Revista do Ministério Público Militar

Brasília - DF
2011



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Procuradora-Geral de Justiça Militar
Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar
José Garcia de Freitas Junior

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM
Péricles Aurélio Lima de Queiroz

Corregedor-Geral do MPM
Roberto Coutinho

Conselho Editorial

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar – Coordenadora

Ronaldo Petis Fernandes
Procurador de Justiça Militar

Otávio Augusto de Castro Bravo
Promotor de Justiça Militar

Adriano Alves
Promotor de Justiça Militar

Romana de Castro
Secretária-Executiva

Revista do Ministério Público Militar

Ano XXXVII - Número 22 - Novembro de 2011
Brasília - DF

Revista do Ministério Público Militar

Uma publicação do Ministério Público Militar

Ministério Público Militar
Setor de Embaixadas Norte, Lote 43
CEP: 70800-400
Brasília - DF
Telefone: (61) 3255-7308
Homepage: http://www.mpm.gov.br

Copyright © 2011. Todos os direitos autorais reservados.

Projeto Gráfico: Assessoria de Comunicação Institucional - ASCOM
Capa: Adriano Alves
Bibliotecária: Vera Jane Regis Pires
Revisão: Alexandre Guaspari Barreto/3GB Consulting

Tiragem: 1.500 exemplares
Impressão: Marina Artes Gráficas e Editora Ltda - EPP

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Revista do Ministéro Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 37, n. 22 (nov. 2011). – Brasília : Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Irregular

Continuação de: Revista do Direito Militar, 1974–1984.

ISSN 0103-6769

I - Brasil. Ministério Público Militar

Editorial

Não há momento mais propício para a apresentação da 22ª Edição da Revista do Ministério Público Militar, que, efetivamente, ocorrerá no 7º Colégio de Procuradores de Justiça Militar, não só pela ampla divulgação que terá no oferecimento de matérias subscritas pelos colegas como, também, pela oportunidade de integração que o aludido Colégio proporciona.

O objetivo primordial da presente Edição foi apresentar diversos temas que, de certa forma, estivessem ligados ao Direito Penal Militar, sem prejuízo da apresentação no futuro de outras matérias de Direito.

Com efeito, a Revista se fortalece com as ideias apresentadas e é um instrumento para integrar mais nossa instituição, sem embargo, repita-se, da apresentação de outros temas advindos de colegas integrantes de outras instituições com suas contribuições, em inegável e democrático entrechoque de posições.

É certo que o Ministério Público é instituição democrática na sua origem. E, como tal, proporciona aos seus integrantes espaço para apresentar suas ideias, teses e debates jurídicos. A presente Revista consagra um dos objetivos da nossa política editorial, divulgando, principalmente, assuntos afetos ao Direito Militar, ratificando, ainda, seu ideal de ser um espaço plúrimo e democrático para exposição de ideias ligadas à construção jurídica.

A Revista, com temas tão relevantes, contribui, também, para o aperfeiçoamento de nossa atividade ministerial, sendo que a diversidade de matérias apresentadas vai firmando-a como veículo de cultura jurídica com dicção peculiar e qualidade sempre em ascendência.

Aguardando as importantes colaborações, desejamos a todos proveitosa leitura.

Ronaldo Petis Fernandes
Procurador de Justiça Militar

Sumário

1 Artigos

- **Penas restritivas de direito e o Código Penal Militar**
  Ailton José da Silva **13**

- **Parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar: quinze anos de existência, validade e eficácia**
  Alexandre Reis de Carvalho **23**

- **Estatuto da criança em contexto de conflito armado**
  Ana Paula Pinto Lourenço **43**

- **A construção científica do Ordenamento Jurídico Militar**
  Antônio Pereira Duarte **83**

- **O impedimento do voto dos conscritos**
  Gabrielle Santana Garcia **113**

- **A Justiça Restaurativa como concretização do garantismo positivo. Um estudo panorâmico**
  Ilana Martins Luz **145**

- **Análise da significação dos termos "Forças Auxiliares" e "Reserva", constantes no Artigo 144, § 6º, da Constituição Federal de 1988**
  Jorge Cesar de Assis **179**

- **Algumas considerações acerca da participação das Forças Armadas em operações no cumprimento da lei e da ordem, notadamente em comunidades cariocas**
  Luciano Moreira Gorrilhas **189**

- **A inconstitucionalidade da Súmula nº 10 do STM**
  Luis Antonio Carvalho Vasconcellos **207**

- **Direito Penal e Direito Costumeiro em Angola**
  Luzia Bebiana de Almeida Sebastião **221**

- **Controle da atividade de juízes e promotores de justiça pelo CNJ e CNMP**
  Manoel Jorge e Silva Neto **235**

- **Prisão em flagrante: uma comunicação ou duas?**
  Marco Aurélio Dutra Aydos **251**

- **A substância entorpecente e o seu consumidor**
  Marcos José Pinto **263**

- **Sistema Prisional Brasileiro: desafios e soluções**
  Neemias Moretti Prudente **309**

- **A (in)aplicabilidade do Princípio da Coculpabilidade na Justiça Militar**
  Patrícia Avena Carmo **323**

- **A legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura de Ação Civil Pública**
  Rodrigo Ladeira de Oliveira **351**

- **A racionalidade penal moderna versus a reparação à vítima do delito como terceira via**
  Selma Pereira de Santana **409**

- **As interfaces entre a Justiça Federal e a Justiça Militar da União**
  Soel Arpini **431**

2 Peças

- **IPM 45-07 - Denúncia, Arquivamento e Ofício**
  Alexandre Reis de Carvalho, André Luiz de Sá Santos e Rejane Batista de Souza Barbosa **461**

- **Procedimento Criminal 1491/2011-71**
  Marco Aurélio Dutra Aydos **481**

- **Arquivamento IPM 204-10**
  Otávio Augusto de Castro Bravo **493**

1 Artigos

Penas restritivas de Direito e o Código Penal Militar

Ailton José da Silva
Membro do Ministério Público Militar.

RESUMO: A evolução da legislação, no sentido de restringir a pena de encarceramento aos delitos mais graves, abarca todo o sistema jurídico penal, podendo ser admitida pela Justiça castrense quando da aplicação das chamadas penas alternativas ou penas restritivas de direito. Essa interpretação decorre da inexistência de vedação legal para aplicação das penas alternativas aos civis condenados pela Justiça Militar. Nesse sentido, decisões do Supremo Tribunal Federal, em sua fundamentação, já admitem tal possibilidade, o que só atende aos princípios de Direito Humanitário e da ONU.

PALAVRAS-CHAVES: Alternativas. Restritivas. CPM. Militar. Penas. Lei nº 9714/98.

ABSTRACT: The legislation evolution, in the sense of restricting the imprisonment to the most dangerous delicts, involves all the penal system, and therefore, it can be admitted by the Military Court when applying the alternative sanctions or the restrictive rights sanctions. This interpretation is based on the fact that there is no legal restriction to apply those kinds of punishments to civilians condemned by the Military Court.

Therefore, the decisions of the Federal Supreme Court, in its basis, support the feasibility of applying such kind of punishments, which complies with the Human Rights and United Nations principles.

KEYWORDS: Military. Alternative. Sanctions. Delicts. United Nations. Human Rights. Military Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. Legislação e jurisprudência − 3. Doutrina − 4. Fundamentação − 5. Conclusão − 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Embora a legislação que trata das penas alternativas seja de 1998, ainda se discute a possibilidade de sua aplicação pela Justiça Militar da União, em razão de o diploma legislativo não fazer referência ao Código Penal Militar.

Em face da evolução legislativa, doutrinária e jurisprudencial, apresentamos argumentos para a viabilidade da aplicação de tais medidas punitivas aos civis condenados pela Justiça castrense.

2. LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

Nos termos do disposto na Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998, são penas restritivas de direito a prestação pecuniária; a perda de bens e valores; a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; a interdição temporária de direitos; e a limitação de fim de semana (art. 43 do CP, com nova redação).

Referidas penas são aplicáveis de forma autônoma e substitutiva às penas privativas de liberdade, quando estas não forem superiores a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada, quando o crime for culposo (art. 44 do CP, com nova redação).

Exige também a legislação penal, como requisitos para aplicação das penas restritivas de direito, que o réu não seja reincidente em crime doloso e que a culpabilidade, ou os antecedentes, a conduta social, a personalidade do condenado e os motivos e circunstâncias do caso sob julgamento indiquem ser suficiente a adoção da substituição.

