC 103539, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 17/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2012 PUBLIC 17-05-2012).

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). **Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresse, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.**

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). **O Tribunal deve sempre levar em conta**

que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. **Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc.** Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE

DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscricção da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA. (HC 104410, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012).

No corpo do segundo acórdão do STF supramencionado, é formulado um critério de aferição da legitimidade constitucional da criminalização de certas condutas por meio de tipos de perigo abstrato, estratificado em três níveis: a) o fato de haver adequação da medida escolhida (instituição de sanção penal para a conduta) para promover a proteção do direito fundamental que se deseja tutelar; b) o fato de a decisão do legislador de escolher a sanção penal como forma de proteção a um direito fundamental se sustentar em justificativa de base empírica extraída de dados técnicos, sociais e estatísticos que permitam verificar a razoabilidade da escolha realizada, dentre vários meios postos à sua disposição; c) por fim, uma análise da adequação concreta da sanção penal como forma de proteção de um direito fundamental, pois, tratando-se de sanção de natureza diversa da estabelecida pelo ordenamento jurídico em geral, caracterizada pela maior severidade, implica igualmente em afetação de direitos fundamentais, como a liberdade, carecendo de justificativa adequada e sustentada em razões de extraordinária importância.

Apreciando a conduta que foi submetida a julgamento - explorar serviço de telecomunicação sem autorização da ANATEL - percebe-se que há repetição dos casos nos mais diversos lugares do Brasil, valendo mencionar que muitas vezes o mesmo agente já foi autuado

outras vezes pela referida agência reguladora e mesmo assim reiterou a conduta. O bem jurídico que se deseja proteger, hígidez do espaço eletromagnético, é instrumental à proteção do direito à vida, à saúde, à segurança pública, todos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 que, como vimos, podem ser afetados pela conduta maléfica de uma única pessoa, a qual muitas vezes se utiliza do serviço para obter lucro mesmo sabendo dos enormes riscos que sua conduta provoca. Ressalte-se que a única exigência feita na Lei para a regularidade do desenvolvimento da atividade é a autorização da ANATEL, a qual é exigida justamente para que se verifique se há afetação em relação a outros serviços que também utilizam a radiofrequência e para que se estabeleça qual o modo correto de captação de sinal de radiofrequência, de modo que nenhum risco de prejuízo seja provocado à coletividade. Não se verifica, portanto, nenhum grau de afetação extraordinária em qualquer direito fundamental de quem deseja exercer essa atividade, até porque o art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988 estabelece que a Lei pode estabelecer a necessidade de autorização do Poder Público para o exercício de uma atividade econômica. A imputação de sanção penal, diante dessas considerações de caráter concreto, justifica a escolha feita pelo Legislador, atribuindo-lhe legitimidade constitucional.

Pode-se acrescentar, outrossim, que o tipo penal também visa proteger a livre concorrência, diante do que dispõe a Lei Geral de Telecomunicações, que cria um regime concorrencial onde a outorga de concessão, permissão e autorização se dá sempre a título oneroso (art. 48, caput, da Lei 9.472/97). No caso em exposição, por exemplo, a fiscalização foi empreendida por denúncia de pessoa que explora o serviço de comunicação multimídia local regularmente, a denotar que decidir de modo apressado pela atipicidade, sem apreciar o fato que deu ensejo à fiscalização, compromete não apenas a segurança das comunicações, mas igualmente a livre concorrência, na medida em que o empreendedor que explorar o serviço regularmente sofrerá prejuízo em decorrência dos maiores custos que suporta para exercer a atividade econômica.

Por fim, importa salientar que não é possível determinar, desde logo, se há afastamento da jurisprudência do TRF5, pois não se sabe

qual o fato que deu ensejo àqueles julgados. E mesmo que o fato seja semelhante, sem desconhecer a posição desse Egrégio Tribunal, afigura-se mais adequado, a quem redige o presente artigo, o enquadramento dado com base nos fundamentos supradelineados.

3 ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO CARÁTER EMPRESARIAL DA CONDUTA

A defesa do acusado sustentou a atipicidade, outrossim, pela ausência de onerosidade pelos serviços prestados.

Importa desde logo mencionar que o tipo penal descrito não faz menção ao caráter empresarial agregado à conduta ou à onerosidade do serviço prestado. Basta que haja exploração de atividade de telecomunicação sem concessão, permissão ou autorização.

