

Corrupção

Carlos Frederico de Oliveira Pereira

Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da UNB

RESUMO: Tal como aconteceu em outras instituições, a corrupção nas Forças Armadas passou por profunda alteração na forma de execução e magnitude do ataque ao patrimônio público. No primeiro aspecto, as fraudes demonstram esquemas sofisticados de burlar a lei de licitações e de encobrir os ativos desviados, como também se observa a ampliação do número de associados e aperfeiçoamento do planejamento para execução duradoura dessas ações criminosas. No segundo aspecto já se observa alguns casos do que se pode chamar de megafraude, pela extensão do dano causado ao patrimônio público. A legislação penal passou por inúmeras alterações após a Constituição de 1988, acompanhando a alteração da forma como a corrupção vem se apresentando, seja pela gradual complexidade com que vem se apresentando, ou pela

enormidade do prejuízo causado aos cofres públicos. No entanto, essa evolução da legislação não é uniforme, pois o endurecimento da legislação, inspirada pela política criminal repressiva, também vem acompanhado de medidas legais de desencarceramento, influenciada pela política criminal conciliadora. A jurisprudência segue a mesma tendência. A contradição observada, na verdade, vem amparada pela Constituição. O que não se admite é o cruzamento dos dois modelos de política criminal. O CPM e o CPPM, em vigor desde 1969, são absolutamente obsoletos para o enfrentamento do problema diante do grau de complexidade que existe hoje. A legislação penal e processual penal militar está completamente distante dos dois modelos de política criminal. Em boa hora o CPM passou por atualização com a edição da Lei 13.491/17, e o MPM vem inovando o combate à corrupção com a criação de órgãos internos de investigação e treinamento de pessoal para essa tarefa.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Forças Armadas. Megafraude. Lei 13.491/17. Política criminal. Ampliação de competência.

ENGLISH

TITLE: Corruption.

ABSTRACT: As in other institutions, corruption in the Armed Forces has undergone a profound change in the form of execution and the magnitude of the attack on public property. In the first aspect, as frauds demonstrate sophisticated schemes to circumvent the bidding law and cover up deviated assets, as can also be seen the expansion of the number of associates and the improvement of planning for the lasting execution of these criminal actions. In the second aspect, there are already some cases of what can be called mega fraud, due to the extent of the damage done to public property. Penal legislation underwent profound changes after the constitution of 1,988, following a change in the way corruption has been changing, either due to the gradual complexity with which it has been reformed, or the enormity of the damage to public money. However, this evolution of legislation is not uniform, as the tightening of legislation, inspired by repressive criminal policy, also comes with legal measures of extrication, influenced by conciliatory criminal policy. The jurisprudence follows the same trend. The contradiction observed, in fact, is supported by the Constitution.

What is not allowed is the intersection of the two models of criminal policy. The CPM (Military Penal Code) and CPPM (Military Criminal Procedure Code), in force since 1,969, are absolutely obsolete to face the problem given the degree of complexity that exists today. Military criminal penal and procedural legislation is completely distant from the two models of criminal policy. In good time, the CPM was updated with the enactment of Law 13.491 / 17 and the MPM has been innovating the fight against corruption with the creation of investigation procedures and training of personnel for this task.

KEYWORDS: Corruption. Armed Forces. Mega fraud. Law 13.491/17. Criminal policy. Expanded jurisdiction.

SUMÁRIO

1 Raízes do problema – 2 Reação legal – 3 Reação jurisprudencial – 4 Política criminal consensual e repressiva na Constituição – 4.1 O cruzamento dos dois sistemas – inconstitucionalidade – 5 O combate à corrupção na Justiça Militar da União – 5.1 A importância da Lei 13.491/17 – 6 Problemas interpretativos da Lei 13.491/17 – 7 A megafraude

perante a jurisprudência da Justiça Militar da União – 8 O acordo de não persecução – 9 Atuação do Ministério Público Militar no combate à corrupção – 10 Conclusão.

1 RAÍZES DO PROBLEMA

Sim, existe corrupção nas Forças Armadas. Existe corrupção em todos os âmbitos da administração pública brasileira. Não existe uma única instituição que esteja a salvo desta praga. É uma corrupção que se pode dizer sistêmica. A corrupção vem sendo severamente combatida pelo Judiciário, mas é certo que os agentes do ataque ao patrimônio público parecem não se intimidar.

Grande parte do problema deve-se a uma enorme tolerância social à corrupção, daí porque é sistêmica. Quem já não ouviu “rouba, mas faz”, “se estivesse lá faria o mesmo”. No conhecido caso Caixa de Pandora, por exemplo, a primeira reação das pessoas vendo políticos entrarem e saírem da sala de um assessor do governo do Distrito Federal recebendo dinheiro foi fazer piada. A tolerância com R\$ 1,00 no troco passado errado se transforma em milhões em dinheiro público desviado, em que todos saem perdendo. Mas é certo, também, que existem

muitos segmentos sociais se opondo veementemente à corrupção.

A atitude social de tolerância ou reação frente ao problema se reflete nas decisões políticas, legislativas, administrativas e judiciais, para o bem e para o mal. Observa-se, então, que, da mesma maneira, a reação da justiça penal e do legislador se divide entre punição e afrouxamento da repressão. Ou seja, a reação das instituições segue a reação social ao problema. É natural que seja assim, o Direito faz parte do mundo da cultura e reflete os valores sociais.