Referida legislação foi editada para alteração do Código Penal, como se verifica em seu preâmbulo, não fazendo qualquer referência a legislação especial, na qual se inclui o CPM.

Quando se trata o assunto perante a Justiça Militar, a referência são os julgados do STM, nos quais se verificam os seguintes argumentos:

Jurisprudência STM.
(não há previsão legal)
I) Acórdão: num: 2006.01.050207-6 UF: RS Decisão: 29/06/2006
Proc: Apelfo – Apelação (FO) Cod. 40
Publicação: 09/10/2006 Vol. Veículo:
Ementa: DESRESPEITO A SUPERIOR – PENA – ALTERNATIVA – INAPLICABILIDADE Á JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO
I – A construção pretoriana desta Corte de Justiça Castrense é desfavorável à aplicação dos institutos penais alternativos à Justiça Militar da União, não sendo possível chancelar-se o critério adotado pela Decisão questionada.
II – Recurso a que foi dado provimento por Decisão majoritária.
Ministro Relator: Sergio Ernesto Alves Conforto
Ministro Revisor: Carlos Alberto Marques Soares
II) Acórdão: num: 2004.01.049594-0 UF: RJ Decisão: 16/09/2004
Proc: Apelfo – Apelação (FO) Cod. 40
Publicação: 23/11/2004 Vol. Veículo:
Ementa: TÓXICO. GUARDA E USO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR – RÉU CONDENADO À PENA DE RECLUSÃO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRIDA.
1.Restando comprovado que o Acusado guardava e/ou usava substância entorpecente (maconha), em lugar sujeito à administração militar, a conduta do mesmo está caracterizada como crime, em uma das modalidades previstas no artigo 290 do Código Penal Militar.
2.Não há que se falar em substituição da pena de reclusão, aplicada ao Apelante, por pena restritiva de direitos, por ser inaplicável ao caso concreto, considerando-se que o artigo 55 do CPM enumera os tipos de penas principais a que estão sujeitos os condenados pelos crimes previstos no referido Códex, não havendo lacunas suscetíveis à aplicação subsidiária da legislação penal comum. Negado provimento ao apelo da Defesa, para manter a Sentença "a quo". Decisão majoritária.
Ministro Relator: Carlos Alberto Marques Soares
Ministro Revisor: Flavio de Oliveira Lencastre

Ministro Relator para Acórdão: Flavio de Oliveira Lencastre

Depreende-se de tais julgados que o fundamento para não aplicação das penas restritivas de direito é a ausência de tais dispositivos no CPM, bem como a não aplicação de alterações legislativas que só foram direcionadas ao Código Penal.

Evidente que o argumento vale por si só.

Não há como se questionar que a lei acima apontada não fez referência ao CPM.

Trilhando esse entendimento, o STF proferiu as seguintes decisões:

1) RE 273900/ SC – SANTA CATARINA
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator (a): Min. Sepúlveda Pertence
Julgamento: 08/09/2000 Órgão Julgador: Primeira Turma
Publicação:
DJ 08-09-2000 PP-00023 EMENT VOL-02003-10 PP-02185
Parte(s):
Recte: Jose Márcio Ribeiro de Carvalho
Recdo: Ministério Publico Estadual
Ementa: I – RE: norma constitucional de direito intertemporal e interpretação das norma infraconstitucionais em alegado conflito. Para solver a questão de direito intertemporal relativa à incidência do art. 5º, XL, da Constituição, é necessário – e, por isso, admissível, mesmo em recurso extraordinário – interpretar as normas infraconstitucionais de modo a aferir da existência do conflito no tempo entre elas. II . Direito Penal Militar: penas restritivas de direito: a L. 9174, limitada à alteração do art. 44 C. Pen. comum, não se aplica aos crimes militares, objeto de lei especial diversa no ponto.
2) HC 86079 / SP – SÃO PAULO
Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 26/09/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação: DJ 06-11-2006 PP-00050 EMENT VOL-02254-03 PP-00432
Parte(s):
Pacte: Fause Luiz Lomonaco
Impte: Fause Luiz Lomonaco
Adv: Luiz Henrique Marques e outro (a/s)
Coator: (a/s) (ES): Superior Tribunal Militar
EMENTA:
HABEAS CORPUS – CONDENAÇÃO PELA JUSTIÇA MILITAR. CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. MILITAR DA RESERVA. NÃO APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO. CONHECIMENTO PARCIAL. ORDEM DENEGADA. O Supremo Tribunal Federal não é competente para julgar habeas corpus em que se impugne ato de juiz-auditor da Justiça Militar. Não reconhecimento da impetração no ponto. A lei 9.174/1998, que trata das penas restritivas de direitos, limitou-se a alterar o Código Penal nessa matéria. Tal alteração não alcança os crimes militares, objeto de lei especial distinta no ponto – o Código Penal Militar. O fato de o paciente encontrar-se na reserva não o subtrai ao campo de incidência do Código Penal Militar, cujas normas sua conduta violou. A conversão de pena restritiva de liberdade em pena restritiva de direitos só é viável nas condenações não superiores a dois anos. Denegação da ordem.

Entretanto, ainda que estejamos aplicando a lei ao caso concreto, podemos dar uma interpretação ao sistema jurídico penal brasileiro, para o fim de atendermos à justiça e à paz social, além da lei, evidentemente.

Nesse sentido, a interpretação mais recente, dada pelo STF em decisão que avaliou o assunto, aponta para a correção de caminhos, possibilitando a aplicação das penas restritivas de direito, na Justiça Militar, para civis.

(Acórdão) STF:

HC 91709 / CE – CEARÁ
HABEAS CORPUS
Relator (a): Min. CARMEN LÚCIA
Julgamento: 16/12/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação: Dje 048 Divulg 12/03/2009 Public 13/03/2009
Ement VOL-02352-01 PP-00181
RTJ VOL 00209-01 PP-00245
RT v. 98, n. 884, 2009 p.481-488
Parte(s):
Pacte: Francisco de Assis Scomparin
Impte: Defensoria Pública da União
Coator: (a/s) (ES): Superior Tribunal Militar
EMENTA:
HABEAS COPPUS. CRIME MILITAR. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. È firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de não se admitir a aplicação da Lei 9714/98 para as condenações de crimes militares, sendo esta de aplicação exclusiva ao Direito Penal Comum. Precedentes. 2. A conversão da pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça Militar por duas restritivas de direito poderá ocorrer, pelo menos em tese, desde que o paciente tenha de cumprir pena em estabelecimento prisional comum e a pena imposta não seja superior a 2 anos, nos termos previstos no art. 180 da Lei de Execução Penal, por força do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, daquele mesmo diploma legal. 3. Na espécie, contudo, a pena fixada ao Paciente foi de dois anos, nove meses e dezoito dias de reclusão. Não há, portanto, como ser reconhecido a ele o direito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Habeas corpus denegado.

3. DOUTRINA

Como apontou Saulo Ramos no discurso de posse do presidente do STF, Cézar Peluso, “direito nem sempre é a lei. É a Justiça, que busca a felicidade do ser humano, e não a obediência cega a um preceito formal. Muitas vezes, acima da força da lei está o poder da razão”.

Embora se possa questionar quais os limites da interpretação “do poder da razão”, que varia de juiz para juiz, é inegável que, ao aplicador da lei, em muitas situações, faz-se necessária uma interpretação que atenda, além da lei, à justiça e à paz social.

Dessa forma, age o STM e tantos outros tribunais e magistrados quando, por exemplo, definem, em seus julgados, o que é pequeno valor, o que é insignificante.

De tal sorte, é possível dar-se interpretação que atenda a parâmetros do sistema jurídico penal, e não somente a um código.

Todavia, questões hermenêuticas são controversas, e queremos aqui demonstrar que penas restritivas de direito já existem no CPM, por expressa disposição legal, e que a aplicação da referida legislação, como ponderado pelo STF, só trará justiça às decisões da seara castrense.

Em artigo colhido na página da internet www.jusmilitares.com.br, Maria Fernanda de Lima Esteves, mestre em Direito pela PUC-SP, faz uma remissão histórica quanto à imposição de penas pelo Estado, e aponta como penas restritivas de direito no CPM o impedimento (art. 63), a suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função (art. 64), e a reforma (art. 65), concluindo que tal espécie de pena, tanto de forma autônoma como de forma alternativa ou substitutiva, não encontra impedimento para sua aplicação no Direito Penal Militar; ao contrário, atende aos princípios que regem o próprio Direito Penal.