Ademais, durante a instrução o acusado afirmou que repartiu os custos para a montagem do sistema de comunicação multimídia com algumas pessoas que ele chamou de clientes, às quais prestava serviço de manutenção mediante contraprestação, bem como revelou que tinha o intento de montar um estabelecimento para cobrar pelo acesso à internet, em empreendimento conhecido como *lan house*. Pretendia, outrossim, estender o sinal a outras pessoas e obter contraprestação pelo fornecimento da internet e pelo serviço de manutenção do sistema.

Foi possível perceber, portanto, que o acusado obteve proveito indireto com os seus clientes, visto que captava e transmitia o sinal via rádio, e, ao mesmo tempo, posto que não cobrasse diretamente por esse serviço, auferia lucro mediante o serviço de manutenção do sistema de internet. Chama atenção, inclusive, a expressão utilizada pelo acusado, “clientes”, expressão essa que denota pessoas que se utilizam de serviços mediante contraprestação.

4 CONCLUSÃO

Todos esses dados obtidos da lei, da jurisprudência, da doutrina e da instrução probatória possibilitaram a formulação de juízo no sentido de que o desfecho adequado ao processo era o acolhimento da pretensão punitiva e conseqüente prolação de sentença condenatória.

De todo o exposto, depreende-se que não é possível considerar atípica a conduta de explorar serviço internet via rádio sem apreciar devidamente o contexto fático em que se desenvolve a atividade.

A exploração do serviço de comunicação multimídia clandestinamente provoca riscos de danos a toda a coletividade por meio da interferência que pode causar nos meios de comunicação em geral, bem como pelos prejuízos que pode gerar para a livre concorrência.

REFLECTIONS ON THE DEBATE OF THE TYPICALITY OF THE CONDUCT CONCERNING MULTIMEDIA COMMUNICATION SERVICE EXPLORATION WITHOUT AUTHORIZATION FROM THE REGULATORY AGENCY

ABSTRACT: This paper discusses the typicality of the conduct of multimedia communication service exploration without authorization from the regulator. From the analysis of the public criminal action filed by federal prosecutors that was processed at the 23rd Federal Court/ State of Pernambuco, one deduces that it is not possible to consider as atypical the conduct of exploring internet radio service without properly evaluation of the factual context in which the activity is developed. The operation of the communication services in a clandestine fashion causes a risk of damage to the entire community on account of the interference it may bring to the media, and, in particular, to flight safety.

KEYWORDS: Communication service. Pirate radio. Flight safety.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9.472/97, de 27 de agosto de 1997. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 27 ago. 1997.

BRASIL. Lei nº 9.472/97, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da

Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 17 jul. 1997.

BRASIL. **Processo 200984000021690**, ACR8085/RN. Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Segunda Turma. Julgamento em 21 jun. 2011. Publicação em DJE 30 jun. 2011. p. 240.

BRASIL. **Processo 00029672220124050000**, HC4661/PB. Desembargadora Federal Margarida Cantarelli. Quarta Turma. Julgamento em 24 abr. 2012, Publicação em DJE 26 abr. 2012. p. 791.

BRASIL. **REsp 1183611/PR**. Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14601659/recurso-especial-resp-1183611-pr-2010-0041616-9-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

HONORATO, M. Rádio comunitária clandestina: o direito à informação e a segurança das telecomunicações aeronáuticas. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 4, 2011.

JÚNIOR, P. J. C. **Nexo Causal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. **Resolução 272/2001** - Regulamento do Serviço de Comunicação Multimídia. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=28436&assuntoPublicacao=Regulamento%20do%20Servi%20de%20Comunica%20Multim%20dia&caminhoRel=Cidadao&filtro=1&documentoPath=biblioteca/resolucao/2001/anexo_res_272_2001.pdf>. Acesso em 20 jun.2012.

BRASIL. **HC 181867 CE**. Relator Ministro Og Fernandes. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17575690/habeas-corpus-hc-181867-ce-2010-0147051-3-stj>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BRASIL. **AgRg no REsp 111.056/SP**. Disponível em: <http://2ccr.pgr.mpf.gov.br/docs_institucional/arquivos-hospedados/28_boletim/ER_3448.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2012.

Impressão e Acabamento:
REALCE GRÁFICA E EDITORA LTDA.
Tel.: (61) 3552-0582 - Fax: (61) 3386-3164