Do ponto de vista da atuação do poder judiciário, o remédio para a corrupção é a punição, criminal e cível, neste último caso com a imposição de multas e reparações financeiras. Sem dúvida, isso tem acontecido, mas somente as sentenças condenatórias penais e as proferidas nas ações de improbidade administrativa não serão suficientes se não vierem acompanhadas de uma mudança de mentalidade social, de intolerância à corrupção, de revogação da famosa “Lei de Gerson” e do “jeitinho”.

2 REAÇÃO LEGAL

É verdade que temos dado exemplo ao mundo em matéria de punição à corrupção, mas o “mecanismo”¹ tem reagido justamente porque ainda encontra espaço social de tolerância e prática de corrupção. E a reação vem amparada em um discurso de defesa de garantias individuais, como se a repressão à corrupção implicasse em restrição de direitos à semelhança do que acontece em ditaduras e pouco levando em consideração, a nosso aviso, os efeitos funestos sobre a sociedade, esta sim, vítima da ação criminosa.

Do ponto de vista da efetividade da aplicação da lei penal nesse tema, o que de fato vem sendo observado é que a punição à corrupção não é fácil. É certo que o legislador instituiu regras que municiam os órgãos de repressão penal no combate à corrupção, como, por exemplo, o condicionamento da progressão de regimes à reparação do dano nos crimes contra a administração pública, com a introdução do § 4º ao artigo 33 do Código Penal Brasileiro, pela Lei 10.762/2003; a revogação da prescrição retroativa pela pena *in concreto* entre a data do fato e

¹ Referência um seriado que ficou famoso em 2018 e que tratava da corrupção: <https://extra.globo.com/tv-e-lazer/jose-padilha-mostra-mecanismo-da-corrupcao-do-brasil-em-nova-serie-do-netflix-22511707.html>

do recebimento da denúncia pela Lei 12.234/2010; a edição da Lei 12.846/2013, que pune empresas corruptoras; a Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/2013, com seus inúmeros instrumentos de ação para desmantelamento de organizações voltadas à prática de corrupção e outros graves crimes; a alteração promovida ao artigo 116 do Código Penal Brasileiro pela Lei 13.964/19, criando uma cláusula de suspensão da prescrição na pendência de recursos aos tribunais superiores quando inadmissíveis; recentemente o Congresso Nacional está discutindo aumento de pena para os crimes que envolvem corrupção durante a pandemia.

Mas não faltam inovações na legislação penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, em sentido contrário. Isso acontece quando se instituem regras que dificultam ou mitigam excessivamente a punição, como, por exemplo, a prisão domiciliar humanitária², art. 317 do Código de Processo Penal e a prisão-albergue domiciliar, art. 117 da Lei de Execução Penal, a elasticidade com que já foi concedido o indulto³. O processo penal oferece uma enormidade de recursos, com 5 instâncias penais: o primeiro grau, os Tribunais de Justiça

² O quadro deficitário de saúde preexistente à prática delitativa não tem sido óbice à concessão do benefício.

³ Cfr: <https://g1.globo.com/politica/noticia/entenda-a-polemica-do-indulto-de-natal-editado-por-temer.ghtml>

ou Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e agora o Juiz de Garantias, verdadeira quinta instância penal, medida que foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, não estando ainda em vigor⁴. Além disso, temos o foro privilegiado, instituto totalmente antirrepublicano. Ou seja, se é certo que surgiram regras legais que endurecem a resposta penal contra a corrupção, não menos correto é que também tivemos inovações legislativas que dificultam a punição⁵.

⁴ Cfr:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1#:~:text=Ministro%20Luiz%20Fux%20suspende%20cria%C3%A7%C3%A3o%20de%20juiz%20das%20garantias%20por%20tempo%20indeterminado&text=O%20ministro%20Luiz%20Fux%2C%20vice.figura%20do%20juiz%20das%20garantias.>

⁵ Restrições à prisão preventiva desde a edição da Lei 12.403/2011, não podendo hoje mais ser decretada de ofício pelo juiz, tal como dispôs a Lei 13.964/2019, que também instituiu o Juiz de Garantias, acima referido, e acordo de não persecução penal. Esses dois institutos favorecem ainda mais a não punição dos corruptos, seja pela criação de mais uma instância penal ou porque abre mais uma hipótese de política criminal consensual que não deveria caber, pela sensação de impunidade que causa. O mesmo pacote “anticrime” inseriu a audiência de custódia no artigo 287 do CPP, antes positivado na resolução 213/15 do CNJ. Antes disso, talvez o melhor exemplo seja a promulgação da nova Lei de abuso de autoridade, Lei 13.868, de 05 de setembro de 2019, impossível não ver nesse diploma uma reação dos políticos às condenações na Operação Lava-Jato.

3 REAÇÃO JURISPRUDENCIAL

No plano jurisprudencial, seguindo a mesma tendência da via de mão dupla nesse tema, a jurisprudência muitas vezes sinaliza com maior efetividade no combate à corrupção, como quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo compartilhamento de dados entre órgãos de controle sem interferência judicial⁶, como a Unidade de Inteligência Financeira (antigo COAF); quando determinou que o pagamento da pena de multa condiciona a progressão de regimes; ou quando acertadamente decidiu que o acórdão confirmatório da condenação interrompe a prescrição⁷. No entanto, a jurisprudência na área penal registra um inacreditável apego ao individualismo no campo penal, que não tem parâmetro no mundo, de modo a privilegiar o réu em níveis realmente impressionantes em detrimento do interesse coletivo na punição.