4. FUNDAMENTAÇÃO

Nesse sentido, temos que o Direito Penal Militar não está excluído do rol de possibilidades de penas alternativas. Por via de consequência, a adoção de tais espécies de pena foi admitida pelo legislador, que entendeu não restarem maculados os princípios de disciplina e hierarquia com a adoção das referidas formas de pena.

Mais ainda, é inegável o avanço do Direito Penal e Processual Penal como um todo, na direção de restringir cada vez mais as penas de encarceramento do indivíduo, tanto ao final de uma ação penal como durante a instrução do processo.

Confirmando essa assertiva, basta consultar o novo diploma legislativo que trata da prisão processual, fiança, liberdade provisória e demais medidas cautelares, Lei nº 12.403/11, de 05.05.2011.

Também é certo que a competência das Justiças Militares, nos dias atuais, tem-se restringido a processar e julgar militares, estando em franca decadência sistemas jurídicos que admitem a figura do denunciado civil perante a Justiça castrense. Tal situação pode ser constatada nas exposições do V Encontro Internacional de Direito Humanitário e Direito Militar, realizado de 26 a 28 de abril de 2011 em Lima/Peru, promovido pela Associação Internacional das Justiças Militares e nos Enunciados da ONU.

Em razão desses irremediáveis rumos, entendemos que a adoção das penas restritivas de direito substitutivas das penas privativas de liberdade, para delitos previstos no CPM e praticados por civis, ou condenados civis, atenderia uma irrefreável corrente de adequação dos sistemas jurídicos penais castrenses aos dias atuais, trazendo princípios do século XXI ao Direito Penal Militar brasileiro e atendendo às doutrinas mais recentes quanto à liberdade e à dignidade do homem.

5. CONCLUSÃO

Como exposto, buscando na própria legislação argumentos técnicos para aplicação das penas alternativas, bem como amparado por doutrina e jurisprudência, a possibilidade de reconhecer a adequação e aplicação da Lei nº 9714/98 ao Código Penal Militar, no âmbito da Justiça Militar da União, mostra-se pertinente e consentânea com os princípios da caserna, do Direito Humanitário e da ONU.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Comentários ao Código Penal Militar.** 6. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2007.

CHAVES JÚNIOR, E. B. **Legislação Penal Militar.** 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

LEGISLAÇÃO brasileira. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

NUCCI, G. S. **Código Penal Comentado**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, A. J. **Punishments Restrictives of Rights and the Military Criminal Code**. Justitia (São Paulo), v. 202, p. 00-00, jan./jul. 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. Pesquisa Jurisprudência. Disponível em: <www.jusmilitares.com.br> e <www.jusmilitares.com.br>.

Parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar: 15 anos de existência, validade e eficácia

Alexandre Reis de Carvalho
Bacharel em Ciências Jurídicas e Social pela Universidade de São Paulo (USP).
Pós-graduado pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT).
Membro do Ministério Público Militar (Promotor de Justiça Militar).

RESUMO: Decorridos 15 anos de vigência da Lei nº 9.299/96, que alterou o parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar e atribuiu à Justiça comum a competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militar e contra civil, o presente estudo pretende analisar e compartilhar os efeitos e as alterações produzidas pela referida lei nos campos legislativo, doutrinário e jurisprudencial pátrio.

PALAVRAS-CHAVES: Crime militar. Crime doloso contra a vida. Homicídio. Vítima civil. Competência. Justiça Militar. Tribunal do Júri. Lei nº 9.299/96. Artigo 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar. Artigo 82 do Código de Processo Penal Militar. Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Projeto de Emenda Constitucional nº 358, de 2005. Projeto de Lei nº 6.615-C, de 2009.

ABSTRACT: After 15 years of Law nº 9.299/96 enforcement, which amended the sole paragraph of Article 9 of the Military Penal Code and assigned to the ordinary courts jurisdiction to prosecute and judge intentional crimes against life committed by military and against civilian, this study aims to analyze and share the effects and changes produced by that law in the legislation, doctrine and jurisprudence in Brazil.

KEYWORDS: Military crime. Criminal attempts on life. Homicide. Civilian victim. Competence. Military Justice. Jury. Law nº 9.299/96. Article 9, single paragraph, of the Military Penal Code. Article 82 of the Code of Military Penal Procedure. Constitutional Amendment nº 45, 2004. Constitutional Amendment Project nº 358, 2005. Law Project nº 6615-C, 2009.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. Desenvolvimento − 2.1. A aplicação da Lei nº 9.299/96 no âmbito das Justiças Militares estaduais e do Distrito Federal − 2.2. A Emenda Constitucional nº 45/2004 e as reformas no âmbito da Justiça Militar dos estados e do Distrito Federal − 2.3. A aplicação da Lei nº 9.299/96 no âmbito da Justiça Militar da União − 2.4. Das inovações legislativas no âmbito da Justiça Militar da União − 3. Conclusões − 4. Referências.

SUMMARY: 1. Introduction − 2. Development − 2.1. The application of Law nº 9.299/96 by the military justices of the Federal District and states − 2.2. Constitutional Amendment nº 45/2004 and reforms on military justices of the Federal District and states − 2.3. Application of the Law 9.299/96 within the military federal justice system − 2.4. Legislative innovations within the military federal justice system − 3. Conclusions − 4. Bibliography.

1.INTRODUÇÃO

Com a introdução do **parágrafo único ao artigo 9º do Código Penal Militar** e a alteração do **artigo 82 do Código de Processo Penal Militar**, por meio da **Lei nº 9.299/96**, o legislador infraconstitucional transferiu (ou pretendeu transferir) a competência das Justiças Militares para o Tribunal do Júri, nos casos de crimes dolosos contra a vida e praticados contra civil, quando ocorridos nas hipóteses previstas nos incisos I a III do mencionado artigo do CPM.

Incontinenti à publicação da Lei nº 9.299, de 07 de agosto de 1996, diversos operadores e doutrinadores do direito castrense uniram vozes contra a apressada (e pouco refletida) aprovação dessa lei ordinária, que padecia de má técnica legislativa e grave inconstitucionalidade.

Decorridos 15 anos de vigência − e invariáveis a motivação política e a pressão da opinião pública (principalmente de organismos de direitos humanos), que influenciaram os congressistas brasileiros na aprovação da Lei nº 9.299/96 −, o presente estudo pretende analisar e compartilhar, de forma muito imparcial, os efeitos produzidos pela referida lei nos campos legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

2. DESENVOLVIMENTO

A Lei nº 9.299, de 07 de agosto de 1996, apesar do pequeno texto, trouxe profundas e estranhas alterações, algumas salutares, outras de constitucionalidade

lidade questionável e outras meramente formais. Ela teve suas origens nos trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito que apurava o assassinato de crianças e adolescentes, tendo-se, na época, sido detectado que parte dos autores dos extermínios eram policiais militares.

Na visão de Marcello Streifinger[1], tal contexto político-social já é bastante para se afirmar que a passionalidade foi um dos matizes que contornaram o debate e a consequente produção legislativa. Esse cenário preconceituoso e desfavorável às Polícias Militares e, em consequência, à Justiça Militar dos estados, vigeu com força antes e depois da CF atual, o que se estendeu por longos anos, inclusive recebendo como combustível as discussões que redundaram na citada legislação.

Contudo, as alterações produzidas pela Lei nº 9.299/96 não distinguiram os destinatários legais dos novéis comandos normativos, ou seja, Justiça Militar da União e (ou somente) Justiças Militares estaduais e do Distrito Federal, motivo pelo qual faremos a análise diferenciada da aplicação da lei ora focada em relação a cada Justiça Militar.

2.1. A aplicação da Lei nº 9.299/96 no âmbito das Justiças Militares estaduais e do Distrito Federal

No âmbito da Justiça Militar dos estados e do Distrito Federal, os eventuais conflitos de competência e *habeas corpus* impetrados perante o Superior Tribunal de Justiça questionando a legalidade e a eficácia do então novel parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar foram pronta e uniformemente decididos naquela Corte Superior, no sentido de que a Lei nº 9.299/96 deveria ser aplicada, e imediatamente[2], aos inquéritos e ações penais em trâmite − por força do princípio da aplicação imediata da lei processual (arts. 2º do CPP e 5º do CPPM) −, excetuando-se os casos em que já houvesse sentença de mérito recorrível[3].

---

[1] TRIBUNAL DO JÚRI NA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO. Artigo extraído do *site* do Tribunal de Justiça Militar do estado de São Paulo. Disponível em: <www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art004.pdf>. Acessado em: 27 jun. 2011.

[2] A doutrina de Ada, Sacarance e Magalhães sustenta que a Lei nº 9.299/96 deveria reger somente os fatos futuros, em observância ao princípio do Juiz Natural. *In* As nulidades no Processo Penal. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 61.

Portanto, mesmo nos casos em que o crime doloso contra a vida tivesse sido praticado antes da vigência da Lei nº 9.299/96, a competência da Justiça comum deveria prevalecer, salvo se já houvesse sentença de mérito recorrível. Nesse sentido, consolidou-se a jurisprudência do STJ: CC[4] 17.665/SP, julgado em 27/11/1996; CC nº 19.833/SP, julgado em 25/06/1997; CC 19.862/SP, julgado em 13/05/1998; HC nº 7.596/BA, julgado em 17/09/1998; e CC nº 26.039/SP, julgado em 25/08/1999. E no STF: HC[5] nº 76.380/BA, julgado em 17/03/1998; HC nº 76.510/SP, julgado em 31/03/1998; HC nº 76.883/SP, julgado em 09/06/1998; e HC nº 78.320/SP, julgado em 02/02/1999.

---

[3] "HABEAS CORPUS. ARTIGO 205 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. LEI Nº 9.299 DE AGOSTO DE 1996. ABSOLVIÇÃO ANTERIOR À LEI NOVA. COMPETÊNCIA RECURSAL. 1. A Lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º e Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVI), não estabelecendo questão a incidência, em regra, da norma processual nova aos processos em andamento. 2. Em havendo sentença, contudo, principalmente quando a norma processual não é apenas de modificação de competência, mas sobretudo de alteração do regime de formulação da norma jurídica concreta, como no caso do júri, em que a soberania dos veredictos é constitucionalmente assegurada (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c"), com consequências diretas na competência recursal (cfr. Código de Processo Penal, artigo 593, parágrafo 3º), devem reger, como efetivamente regem, a fase recursal do processo as normas vigentes ao tempo da edição daquele decisório. 3. Sendo anterior à Lei nº 9.299/96 a absolvição decretada pela justiça castrense, compete ao Tribunal de Justiça Militar e não ao Tribunal de Justiça o julgamento do recurso de apelação. 4. Habeas corpus concedido." (HC nº 8.984/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 11/05/1999, DJ 16/08/1999, p. 113).

[4] "PROCESSO PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL E JUSTIÇA ESTADUAL COMUM. AÇÃO PENAL EM CURSO. LEI 9.299/1996. APLICAÇÃO IMEDIATA. OS CRIMES PREVISTOS NO ART. 9., DO CODIGO PENAL MILITAR, QUANDO DOLOSOS CONTRA A VIDA E COMETIDOS CONTRA CIVIL, SÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM (LEI 9.299/1996). E, POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI PROCESSUAL (ART. 2., DO CPP), AFASTA-SE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO PENAL EM CURSO. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O MM. JUIZ DE DIREITO DA VARA DO JURI." (STJ. CC nº 17.665/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 27/11/1996, DJ 17/02/1997, p. 2122)

[5] STF. "'Habeas corpus'. Julgamento pelo Tribunal de Justiça exercendo jurisdição penal militar quando já estava em vigor a Lei 9.299/96 que acrescentou parágrafo único ao artigo 9º do C.P.M. Questão de direito intertemporal sobre disposição relativa a jurisdição. - As disposições concernentes a jurisdição e competência se aplicam de imediato, mas, se já houver sentença relativa ao mérito, a causa prossegue na jurisdição em que ela foi prolatada, salvo se suprimido o Tribunal que deverá julgar o recurso. 'Habeas corpus' indeferido." (HC nº 76.380/BA, Rel. Min. Moreira Alves. 1ª Turma. Julgado em 17/03/1998).

Evidentemente, a (in)constitucionalidade da Lei nº 9.299/96 foi arguida perante o Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de controle difuso quanto na modalidade de controle concentrado.

Na Corte Suprema, tanto nas Turmas quanto no Pleno, reconheceu-se que a Lei nº 9.299/99, ao inserir parágrafo único ao art. 9º do Código Penal Militar, segundo o qual "os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão de competência da justiça comum", teve o condão de redefinir a natureza jurídica de tais delitos, até então considerados de natureza militar, como crimes comuns. Atribui-se, ainda, à má redação e técnica legislativas o caráter aparentemente processual da norma, mormente porque a mesma Lei nº 9.299/96, coerentemente, acrescentou o parágrafo 2º ao art. 82 do CPPM, atribuindo competência à Justiça comum para o processamento e julgamento dos mesmos crimes, consoante fundamentação contida no RHC nº 80.718-6/RS do STF. No mesmo sentido é o entendimento de Grinover, Scarance e Magalhães na obra "As nulidades no Processo Penal" (2001, p. 60).

Não obstante a plena eficácia da Lei nº 9.299/96 no âmbito das Justiças Militares estaduais e do Distrito Federal, o legislador constituinte promoveu a tão desejada (e postergada) "Reforma do Judiciário", por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, que alterou significativamente a competência e o funcionamento do Poder Judiciário pátrio, como veremos.

2.2. A Emenda Constitucional nº 45/2004 e as reformas no âmbito da Justiça Militar dos estados e do Distrito Federal

No âmbito das Justiças Militares, a EC nº 45/2004 contemplou somente as Justiças estaduais e do Distrito Federal, ampliando-lhes a competência, inclusive com a inédita abrangência de matéria cível, e introduzindo no texto constitucional as mesmas disposições contidas na Lei nº 9.299/96, ou seja, transferindo para o Tribunal do Júri a competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida e praticados contra civil, quando perpetrados nas hipóteses do artigo 9º do CPM.

E mais, atribuiu ao juiz de Direito (ex-juiz-auditor) a função de presidente dos Conselhos de Justiça (em detrimento[6] dos oficiais superiores da corpora-

[6] "3.3. PRESIDÊNCIA DOS CONSELHOS DE JUSTIÇA - A maior mudança diz respeito à figura do Juiz de Direito (ex - Juiz-Auditor), que passa a ser o Presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos Oficiais Superiores da Corporação, rompendo uma tradição que

ção) e a competência para julgar monocraticamente as ações judiciais contra atos disciplinares militares e os demais crimes militares cometidos contra civis, consoante modificações introduzidas no artigo[7] 125 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Dessa forma, a partir de 30 de dezembro de 2004, a EC nº 45/2004 fulminou qualquer discussão acerca da constitucionalidade (ou legalidade) do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, no âmbito das Justiças Militares estaduais e do Distrito Federal.

Felizmente (ou infelizmente), a Justiça Militar da União foi excluída dessa (primeira) reforma do Judiciário, juntamente com a Justiça Eleitoral, uma vez que não houve consenso no Congresso Nacional (e na Justiça Militar da União e outros órgãos do Governo Federal) acerca das questões pontuais envolvendo essas Justiças e não se desejava postergar, ainda mais, a reestruturação das demais Justiças.

---

vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João VI ao Brasil e a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça (atual STM), em 1º de abril de 1808", "inobstante Inobstante, alguns Estados como Rio de Janeiro, Santa Catarina e o Distrito Federal, já consignavam a figura do Juiz-Auditor como Presidente dos Conselhos de Justiça." ASSIS, Jorge César de. A REFORMA CONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A JUSTIÇA MILITAR – EC nº. 45/2004. Artigo extraído do *site* jusmilitaris. Disponível em: <http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/reformaconstit.pdf>. Acessado: em 22 jun. 2011.

[7] "Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.
(…)
§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela EC nº 45/04).
§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela EC nº 45/04)." (grifei).