⁶ <https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/supremo-decide-sobre-compartilhamento-de-dados-do-antigo-coaf-e-da-receita-sem-autorizacao-judicial.ghtml>

⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442274>

É bem verdade que isso não acontece só dentro da temática da corrupção. Direitos e garantias individuais dentro de uma interpretação formalista e individualista ao extremo anulam processos, condenações, como, também, penas são reduzidas, substituídas por prisão domiciliar e até penas em fase de execução penal são anuladas⁸. Ora, a toda evidência o direito penal e o direito processual penal para uma infração de menor potencial ofensivo não pode ser o mesmo para delitos graves. É aqui que reside o grande problema hoje. O legislador e o julgador não podem ignorar o direito penal e processual penal do inimigo⁹. Crimes que afetam gravemente o interesse coletivo demandam construção legislativa e interpretação diferentes de lesões jurídicas corriqueiras.

⁸ Um exemplo disso foi a anulação de uma sentença condenatória proferida no âmbito da Lava-Jato, considerando que o réu que participara de colaboração premiada deveria apresentar as suas alegações finais após tê-lo feito o réu contra quem ofereceu prova de prática delitiva. O artigo 534 do CPP não prevê isso, e o interesse social na repressão à corrupção viu-se prejudicado (Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 157.627, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgado em 27/08/2019).

⁹ Embora guarde relação indireta com o tema deste artigo, a regra que deve vigor, para perigosos marginais integrantes de organizações criminosas violentas, é a de responder o processo preso. É incompreensível decisões, até do STF, concedendo liberdade provisória aos envolvidos nesses graves crimes, que colocam em risco não apenas a segurança pública, mas também a segurança do próprio estado.

O cenário jurisprudencial dificulta a punição dessas graves lesões ao interesse coletivo. O princípio da presunção de inocência vai até a instância máxima – o Supremo Tribunal Federal – o que não acontece em nenhum lugar do mundo civilizado, e com ele o curso do lapso prescricional, só agora limitado com a bem-vinda decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela interrupção do prazo prescricional quando da prolação do acórdão confirmatório da condenação, como também pela alteração promovida ao artigo 116 do Código Penal Brasileiro pela Lei 13.964/19, situações já citadas. Quer dizer, em tese, todos os processos criminais brasileiros estão sujeitos ao pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, por mais absurdo que seja o argumento do recurso extraordinário ou especial, em que pese esses recursos não possuam efeito suspensivo e não se destinarem a rediscutir provas.

Questões menores, discussões típicas das instâncias ordinárias integram a pauta da Corte Suprema, que deveria se ater exclusivamente a temas constitucionais. Nesse cenário, a jurisprudência da Corte Suprema lidera o quadro de formalismo e individualismo máximos no campo do processo penal, chegando-se, por exemplo, a anular um processo por suspeição

do magistrado de primeiro grau como aconteceu recentemente em um rumoroso caso de megacorrupção, quando se esperava que isso fosse discutido exclusivamente nas instâncias ordinárias¹⁰.

Existe no nosso país o que se chama de laxismo penal, tendência a adoção de medidas despenalizadoras em nível legal e judicial, em que pese, contraditoriamente, a constatação do aumento exponencial da criminalidade. Por sua vez, esse afrouxamento da resposta penal, que não acontece apenas no que diz respeito à repressão a corrupção, vem acompanhado do ativismo judicial. Não se conhece nenhum outro lugar do mundo que possa fornecer exemplo parecido¹¹. Não se duvida da total

¹⁰ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/08/25/segunda-turma-do-stf-anula-condenacao-dada-por-sergio-moro-no-caso-banestado.ghtml>

¹¹ É verdade que existem decisões que caminham em sentido diverso, como a já referida acima sobre prescrição e, de extrema importância, a que considerou o pagamento da multa dentro do quadro de exigência de reparação para progressão de regime nos crimes contra a administração pública. No entanto, são muitas as situações em que o interesse coletivo na punição acaba sendo renegado a segundo plano. Muitas vezes tem-se a impressão de que a repressão penal se confunde com repressão política. Fora do tema corrupção, temos alguns casos, como a decisão de impedir a realização de operações policiais nas favelas no Rio de Janeiro, durante a pandemia. Com isso, a população desses lugares dominados ficou totalmente a mercê dos narcoditadores de bairro, sendo certo que os tiroteios continuaram, e até aumentaram, porém não contra a polícia, mas entre os criminosos. A sociedade, infelizmente, está descobrindo que “balas perdidas” não saem apenas das armas dos policiais. Essa decisão favoreceu enormemente o encravamento do crime organizado e pode ter gravíssimas repercussões até

ineficiência em aplicar-se pena privativa de liberdade a crimes com pena de curta duração, justificando-se evidentemente o sistema de penas alternativas. Acontece que, em face de uma ideia correta, expande-se a despenalização em nível legislativo e jurisprudencial para situações graves. O resultado é a aplicação de um direito penal de primeira velocidade para casos que seriam de direito penal do inimigo, aplicar postulados da política criminal consensual para, por exemplo, delitos socioeconômicos alcançados pela terceira velocidade do direito penal. Uma incongruência que gera sensação de impunidade.

4 POLÍTICA CRIMINAL CONSENSUAL E REPRESSIVA NA CONSTITUIÇÃO

Se bem observarmos a realidade, quanto mais andou a punição à corrupção, maiores favores foram concedidos pelo direito penal, seja pelo afrouxamento da lei penal repressiva ou pela jurisprudência. E isso não aconteceu apenas no campo dos delitos relacionados à corrupção, é bem verdade¹². Do ponto de

mesmo fora do Rio de Janeiro, pois são gangues que atuam em outros estados e até no plano internacional.