2.3. A aplicação da Lei nº 9.299/96 no âmbito da Justiça Militar da União

Desde o início da vigência da Lei nº 9.299/96, o Superior Tribunal Militar declarou, de forma incidental, a inconstitucionalidade dessa lei ordinária no âmbito da Justiça Militar da União, consoante ementado no Recurso Inominado nº 1996.01.006348-5/PE, julgado em 12/11/1996, *verbis*:

> RECURSO INOMINADO - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE 'INCIDENTER TANTUM' - 'EXCEPTIO INCOMPETENTIAE'.
> I - 'EXCEPTIO INCOMPETENTIAE' DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, PARA PROCESSAR E JULGAR CRIME DOLOSO CONTRA VIDA DE CIVIL, EM FACE DA LEI NUMERO 9.299, DE 07.08.96, OPOSTA PELO MPM E REJEITADA, SEM DISCREPÂNCIA DE VOTOS, PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA, PARA O EXÉRCITO.
> II - EM DECORRÊNCIA DE REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO OPOSTA, O 'PARQUET' MILITAR INTERPÔS RECURSO INOMINADO.
> III – DECLARADA, INCIDENTALMENTE, PELO TRIBUNAL A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI NUMERO 9.299, DE 07.08.96, NO QUE SE REFERE AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. NONO, DO CPM E AO 'CAPUT' DO ART. 82 E SEU PARÁGRAFO SEGUNDO, DO CPPM, NA FORMA DO ART. 97, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DO ART. SEXTO, III, DA LEI NUMERO 8.457/92 E DOS ART. QUARTO, III E 65, PARÁGRAFO SEGUNDO, I, DO RISTM.
> IV - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO. V - DECISÃO UNIFORME. (grifei).

Acompanhando tal entendimento esposado pelo STM, no sentido de que a Lei nº 9.299/96 é inconstitucional, são os bem lançados posicionamentos do promotor de Justiça Jorge César[8] de Assis[9], do magistrado Célio[10] Lobão[11],

[8] Comentários ao Código Penal Militar. Parte Geral. 5. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2004, pp. 283-296.

[9] Código de Processo Penal Militar Anotado. Vol. 1. 2. tir. Curitiba: Juruá, pp. 141-144.

do defensor público federal Esdras dos Santos Carvalho[12] e dos professores da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, em São Paulo, major PM Marcello Streifinger[13] e capitão PM Cícero Neves[14].

Divergindo desse entendimento, o Supremo Tribunal Federal, por meio das suas duas Turmas e do Pleno, tem-se posicionado, tanto em sede de controle difuso (RE nº 260.404/MG[15], HC nº 78.320/SP[16], HC nº 76.510/SP[17] e Agravo de Instrumento nº 490.779/DF[18]) quanto na modalidade de controle concentrado (ADIn nº 1494 MC/DF[19]), pela declaração de constitucionalidade da nova redação do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, introduzida pela Lei nº 9.299/96, mesmo antes do advento da EC nº 45/2004.

Pouco se tem comentado que o Pretório Excelso já conheceu da presente matéria em sede de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade (ADIn nº 1.494 MC/DF, Relator Min. Celso de Mello). Em que pese o mérito dessa ADIn ter sido julgado prejudicado, em decorrência da ulterior

---

[10] Direito Penal Militar. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, pp. 111/12.

[11] Direito Processual Penal Militar. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 59.

[12] O Direito Processual Penal Militar numa Visão Garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 90/93.

[13] TRIBUNAL DO JÚRI NA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO. Artigo extraído do *site* do Tribunal de Justiça Militar do estado de São Paulo. Disponível em: <www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art004.pdf>. Acessado em: 27 jun. 2011.

[14] Apontamentos de Direito Penal Militar. Parte Geral. Vol. 1. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 145-156.

[15] STF. RE nº 260.404/MG. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Decisão unânime. Julgamento em 22/03/2001. Publicação no DJ de 21/11/2003.

[16] STF. HC nº 78320/SP. Relator: Min. Sydney Sanches. Primeira Turma. Julgamento em 02/02/1999. DJ de 28/05/1999.

[17] STF. HC nº 76510/SP. Relator: Min. Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgamento em 31/03/1998. Publicação no DJ de 15/05/1998.

[18] STF. AI nº 490779, Relator: Min. Nelson Jobim, julgado em 02/03/2004, DJ de 16/03/2004.

[19] STF. ADIn nº 1494 MC/DF. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julgamento em 09/04/1997. DJ de 18/06/2001.

declaração de falta de legitimidade ativa do requerente (ADEPOL[20]), o pedido de concessão de liminar havia sido negado, no ano de 1997, pelo Órgão Pleno do STF, sob o fundamento de que a Lei nº 9.299/96 estava revestida de aparente constitucionalidade[21].

Em sede de argumentação, caso o mérito da aludida ADIn nº 1.494 tivesse sido julgado, e mantido o entendimento esposado na ocasião do julgamento da medida cautelar (ou seja, pela validade constitucional da Lei nº 9.299/96), tal decisão teria eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal, nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei[22] nº 9.868/99. O fato é que, em 2001, a ADIn nº 1.494/DF foi arquivada, sem julgamento do mérito, e nenhuma outra ADIn ou ADCon foi interposta perante o STF em relação à Lei nº 9.299/96.

Não obstante, em março de 2001, o Pleno do STF decidiu, em sede de Recurso Extraordinário, por unanimidade de votos, pela constitucionalidade, atualidade e aplicabilidade do artigo 9º, parágrafo único, do CPM, e 82, *caput* e § 2º, do CPPM, nos termos seguintes:

> Recurso extraordinário. Alegação de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar introduzido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996. Improcedência.
> No artigo 9º do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que

[20] Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL BRASIL.

[21] "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, PRATICADOS CONTRA CIVIL, POR MILITARES E POLICIAIS MILITARES - CPPM, ART. 82, § 2º, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9299/96 - INVESTIGAÇÃO PENAL EM SEDE DE I.P.M. - APARENTE VALIDADE CONSTITUCIONAL DA NORMA LEGAL - VOTOS VENCIDOS - MEDIDA LIMINAR INDEFERIDA. O Pleno do Supremo Tribunal Federal - vencidos os Ministros CELSO DE MELLO (Relator), MAURÍCIO CORRÊA, ILMAR GALVÃO e SEPÚLVEDA PERTENCE - entendeu que a norma inscrita no art. 82, § 2º, do CPPM, na redação dada pela Lei nº 9299/96, reveste-se de aparente validade constitucional." (STF. ADIn nº 1494 MC/DF).

[22] Lei nº 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

'os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum'.
- Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, CARLOS MAXIMILIANO, 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', 9ª ed., nº 367, ps. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de WILLOUGHBY) o de que 'sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina', não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no 'caput' do artigo 124 da Constituição Federal.
- Corrobora essa interpretação a circunstância de que, nessa mesma Lei 9.299/96, em seu artigo 2º, se modifica o 'caput' do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes 'a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum'. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código - o Penal Militar - que não é o próprio para isso e noutro de outro Código - o de Processo Penal Militar - que para isso é o adequado.
Recurso extraordinário não conhecido. (grifei)
(RE nº 260.404/MG. Relator: Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. Decisão unânime. Julgamento em 22/03/2001. Publicação no DJ de 21/11/2003).

Nessa mesma esteira, fixou-se a competência do Juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ − ação penal nº 2008.510.180.7814-7 − para

processar e julgar os militares federais envolvidos no midiático "caso do morro da Providência", que ocorreu na cidade do Rio de Janeiro/RJ, em 2008, quando 11 militares do Exército Brasileiro − integrantes da força de segurança para o projeto "Cimento Social" – detiveram e conduziram três moradores daquela comunidade para o morro da Mineira, onde foram entregues e mortos pelos integrantes do tráfico da Mineira, rivais dos traficantes da região da comunidade da Providência.

De igual modo, a 2ª Auditoria da 1ª CJM, também sediada na cidade do Rio de Janeiro/RJ, entendeu que lhe falecia competência para processar e julgar os militares do Exército Brasileiro acusados das práticas daqueles homicídios dolosos, ainda que na modalidade de dolo eventual − consultar Feito Ordinário nº 0000066-61.2008.7.01.0201 e HC nº 2009.01.034643-0/RJ na página eletrônica do STM.

Reforçando o entendimento de que a competência para processar e julgar os militares do Exército envolvidos naquele caso (morro da Providência) era da Justiça Federal comum, foram as decisões do TRF da 2ª Região (Recurso em Sentido Estrito nº 2010.51.01.807851-8, Desembargador Federal Messod Azulay Neto, 2ª Turma Especializada, julgado em 16/11/2010) e do STJ (HC nº 132.988/RJ, Ministra Laurita Vaz. Quinta Turma, julgado em 03/05/2011).

Portanto, em que pese o respeitoso aresto exarado pelo STM (Recurso Inominado nº 1996.01.006348-5/PE) no distante ano de 1996, o recente posicionamento da Justiça Militar da União de 1º grau e do Supremo Tribunal Federal tem sido da prevalência da Justiça Federal em detrimento da Justiça Militar da União, nos crimes dolosos contra a vida e praticados contra civil, por força do disposto nos mencionados artigos 9º, parágrafo único, do CPM, e 82, *caput* e § 2º, do CPPM.

2.4. Das inovações legislativas no âmbito da Justiça Militar da União

Consoante asseverado, o Projeto de Emenda Constitucional que tratava da Reforma do Judiciário (PEC nº 29) foi aprovado em sua parcialidade, que resultou na EC nº 45/2004. As matérias restantes (incluindo competência e estrutura da Justiça Militar da União) receberam algumas modificações e emendas no Senado Federal e, por isso, foram destacadas da referida PEC nº 29, retornando à Câmara dos Deputados para nova votação de revisão.

De acordo com o atual texto da nova proposta, agora denominada PEC[23] nº 358/2005, a Justiça Militar da União apenas será modificada na quantidade e origem dos ministros que integram o STM e, ainda, terá ampliada a competência para conhecer e exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.

De outra sorte, a não alteração da competência e estrutura de funcionamento da Justiça Militar da União por meio da EC nº 45/2004 não pode (nem deve) ser compreendida como revogação tácita do artigo 9º, parágrafo único, do CPM, ou, pela lógica reversa, como autorização (tácita) para que os crimes dolosos contra a vida e praticados contra civil, nos termos do artigo 9º do CPM, voltassem à competência da Justiça Militar da União (ou continuassem sob tal competência).

Se tal raciocínio exegético – defendido por alguns operadores do Direito Militar – fosse plausível, as novéis alterações legislativas promovidas pelo Congresso Nacional, no último dia 24 de maio de 2011, com a aprovação do Projeto[24] de Lei nº 6.615-C, de 2009, teriam o condão de renovar a validade e a eficácia do parágrafo único do artigo 9º do CPM, haja vista que o legislador pátrio deliberou, novamente, acerca dessa matéria, realizando pequena adaptação à mencionada norma.

---

[23] A PEC nº 358/2005, que pretende alterar dispositivos dos arts. 21, 22, 29, 48, 93, 95, 96, 98, 102, 103-B, 104, 105, 107, 111-A, 114, 115, 120, 123, 124, 125, 128, 129, 130-A e 134 da Constituição Federal e dar outras providências, acrescenta os arts. 97-A, 105-A, 111-B e 116-A. Já recebeu três requerimentos, no ano de 2011, para inclusão na ordem do dia do plenário da Câmara dos Deputados, *verbis*:
"(...) Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de onze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo dois dentre oficiais-generais da Marinha, três dentre oficiais-generais do Exército, dois dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e quatro dentre civis.
Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, sendo:
I – dois dentre juízes-auditores;
II – um dentre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;
III – um dentre membros do Ministério Público Militar."
"Art. 124. À Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas. (...)" (grifei)

[24] Página eletrônica da Câmara Federal. Projeto de Lei nº 6.615-C, de 2009 (Origem PLS nº 218/2009): http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=464191.

Com efeito, ratificou-se, pela via democrática representativa, a vontade popular de se manter a competência da Justiça comum para processar e julgar os militares (federais e estaduais) que pratiquem crime doloso contra a vida de civil, exceção feita ao contexto de ação militar realizada na forma do Código Brasileiro de Aeronáutica, *verbis*:

> COMISSÃO de CONSTITUIÇÃO e JUSTIÇA e de CIDADANIA
> REDAÇÃO FINAL
> PROJETO DE LEI nº 6.615-C de 2009.
> Estabelece a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes praticados no contexto do art. 303 da lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica, alterando o parágrafo único do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar.
> O CONGRESSO NACIONAL decreta:
> rt. 1º O parágrafo único do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar, passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 9º .....
> Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica. (NR)
> Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
> Sala da Comissão, em
> Deputado JOÃO PAULO CUNHA
> Presidente
> Deputado MENDES RIBEIRO FILHO
> Relator.

Tal projeto de lei, que teve origem no Senado Federal sob a rubrica PLS nº 218/2009, aguarda a sanção presidencial desde o dia 08/06/2011 (remessa à sanção por meio da Mensagem nº 16/11). As movimentações legislativas do mencionado Projeto de Lei nº 6.615-C, de 2009, podem ser acompanhadas na página eletrônica da Câmara dos Deputados[25].

[25] www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhes.asp?id=464191

Desse modo, o legislador ordinário modificou, novamente, o parágrafo único do art. 9º do CPM, sem fazer ressalva de que tal dispositivo deveria ser aplicado somente às Justiças Militares estaduais, como defendem alguns operadores do direito castrense. Portanto, ratificou-se, pela via legislativa, que os crimes de que trata o artigo 9º do CPM, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça comum.

Na via legislativa (Congresso Nacional), além da PEC nº 358/2005, continuam a tramitar alguns projetos de lei que pretendem alterar, ainda mais, a redação do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, nos termos seguintes:

> Parágrafo único. Ressalvada a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes de que trata esse artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, são considerados crimes comuns os cometidos pelos militares das Forças Armadas, pelos policiais militares e pelos bombeiros militares contra civil no exercício do poder de polícia para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. (Substitutivo[26] ao Projeto de Lei nº 2.014-C, de 2003).

> Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios contra civil, serão de competência do Tribunal do Júri. (Projeto[27] de Lei nº 2.014-C, de 2003).

Inobstante as futuras modificações legislativas, atualmente, diversos doutrinadores têm aceito e consignado que, diante dos firmes e sucessivos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a autoridade judiciária que se defrontar com os autos de inquérito policial militar, em que se apurou a materialidade de crime doloso contra a vida e

[26] Página eletrônica da Câmara Federal. Substitutivo ao Projeto de Lei nº 2.014-C, de 2003 (Origem PL nº 1.837, de 2003): http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=426127&filename=Tramitacao-PL+2014/2003.

[27] Página eletrônica da Câmara Federal. Projeto de Lei nº 2.014-C, de 2003. última movimentação na CCJC, em 24/05/2011. Origem PLS 132/2000: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=133856&ord=1.

cometido por militar contra civil, deverá encaminhá-los à Justiça comum (Federal ou Estadual), nos termos do artigo 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar, e artigo 82, *caput* e § 2º, do Código de Processo Penal Militar.

Nesse sentido, são as seguintes lições doutrinárias de Eugênio Pacelli (obra Curso de Processo Penal. 7. ed.); Ada Pelegrini (obra As nulidades no Processo Penal. 7. ed.); Scarance Fernandes (obra Processo Penal Constitucional. 2. ed.); Paulo Rangel (obra Direito Processual Penal. 7. ed.); Denilson Feitoza (obra Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis. 5. ed.); e Mougenot (obra Curso de Processo Penal. 3. ed.), *verbis*:

> 7.6 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR E DA JUSTIÇA ELEITORAL (…) b) a Lei n. 9.299/96, alterando o disposto no art. 9º do CP Militar, prevê a competência da Justiça Comum (federal[28] ou estadual) para o julgamento de crimes dolosos contra vida praticados por militar contra civil, estando ou não de serviço; (...) (grifei). (OLIVEIRA, 2007, pp. 228/9).
>
> A Lei nº 9.299/1996 também incluiu o parágrafo único no art. 9º. O objetivo foi o de passar os crimes dolosos contra a vida previstos no CPM (por exemplo, homicídio e auxílio a suicídio) para o Tribunal do Júri, quando praticados por militares contra civil, independente de o militar estar de serviço ou não. Doravante, somente há crime militar de homicídio doloso na hipótese de militar (da ativa) contra militar (da ativa). (grifei). (PACHECO, 2008, p. 336).
>
> Porém, ao entrar em vigor a lei nº 9.299/96, os atos posteriores a esta vigência devem ser praticados perante aquele que tem competência para tal, sem prejuízo da validade dos atos anteriores. Desta forma, entendemos que há deslocamento de competência da Justiça Militar para a Justiça Comum (Tribunal do Júri), mesmo para os processos em andamento. (grifei). (RANGEL, 2003, pp. 315/6).

[28] Acerca da competência do Tribunal do Júri Federal (em detrimento do Estadual) para conhecer do presente caso, é o pacífico entendimento jurisprudencial do STF (HC nº 79.044/RJ) e do STJ (CC nº 19.140/RJ, CC nº 5.350/AC e CC nº1679/RJ).