¹² Por exemplo, o saído, é um verdadeiro feriado no cumprimento da pena, a ampliação do indulto alcançando 80% da pena, embora questionado em sua constitucionalidade, prevaleceu o entendimento no STF de que a ampla

vista legislativo, a nova redação da parte geral do Código Penal, em 1984, introduziu o sistema de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, alguns anos depois ampliando o limite de pena para a concessão do benefício. O escândalo do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo veio a público em 1999 com a criação da CPI do Judiciário, porém, um ano antes o Ministério Público Federal já havia descoberto grande parte do desvio de dinheiro público. Coincidentemente, é editada a Lei 9.714/98 ampliando o sistema de substituição de pena.

Antes disso, em 1995, entra em vigor a Lei dos Juizados Especiais, com a instituição da política criminal consensual para crimes com pena até um ano, depois elevando o patamar para dois anos. Com o pacote “anticrime”, Lei 13.964, de 24 de

discricionariedade do Presidente nesse tema estava amparada no texto constitucional (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/stf-julga-constitucional-indulto-de-temer-que-perdoou-condenados-por-corrupcao.shtml>). Na jurisprudência, então, os exemplos são inúmeros e diários: HC coletivo no STF para menores infratores com possibilidade para que possam ser transferidos para regime domiciliar (<https://extra.globo.com/noticias/brasil/stf-determina-fim-da-superlotacao-em-unidades-de-internacao-de-menores-infratores-de-todo-brasil-24601769.html>), HC coletivo no STF para presas grávidas e mães de crianças até 12 anos de idade (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>); liberação, segundo o CNJ, de pelo menos 32.500 presos por Covid-19, ao invés de se buscarem medidas de contenção da pandemia no interior dos estabelecimentos penais (<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/12/coronavirus-cnj-diz-que-ao-menos-325-mil-presos-deixaram-cadeia-durante-pandemia.ghtml>)

dezembro de 2019, que até pelo título deveria ser uma lei penal mais dura com a criminalidade, foi aprovada a representação como condição da ação penal pública no crime de estelionato, criando mais um óbice à repressão penal, facilitando a vida do estelionatário, além do acordo de não persecução penal e o juizado de garantias. O que dizer da nova Lei de Abuso de Autoridade?

Então nós temos duas tomadas de posição antagônicas, pela legislação e pela jurisprudência. Nota-se a convivência de uma tendência mais repressiva e outra mais consensual, porém com maior predominância desta última, no nosso entendimento. Isso seria possível perante a Constituição?

Se bem observamos a Constituição, existem referências tanto a um direito penal mais repressivo, quanto a um direito penal que apregoe punição mais atenuada, ou mesmo despenalização. Políticas criminais repressiva e consensual convivem no texto constitucional. A mesma Constituição que no artigo 5º, inciso XLIII, determina ao legislador a criação de lei para tratar dos crimes hediondos, com suas graves consequências penais; estabelece no artigo 98, I, a determinação para que sejam criados juzizados especiais com competência para julgar infrações de menor potencial ofensivo; e, quando tratou

da individualização da pena, estabeleceu um sistema punitivo alternativo à prisão no artigo 5º, XLVI.

4.1 O cruzamento dos dois sistemas – inconstitucionalidade

Não existe aí qualquer contradição. Contradição é se tratar direito penal de terceira velocidade com regras e princípios que devem ser reservados às infrações penais de menor potencial ofensivo, é querer interpretar gravíssimos crimes praticados por organizações criminosas com o mesmo parâmetro que se analisa uma contravenção penal, ignorando a realidade do direito penal do inimigo¹³. Leis e decisões judiciais que trilham esse caminho são inspiradas por um individualismo extremo que não se vê em lugar nenhum do mundo, desconsiderando totalmente os seus efeitos contra a sociedade. Na prática só beneficiam o infrator. E o problema se coloca não

¹³ Absolutamente inaceitável a restrição ao uso de helicópteros nas ações policiais, ferramenta importantíssima no combate à criminalidade organizada violenta, cfr <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/08/18/stf-restringe-uso-de-helicopteros-em-operaes-policiais-no-rj.ghtml>. Pior ainda foi restringir as ações policiais durante a pandemia nos locais dominados pelos criminosos deixando a população dos locais dominados a mercê da lei do crime, criando uma verdadeira zona de exclusão à soberania do estado que, no final das contas, tem como único beneficiado o próprio crime organizado. A política de segurança pública é de competência dos governadores, eleitos que foram para administrar os estados-membros. Data vênica, tem-se clara ofensa ao princípio da separação dos poderes.

apenas no direito material, mas também no direito processual. Também é verdade que tratar infração leve com as consequências próprias para os crimes graves é igualmente atentatório ao texto constitucional.

5 O COMBATE À CORRUPÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Vejam os como se posiciona hoje o combate à corrupção na Justiça Militar da União dentro do contexto aqui abordado, de coexistência entre política criminal repressiva e consensual. E aqui se deve partir do princípio de que as Forças Armadas não estão infensas à corrupção, particularmente à megacorrupção. A corrupção tem níveis diferenciados de ataque ao patrimônio público, impondo diferenciação também na resposta penal, mas que seja diretamente proporcional à lesão causada, a implicar em resposta penal mais orientada pela política criminal consensual, outras vezes, para a repressiva, que, neste ponto, até pouco tempo, a Justiça Militar estava legislativamente despreparada. Façamos primeiro uma análise do direito material.

A Justiça Militar (União, Estados e DF) aplica um código penal absolutamente defasado da realidade atual, vigente desde

1969, que, sabe-se lá por que, nunca enfrentou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. O Código Penal Militar está em vigor desde quase 20 anos antes da promulgação da Constituição de 1988, que, por sua vez, é incompatível em muitos aspectos com a Emenda nº 1 de 1969, sob cuja égide nasceu o Código Penal Militar.

O atual Código Penal Militar não cumpre com a determinação constitucional nem para mais, nem para menos, no que diz respeito à resposta penal, ou seja, nada prevê, por exemplo, sobre crimes hediondos, em compensação também não cumpre com a determinação de prever penas substitutivas ínsitas no artigo 5º, XLVI, da Constituição, ou de se adequar às infrações de menor potencial ofensivo. Não obstante, vem resistindo até hoje à realidade de uma criminalidade muito diferente da qual foi concebido, seja pela ausência de um conjunto de tipificações adequadas à realidade atual, ignorando o surgimento de novos bens jurídicos, seja pela mutação valorativa dos bens jurídicos que permanecem tutelados. Por exemplo, quando da sua entrada em vigor não existiam mulheres nas Forças Armadas e Auxiliares, e as atribuições das Forças Armadas em nível interno eram menores. A lei que regula as atividades subsidiárias das Forças Armadas é de 1999 (LC 97/99).

5.1 A importância da Lei 13.491/17

De fato, a Lei 13.491/17 permitiu uma atualização permanente da legislação penal militar, ao incorporar no conceito de crime impropriamente militar toda a legislação penal comum. Mas e quanto aos crimes do artigo 9º, I, do Código Penal Militar, onde estão alocados os crimes propriamente militares? Eles também necessitam de revisão. Sem falar que existem crimes com definição semelhante aos previstos na legislação penal comum, com tratamento inadequado ao mundo de hoje. Pense-se nos crimes contra a administração pública. A lei 13.491/17 para esses casos não resolve o problema, pois facilmente pode-se invocar o princípio da especialidade sobrepondo-se a uma norma da lei penal comum que lhe seja de definição semelhante, até porque as alterações introduzidas pela referida lei produziram efeito apenas no inciso II, do artigo 9º, do Código Penal Militar. Observe-se que o problema da legislação penal militar não se refere a questões de técnica legislativa, muito pelo contrário, é infinitamente superior à produção legislativa atual do direito penal comum, mas a questão se coloca em termos de atualização frente aos novos bens jurídicos e à mutação valorativa para os

que já existiam, inclusive, como dito, face ao artigo 9º, I, onde estão alocados os crimes propriamente militares.

Vejam os exemplos no que diz respeito à corrupção. Do ponto de vista do Código Penal Militar, sem os efeitos decorrentes da vigência da Lei 13.491/17, como não existe sistema de substituição de pena, a resposta penal para a fraude em menor escala é a mesma para a megafraude, sem falar nas lacunas diante da realidade fenomênica. Os tipos relativos à fraude em licitações não alcançam, por exemplo, os pregões, até porque não existiam em 1969. O nível de inadaptação à realidade é tão absurdo que sequer existe previsão do crime de associação criminosa; não existem tipos específicos que possam alcançar as fraudes executadas através de invasão de sistemas de informática, como os dos artigos 154-A, 313-A e 313-B do Código Penal Brasileiro, sendo a punição, nesses casos, somente possível sobre o resultado, estando impossibilitada a antecipação da tutela penal sobre a conduta. Pense-se, por exemplo, que diante do Código Penal Militar, caso prevaleça a legislação penal militar sobre a comum em um determinado caso de fraude em licitações, o empresário fraudador já se vê livre da pesada multa prevista no artigo 99 da Lei 8.666/93. Ou seja, em uma fraude à licitação, se o caso for tratado dentro do Código Penal

Militar, o empresário fraudador já sai de plano beneficiado, se comparado com os crimes da Lei 8.666/93. Bem, o mesmo acontece se a Justiça Militar aplicar a referida lei e ignorar a pena de multa do seu artigo 99.

6 PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DA LEI 13.491/17

A realidade impõe urgente mudança legislativa, que, de fato, aconteceu com a Lei 13.491/17, porém, agora alcançando as hipóteses do artigo 9º, I, do Código Penal Militar. Do ponto de vista jurisprudencial, é preocupante a interpretação em torno dos crimes militares por extensão. A pena de multa não está sendo aplicada para os crimes comuns que a preveem, como também, sob o argumento de especialidade que, *data vênia*, não existe para o artigo 9º, II, do Código Penal Militar, muitos crimes graves da lei penal comum, com similitude e até identidade de lesão jurídica com os do Código Penal Militar, estão tendo a aplicação abandonada em prol do tipo da legislação militar, com apenação mais leve, desconsiderando-se a regra de sucessão de leis no tempo. De que adianta a ampliação do conceito de crime militar dado pela Lei 13.491/17 se, na hora de julgar um tráfico de entorpecente em quartel,

aplica-se o artigo 290 do Código Penal Militar no lugar do artigo 33 c/c o artigo 40, III, da Lei de Drogas? Ou constar da denúncia que se trata de organização criminosa e não se enquadrar os fatos na lei pertinente? Em tese, é possível ignorar-se, por exemplo, a hediondez do latrocínio no Código Penal Brasileiro e aplicar-se o § 3º do artigo 242 do vetusto Código Penal Militar. Assim fazendo, de nada adiantou o esforço de atualização da legislação penal militar pela Lei 13.491/17.

7 A MEGAFRAUDE PERANTE A JURISPRUDÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Não se pode ignorar a realidade da megafraude no âmbito militar e o Código Penal Militar, sem as alterações da referida lei, não poderia ser instrumento adequado para repressão desse comportamento. Os casos de ataque ao patrimônio público sob a administração militar não são os mesmos de 30 anos atrás. Não são muitos os processos desse tipo, mas eles existem. Temos casos de enorme lesão aos cofres públicos como é o caso DEC-DNIT. Temos visto também a ampliação das ligações entre sujeitos ativos dos crimes contra o patrimônio público, com a participação de superiores e

inferiores em maior escala do que se via antes, com o envolvimento muito maior de agentes do que se via no passado, alcançando diversos níveis da cadeia hierárquica e ampliação do envolvimento de civis.