É o que também notou José Jesus Cazetta Júnior[29], acentuando que, em face da competência privativa da Justiça Militar para julgar todos os crimes militares, os delitos praticados com armamento militar e os crimes de homicídio [doloso] praticados por militar contra civis perderam a natureza de crime militar.
[…]
Tornou-se controvertido o § 2º, acrescido ao art. 82 [do Código de Processo Penal Militar]. Como a Constituição Federal, em seu art. 144, § 4º, atribui às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações, exceto as militares, a ela incumbiria a investigação dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, pois deixaram eles de ser crimes militares. Assim, não haveria motivo algum para que o inquérito fosse presidido por policiais militares e só ao final fossem os autos remetidos pela Justiça Militar à Justiça comum. (grifei). (SCARANCE, 2000, pp. 144/45).

A Lei n. 9.299/96, que alterou o art. 9º do Código Penal Militar, acrescentando-lhe o parágrafo único, transferiu a competência para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil para a justiça comum. (BONFIM, 2008, p. 221).

Não foi feliz o legislador com essa redação. […] Deveria então ter deixado claro que o homicídio contra civil não era mais crime militar. Só assim estaria a alteração em estrita consonância com o texto constitucional que exclui da competência da Justiça castrense somente crimes não-militares (art. 124 e 125, § 4º). Não foi esse o caminho seguido. (…) Para harmonizar essa regra com o preceito constitucional, deve-se entender que, ao ser afirmada a competência da Justiça comum para o julgamento dos homicídios contra civil, a lei declarou que tais crimes não se enquadram mais entre os crimes militares do art. 9º, ainda quando ocorra uma das situações previstas em suas alíneas." (grifei). (GRINOVER, SCARANCE, e MAGALHÃES, 2001, pp. 60/61).

[29] Modificações na competência da Justiça Militar e o princípio do juiz natural (apontamento sobre a Lei 9.299/96), Revista dos Tribunais, v. 735, p. 452.

Oportuno registrar que, na 2ª edição da obra de Direito Processual Penal Militar - Justiça Militar Federal e Estadual, publicada no ano de 2010, o magistrado Célio Lobão[30], provavelmente aquiescendo com os argumentos jurisprudenciais e doutrinários já transcritos, tem entendido que "impõe-se a imediata revogação do citado parágrafo único, a fim de manter a competência da Justiça Militar federal, para processar e julgar os integrantes das Forças Armadas, no crime de homicídio doloso contra civil"[31] (grifei).

E mais, assevera Célio Lobão que, na situação atual, a autoridade militar competente não deverá ordenar o abate de avião que invadir o espaço aéreo brasileiro, recusando-se a identificar-se e a obedecer à ordem de pousar. Se o fizer, a autoridade militar e o piloto poderão ser levados às barras do Tribunal do Júri [Federal[32]] da cidade [que seja sede de Vara Federal] em cujo espaço aéreo [correspondente] o avião foi abatido[33].

Diante de tão claro reconhecimento da atual existência, validade e eficácia do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar e artigo 82, *caput* e § 2º, do Código de Processo Penal Militar, e das ponderadas preocupações trazidas a lume por Célio Lobão − reproduzindo as vozes da maioria dos operadores e destinatários do direito castrense federal − a via democrática foi devidamente movimentada pelas autoridades competentes, obtendo-se do Congresso Nacional a aprovação do mencionado Projeto[34] de Lei nº 6.615-C, de 2009, que realizou pequena alteração à mencionada norma, trazendo tranquilidade aos responsáveis pela defesa do nosso espaço aéreo e aos brasileiros destinatários dessa segurança.

---

[30] O autor Célio Lobão, *op. cit.*, posiciona-se pela inconstitucionalidade da Lei nº 9.299/96. Todavia, na sequência da exposição dos motivos que lhe trazem essa opinião pessoal, aduz que o mencionado parágrafo único do artigo 9º do CPM e o art. 82, *caput* e § 2º, do CPPM, devem ser revogados para ser restabelecer a competência da Justiça Militar.

[31] Direito Processual Penal Militar. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 187.

[32] Acerca da competência do Tribunal do Júri Federal (em detrimento do Estadual) para conhecer do presente caso, é o pacífico entendimento jurisprudencial do STF (HC nº 79.044/RJ) e do STJ (CC nº 19.140/RJ, CC nº 5.350/AC e CC nº1679/RJ).

[33] LOBÃO, Célio. Direito Processual Penal Militar. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 187.

[34] Página eletrônica da Câmara Federal. Projeto de Lei nº 6.615-C, de 2009 (Origem PLS nº 218/2009): http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=464191.

Por fim, desconheço qualquer manifesto, artigo ou obra literária que enumere ainda que incidentalmente, os prejuízos causados à hierarquia e à disciplina das Polícias Militares e à administração da Justiça castrense dos estados e do Distrito Federal, pelo advento do art. 125, § 4º da CRFB. Será que ser julgado pelo júri popular (em que a apreciação das provas é feita pelos jurados com base em suas íntimas convicções), em detrimento do julgamento técnico, tem proporcionado, na maior parte das vezes, vereditos interessantes aos agentes do Estado e a consequente simpatia e preferência destes pelo júri? Será que a intolerância exacerbada das camadas sociais que mais sofrem com a violência e a nossa (ainda primitiva) cultura popular de que "bandido bom é bandido morto" ou "polícia que mata ladrão não faz mais que sua obrigação" têm sido o mote para tal aceitação (e até preferência)?

3. CONCLUSÕES

Completados 15 anos de vigência e críticas à Lei nº 9.299/96, a jurisprudência do STF e do STJ, o recente posicionamento da 2ª Auditoria da 1ª CJM, no conhecido caso do "morro da Providência", as modificações legislativas introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e pelo Projeto de Lei nº 6.615-C, de 2009, e, ainda, a doutrina especializada têm-se posicionado no sentido de que, inobstante a má técnica[35] legislativa de que padece a citada lei, os crimes militares de que tratam o artigo 9º do CPM, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da Justiça comum (federal ou estadual), uma vez que, de forma implícita, tais delitos foram excluídos do rol dos crimes considerados de natureza militar, nos termos do citado parágrafo único do art. 9º, compatibilizando-o, assim, com o disposto no *caput* do artigo 124 e inciso IV do artigo 109, ambos da Constituição Federal.

Inobstante as respeitáveis vozes que alegam a inconstitucionalidade dessa norma híbrida (penal e processual penal), temos que, há 15 anos, o parágrafo único do artigo 9º do CPM e o artigo 82, *caput* e § 2º, do CPPM têm alcançado os planos da existência, da validade normativa e, ainda, da eficácia jurídica, consoante o entendimento firmado e ratificado pelo Supremo Tribunal Federal.

[35] GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no Processo Penal. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

Portanto, se os comandos normativos introduzidos pela Lei nº 9.299/96 têm proporcionado instabilidades ou óbices à administração das Justiças Militares brasileiras e/ou às instituições militares (federais e estaduais), o caminho (democrático) a ser buscado, no atual contexto de consolidação da citada norma, é o da via legislativa, a fim de se obter a expressa revogação ou modificação dos famigerados parágrafo único do artigo 9º do CPM e artigo 82, *caput* e § 2º, do CPPM, elidindo, dessa forma, violações ao sagrado princípio da legalidade e desgastantes esforços interpretativos para "justificar" a competência dessa ou daquela Justiça.

Certamente, a aprovação das mencionadas proposta legislativas (PEC nº 358, de 2005 e PL 2.014-C, de 2003), em tramitação no Congresso Nacional, é a solução mais adequada e imediata à pacificação dos debates jurídicos e à uniformização na aplicação da lei penal militar acerca da competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militar e contra civil.

4. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. **Comentários ao Código Penal Militar**. Parte Geral. 5. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2004.

ASSIS, J. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Vol. 1. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

ASSIS, J. **A reforma constitucional do Poder Judiciário e do Ministério Público e a Justiça Militar** – EC nº. 45/2004. Artigo extraído do site jusmilitaris. Disponível em: <www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/reformaconstit.pdf>. Acessado: em 22 jun. 2011.

BONFIM, E. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

CARVALHO, E. **O Direito Processual Penal Militar numa Visão Garantista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S. e GOMES FILHO, A. M. **As nulidades no Processo Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LOBÃO, C. **Direito Penal Militar**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOBÃO, C. **Direito Processual Penal Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1. ed. 2. tir. Vol. III. São Paulo: Ed. Bookseller, 1998.