Os casos graves de corrupção que atingem o meio civil também podem ser observados hoje no meio militar e às vezes atingem ao mesmo tempo instituições civis e militares. Certamente ainda não com o mesmo nível de grandiloquência do ataque ao patrimônio público, como se vê, por exemplo, na Operação Lava-Jato. Contudo, a legislação penal e processual penal comum passou por mudanças que tendem a acompanhar o quadro agravado de corrupção, ainda que com as críticas acima, notadamente pela ampliação do direito penal consensual sobre casos que jamais deveriam comportar esses benefícios, através da legislação ou da jurisprudência.

Graças à Lei 13.491/17, passaram a também ser considerados crimes militares os tipos da Lei de Licitações; Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13), lavagem de dinheiro (Lei 9613/98); Lei dos Crimes Econômicos (Lei 8.137/90, formação de cartel contando com a participação de servidores públicos), sem falar nos diversos tipos penais do Código Penal Brasileiro que passaram por revisão, como falamos brevemente

sobre os tipos que alcançaram as fraudes através do sistema de informática.

Com isso, a lei em questão criou uma cláusula muito interessante de adaptação automática do arcabouço do direito penal comum ao Código Penal Militar. O problema agora se coloca em termos de interpretação e jurisprudência, pois, uma vez aplicado o diploma comum dentro do conceito de crime militar, evidentemente os preceitos do Código Penal Brasileiro deveriam ser igualmente aplicados. Não é o que está acontecendo. A jurisprudência penal militar segue uma tendência curiosa de *combinar* os tipos da lei penal comum com a parte geral do Código Penal Militar, totalmente incompatível com os ditames constitucionais.

A jurisprudência castrense está fazendo uma verdadeira combinação de leis, criando jurisprudencialmente uma terceira legislação que, até agora, vem beneficiando infratores no campo da corrupção, por exemplo, não se lhes impondo a pena de multa. Já vimos entendimento afastando a pena do peculato no Código Penal Militar, que é de 1969 em prol da prevista no Código Penal Brasileiro, que é de 1941, invertendo-se a regra de sucessão de leis no tempo e até aplicação de causa de diminuição de pena sem previsão no CPM, ou seja, supralegal.

Porém, não tardará a que medidas despenalizadoras que poderiam ser aplicadas, caso o processo corresse perante a Justiça Comum, sejam sonegadas na Justiça Militar da União, como, por exemplo, o sistema de substituição da pena para os crimes militares de conceito ampliado.

Em seguida à edição da Lei 13.491/17, veio a Lei 13.774/18, que produziu inovações na Lei Orgânica da Justiça Militar da União, dando competência ao magistrado togado da Justiça Militar para julgar monocraticamente, dentre outras hipóteses, quando o crime for cometido por civil ou em coautoria com militar. Mais uma razão para não se desconsiderar a aplicação integral da legislação penal comum pela Justiça Milita da União, em face do conceito ampliado de crime militar dado pela Lei 13.491/17. Ao crime militar oriundo da legislação penal comum deve-se aplicar a parte geral do Código Penal Brasileiro; ao crime militar do Código Penal Militar, aplica-se a parte geral do código castrense. O argumento de incompatibilidade da legislação penal comum assimilada como crime militar com a parte geral do Código Penal Militar não se sustenta, primeiro porque não está acima da Constituição e, estando em vigência este código quase 20 anos antes, é com ela, isto sim, incompatível em muitos aspectos. O comando

constitucional sobre as penas alternativas, por exemplo, dirige-se a todo o ordenamento penal. Em segundo lugar porque o argumento de especialidade, após a edição da Lei 13.491/17 só se aplica ao artigo 9º, I, do Código Penal Militar.

8 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

É bem verdade que nem sempre a inovação legislativa do direito penal comum é compatível com a legislação penal militar. Um instituto que chama a atenção pela gravidade de seu impacto negativo frente ao combate à corrupção, aliás, para os dois sistemas, é o acordo de não persecução. Trata-se de inovação das mais perigosas, do ponto de vista da hierarquia e disciplina e, mesmo do combate à corrupção. Recentemente o E. Superior Tribunal Militar, pelo menos parcialmente, afastou a sua aplicação, considerando que a Lei 13.964/19 só se referiu ao Código de Processo Penal Militar no artigo 18¹⁴. O problema já

¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR HABEAS CORPUS Nº 7000374-06.2020.7.00.0000 RELATOR: MINISTRO JOSÉ COELHO FERREIRA. PACIENTE: JOÃO LUCAS MACIEL MAYO DUARTE. IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. IMPETRADO: CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA DA 1ª AUDITORIA DA 1ª CJM -JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO - RIO DE JANEIRO. EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CAPITULADO NO ART. 290 DO CPM. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. PGJM. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE.

MÉRITO. ART. 28-A DO CPP. INSTITUTO DA NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. UNANIMIDADE. I - Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do Habeas Corpus, suscitada pela PGJM, considerando que a questão relativa à transação penal comporta arguição por meio do mencionado remédio constitucional. Decisão unânime. II - O instituto do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, não se aplica aos crimes militares previstos na legislação penal militar, tendo em vista sua evidente incompatibilidade com a Lei Adjetiva castrense, opção que foi adotada pelo legislador ordinário, ao editar a Lei nº 13.964, de 2019, e propor a sua incidência tão somente em relação ao Código de Processo Penal comum. III - Inexiste violação dos preceitos constitucionais, insculpidos no art. 5º, caput, e incisos LIV e LXVIII, da Constituição Federal de 1988, e art. 467, "b" e "c", do CPPM, uma vez que a negativa dos Órgãos judicantes da JMU, afastando a incidência do acordo de não persecução penal em relação aos delitos previstos na legislação penal militar, por óbvio, não pode ser considerada violação de formalidade legal e tampouco se configura constrangimento ilegal em relação ao acusado. IV - Ordem de Habeas Corpus denegada. Decisão unânime.

Art. 18. O Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 16-A: “Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação.

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado.

se inicia pelo limite mínimo de pena, menos de 4 anos, que é próprio de crimes graves, onde não se poderia cogitar da aplicação de institutos despenalizadores, equiparando situações graves a delitos de menor potencial ofensivo. Essa é a típica situação de mistura inaceitável de preceitos de política criminal consensual com casos graves, que demandariam punição exemplar, do direito penal do inimigo. É o individualismo exacerbado em direito penal desembocando na combinação perigosa entre preceitos de direito penal de 1ª e 3ª velocidades. O resultado é um verdadeiro estímulo à corrupção e à criminalidade, pela sensação de impunidade que causa.

Após as condenações da Operação Lava-Jato, o legislador, contraditoriamente, reagiu ampliando os benefícios de direito penal, como nesse caso. O mesmo fato aconteceu na jurisprudência como, por exemplo, com a absurda extensão da noção de presunção de inocência ao pronunciamento final do

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 6º As disposições constantes deste artigo aplicam-se aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem.”

Felizmente, o STM caminha no sentido de pelo menos não aplicá-lo a agentes militares. HC 7000374-06, corroborando a Resolução 101 do CSMPM.

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de surpreendentes anulações de condenações. Claro, existem movimentos em sentido inverso, em muitas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, mas a ampliação da política criminal consensual e o individualismo da jurisprudência penal em detrimento do interesse coletivo na repressão ao crime é a tendência mais evidente.

Um outro fator sugere que jamais esse instituto deveria ser aplicado nos crimes que atentam contra o patrimônio público. Os casos de corrupção envolvem servidores públicos, e, sendo o valor do desvio muito superior aos seus rendimentos lícitos, não seria possível ao servidor cumprir com o dever de reparar o dano causado pelo crime. A própria regra de exigência de reparação do dano causado pelo crime para haver progressão de regimes nos crimes contra a administração pública já enfrentou voto de inconstitucionalidade.¹⁵ A impossibilidade de reparação do dano não impede a realização do acordo de não persecução, como se vê da redação do artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

¹⁵ **EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 17.12.2014. (EP-22)**

9 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Que medidas então o Ministério Público Militar tem tomado em relação à megacorrupção, ou, aliás, em face da corrupção de uma forma geral?

A primeira medida foi a criação do Centro de Produção, Análise, Difusão e Segurança da Informação – CPADSI, em 14/5/2007, na gestão da Procuradora-Geral Maria Ester Henriques Tavares. O órgão tem a finalidade de prestar assistência ao Ministério Público Militar no desempenho de suas atividades investigativas, notadamente no que diz respeito ao cruzamento de informações que tenham importância para apuração de delitos relacionados ao ataque ao patrimônio público. Em 2011 foi criada uma ferramenta importantíssima no âmbito do CPADSI – o *Argus* – que otimiza a quebra de sigilo bancário. O *Argus* possibilita a interpretação de dados complexos através de gráficos navegáveis. Com isso, as informações de interesse aos peritos ficam mais evidentes, destacam-se no emaranhado de dados, reduzindo-se em até 80% o tempo gasto na investigação de quebra de sigilo. Para se ter uma ideia da importância dessa ferramenta, o *Argus* é capaz de

compilar todas as quebras numa única consulta e realizar o cruzamento destas informações, contextualizando-as. Vários órgãos do Ministério Público de outros ramos e até instituições estrangeiras ligadas à investigação de crimes dos Estados Unidos e do Reino Unido (Scotland Yard) já se interessaram pelo sistema.

Em 17 de novembro de 2016, foi criado pelo então Procurador-Geral, Jaime de Cássio Miranda, o Núcleo de Combate à Corrupção, órgão vinculado ao CPADSI, tendo por finalidade atuar de forma integrada com os demais órgãos do Ministério Público Militar, em processos e investigações envolvendo atos de corrupção no âmbito das organizações militares. A atuação do Núcleo é extremamente importante porque presta apoio ao membro solicitante sobre a análise de diligências, peças específicas dos autos, quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico, além da análise documental que seja relevante e pertinente ao caso. Em suma, presta assessoria ao membro em aspectos mais amplos ao trabalho investigativo. O NCC ainda tem outra função muito importante que é a de treinar os membros e servidores em técnicas de investigação para apuração de delitos de fraudes contra o patrimônio público.

Na gestão do Procurador-Geral Antônio Pereira Duarte, foi criado pela Portaria nº 136/PGJM, de 22 de julho do corrente ano, o Núcleo Regional de Pesquisa e Análise de Contas Públicas (NPAC) no âmbito da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, considerando a necessidade de adequar a estrutura administrativa da referida unidade do Ministério Público Militar, com o objetivo de aprimorar o combate à corrupção. Além disso, através da Portaria nº 145/PGJM, de 7 de agosto, também deste ano, foi instituído o Observatório do Ministério Público Militar para Enfrentamento da Corrupção, com o objetivo de coletar dados sobre casos de corrupção e fraudes em geral em detrimento do patrimônio público sob a administração militar, com a finalidade específica de propor políticas públicas destinadas ao enfrentamento do problema.

A instituição, com isso, está se aparelhando como pode para eficazmente combater os atentados ao patrimônio público, bem como melhor treinar os seus membros, pois, como temos enfatizado, as fraudes hoje assumiram maior grau de complexidade, impondo técnicas mais aprimoradas para a sua apuração. Não se pode comparar a realidade das fraudes contra o patrimônio público que acontecem hoje com o quadro existente há 30 anos.

No campo da improbidade administrativa medidas também estão sendo tomadas. Se por um lado a ampliação do conceito de crime militar, alcançando toda a legislação penal comum foi um importante avanço no combate à corrupção, pois propiciou a atualização imediata e permanente da legislação penal militar, a restrita competência cível da Justiça Militar dificulta a responsabilização perante a Lei de Improbidade Administrativa. Esta ação, quando decorrente da persecução penal militar, entende-se que só pode ser ajuizada hoje na Justiça Federal¹⁶. Dado que Ministério Público Militar e Ministério Público Federal atuam perante parcelas distintas do poder judiciário, o resultado é a não propositura da ação de improbidade administrativa na maioria dos casos que envolvem ataque ao patrimônio público sob a administração militar, porque o Ministério Público Federal não tem como priorizar os casos da Justiça Militar.

Em face disso, o Ministério Público Militar tem proposto ações de improbidade administrativa e civis públicas, ambas

¹⁶ Existe um entendimento em construção de que a ação de improbidade tem natureza penal. Dessa forma, seria uma decorrência da persecução penal, o que fica bastante evidente no caso da justiça militar. Nesse caso, em tese, poderia tramitar na própria justiça militar, até porque hoje o magistrado togado da justiça militar pode julgar monocraticamente. Não seria nenhuma novidade uma lide extrapenal, porém guardando relação direta com a persecução penal. É o caso da representação por indignidade.

relacionadas diretamente com a persecução penal militar, perante o Juízo Federal comum, normalmente pedindo a formação do litisconsórcio ativo com o Ministério Público Federal, que normalmente contesta a legitimidade do Ministério Público Militar. O Ministério Público Militar vem conseguindo firmar a legitimação concorrente com o Ministério Público Federal¹⁷. A legitimação concorrente dos dois ramos do Ministério Público da União amplia a tutela dos direitos difusos e da probidade administrativa em face da persecução criminal militar.

Acreditamos que a ampliação da competência da Justiça Militar para o julgamento de ações de improbidade administrativa não demandaria mudança constitucional. Talvez uma mudança na legislação ordinária, na Lei da Ação Civil Pública e/ou na Lei de Improbidade Administrativa fosse o suficiente, dado que se trata de continuidade da persecução penal, principalmente no que se refere à improbidade administrativa, mas sem perder de vista a possibilidade de demandas coletivas via Ação Civil Pública. É de todo conveniente que isso aconteça, pois se trata, também, de

¹⁷ TRF- 2ª Região. Agravo de Instrumento – Turma Espec. III – Administrativo e Cível Nº CNJ : 0010938-32.2018.4.02.0000 (2018.00.00.010938-8). TRF- 1ª Região. Apelação Cível n. 0026302-61.2015.4.01.3400/DF.

conferir-se maior rapidez e eficiência à recuperação de ativos e do dano causado pelo crime militar.

10 CONCLUSÃO

Por fim, no âmbito do direito processual, coerente com o que dissemos quanto à aplicação da legislação penal comum, em face do conceito ampliado de crime militar dado pela Lei 13.491/17, deve-se observar, no processamento dos crimes comuns, o Código de Processo Penal, muito mais atualizado em institutos que propiciem uma ação mais eficaz do Ministério Público na apuração das fraudes. Nesse caso, convém lembrar os dispositivos da Lei de Organização criminosa, cujos instrumentos de investigação agora podem e devem ser aplicados pela Justiça Militar. O que não se pode admitir perante a ordem jurídica e/ou na jurisprudência, seja na Justiça Militar ou na Justiça Comum, é a combinação de leis penais, como também o cruzamento da política criminal repressiva com a consensual. Um crime grave não pode ser tratado como infração de menor potencial ofensivo, nem o contrário pode acontecer.

Enfim, o Ministério Público Militar tem tomado providências no combate às fraudes contra o patrimônio público

de um modo geral e, em especial, contra a megafraude. O cenário de combate à corrupção hoje exige ampliação das ferramentas de apuração desses crimes e especialização dos atores envolvidos na investigação. Ao mesmo tempo, a Lei 13.491/17 propiciou a atualização da legislação penal militar frente a essa nova realidade de surgimento de novos bens jurídicos e alteração valorativa dos já existentes. Ademais, a ampliação dos horizontes de atuação da Justiça Militar é mais um fator a exigir a modernização dos órgãos de apuração dos crimes militares relacionados à corrupção, bem como especialização dos membros do Ministério Público Militar para esta nova realidade. É bem verdade que se pode dizer que foi uma inovação legislativa improvisada, porque fora do contexto de alteração do Código Penal Militar, mas não existe outra ferramenta legal, dada as dificuldades e lentidão da reforma deste Código. A jurisprudência precisa aceitar o desafio e interpretar o direito penal e o processo penal proporcionalmente à ampliação dos horizontes decorrentes desse acréscimo de competência e não procurar restringir a resposta penal a partir do estreito alcance do Código Penal Militar. Esse diploma legal inseriu a Justiça Militar definitivamente no combate à megacorrupção.