NEVES, C. R. C.; e STREIFINGER, M. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. Parte Geral. Vol. 1. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

NUCCI, G. S. **Código de Processo Penal Comentando**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, RT, 2006.

OLIVEIRA, E. P. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PACHECO, D. F. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed. Niterói: Ed. Impetus, 2008.

RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

SCARANCE, A. F. **Processo Penal Constitucional**. 2. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009.

STREIFINGER, M. **Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado**. Artigo extraído do site do Tribunal de Justiça Militar do estado de São Paulo. Disponível em: <www.tjmsp.jus.br/exposicoes/art004.pdf>. Acessado em: 27 jun. 2011

TOURINHO FILHO, F. C. **Prática de processo penal**. 24. ed. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Estatuto da Criança em contexto de conflito armado

Ana Paula Pinto Lourenço
Professora da Universidade Autónoma de Lisboa.
Professora do Instituto Manuel Teixeira Gomes.
Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

RESUMO: A criança[1], mercê do facto de se encontrar num estádio em que ainda se desenvolve a sua personalidade, encontra-se mais sensível às influências do meio exterior e mais permeável às pressões que dele possam advir. Por essa razão, carece de uma educação e formação especiais que lhe ensinem os valores de convivência social, da paz, do respeito por regras comunitárias e intersubjectivas e, porque é incapaz de, por si, suprir as suas necessidades de alimentação e de defesa, mostra-se mais dependente dos adultos e carece de maiores de cuidados.

Em 1990 entrou em vigor, na ordem jurídica internacional, a CDC. Trata-se de um instrumento jurídico de DIDH que lhe é inteiramente dedicado e que pretende tornar universal o reconhecimento das necessidades especiais das pessoas até aos 18 anos, estabelece determinados princípios que devem reger toda e qualquer intervenção relativas às crianças e impõe aos Estados o empenhamento na defesa desses direitos.

A atenção de que necessita a criança terá de ser redobrada nos conflitos armados onde aos cuidados exigidos pela fragilidade natural da sua condição se juntam os cuidados suplementares exigidos pela exposição a um ambiente violento, hostil, destruidor das regras de salutar convivência social, que são substituídas por outras inerentes ao pré-conflito, ao conflito e ao pós-conflito.

[1] Utilizar-se-á a designação de «criança» para referir todo o ser humano, desde o nascimento até aos 18 anos, tal como vem descrita no art. 1.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, embora fosse preferível que, à semelhança da legislação portuguesa, houvesse uma distinção entre criança e jovem, por não ser possível assimilar, a uma categoria uniforme, os vários estádios de desenvolvimento por que passa o ser humano entre os zero e os 18 anos de idade.

Neste texto pretende avaliar-se em que medida os princípios da CDC encontram eco nos instrumentos internacionais de DIDH e, mais especificamente, de DIH, quando se trate de crianças que se encontrem envolvidas nos conflitos armados como participantes, isto é, como «crianças-soldado». Trata-se, em suma, de verificar, nesta dicotomia, se a comunidade internacional faz prevalecer a sua qualidade de criança, ou de soldado.

PALAVRAS-CHAVES: estatuto da criança-soldado; Incorporação/recrutamento/alistamento; participação directa e indirecta nas hostilidades;

ABSTRACT: The child[2], during the process of attaining maturity, is particularly sensitive to outside influences and the pressures that may extend from them. Therefore he or she needs a distinctive education that will teach them the values of living in society of peace and respect for social and interpersonal rules.

In 1990, the CRC came into effect in the international judicial order. It is a judicial instrument of IHRL; which is entirely dedicated to the child and which aims to recognise universally the particular needs of under-18s, establishes the principles that must inform each and every intervention regarding children and requires the different states to endeavour to defend those rights.

In this text I intend to evaluate the length to which the principles of the CRC resonate in the international instruments of the IHRL, and in particular of IHL, when dealing with children involved in armed conflicts as participants, that is, as "child-soldiers". In summary, I intend to verify if, in this dichotomy, the international community gives precedence to their rights as a child, or as a soldier.

KEYWORDS: status of child soldiers; incorporation/recruitment/enlisting; direct and indirect participation in hostilities.

SUMÁRIO: 1. Em busca de um enquadramento legal: O Estatuto da Criança-Soldado – 2. Instrumentos internacionais e a defesa da criança, anteriores à Convenção sobre os Direitos da Criança – 2.1. Direitos Humanos – 2.1.1. Instrumentos universais – 2.1.2. Instrumentos regionais – 2.2. Direito Humanitário – 3. O advento da Convenção sobre os Direitos da Criança – 3.1. O Princípio do Superior Interesse da Criança, enformador de qualquer actuação que envolva menores – 3.2. Normas da CDC que referem expressamente a protecção das crianças nos conflitos armados

[2] The word "child" being used in reference to any human being, from birth to their 18th birthday, as described in art. 1.º of the Convention on the Rights of the Child. It would be preferable if, similarly to Portuguese legislation, there was a differentiation between child and youth, since it is impossible to assimilate, in an uniform category, the various stages of development that human beings go through from 0 to 18 years of age.

– 3.3. Normas que não referem especialmente a protecção em conflitos armados – 4. Relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário – O caso particular dos direitos da criança – 5. A protecção da criança-soldado no Direito Internacional – 5.1. Algumas questões particulares – 5.1.1. Introdução – 5.1.2. O conceito de criança-soldado – 6. A incorporação nas forças beligerantes. O recrutamento e o alistamento: entre o preciosismo das palavras e a materialidade dos conceitos. Crítica ao conceito de voluntariedade da incorporação – 6.1. Recrutamento e alistamento – 6.1.1. Idade e maturidade para decidir da incorporação – 6.1.2. As circunstâncias – 7. A participação nas hostilidades: da possibilidade de incorporar crianças, da idade prevista e do tipo de participação permitida – 7.1. Da idade de incorporação – 7.2. Participação directa e indirecta nas hostilidades – 8. Administração de justiça a crianças que participem nos conflitos – 8.1. A incompetência do Tribunal Penal Internacional para julgar menores de 18 anos – 8.2. A pena de morte: proibição de pronúncia/aplicação ou proibição de execução? – 9. Conclusão – 10. Referências

1. EM BUSCA DE UM ENQUADRAMENTO LEGAL: O ESTATUTO DA CRIANÇA -SOLDADO

Se se olhar para a História, verifica-se, sem grandes dificuldades, que a criança[3] foi até recentemente olhada como um adulto em miniatura, embora despojado dos direitos dos adultos, porque objecto da patria potestas[4] praticamente absoluta.

Pode afirmar-se, sem exageros, que o aparecimento da categoria «criança», enquanto titular de direitos próprios, é uma conceptualização recente. De facto, apenas no início do séc. XX os Estados cuidaram de produzir legisla-

[3] Segundo a definição do art. 1.º da CDC, «criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo». É esta a terminologia que se utilizará, por questões práticas, não obstante a discordância com os moldes excessivamente abrangentes em que é definida aquela categoria.

[4] Poder Paternal, na nomenclatura clássica, hoje erradicada do Código Civil, porquanto, se esta terminologia era consentânea com o conteúdo daquele poder funcional até meados do séc. passado, certo é que, hoje, se encontra desfasada da realidade legislativa da maioria dos Estados, incluindo Portugal. Não obstante, a nova terminologia adoptada - «responsabilidades parentais» - , continua a não ser integralmente satisfatória, por enfatizar apenas a obrigação de cuidados e protecção que lhe é inerente, desprezando a vertente de exercício de autoridade que tem sido relacionada com o aumento da criminalidade infanto-juvenil. Sobre o desenvolvimento histórico deste poder desde a Idade Antiga à Idade Contemporânea ver, por todos, BURGOA, José A. Pala, La Convención de Los Derechos del Niño, pp. 21 a 58;

ção específica para «os menores», sendo Portugal pioneiro, logo em 1911[5]. Segundo alguns autores, o fenómeno que subjaz a esta «invenção» da criança terá sido o advento do capitalismo, que possibilitou as condições sociais e económicas para o desenvolvimento do sentimento de ternura pela criança[6] e a preocupação com as condições de desumanidade vividas por estas no meio laboral. Foi, de resto, no seio da OIT, criada em 1919 juntamente com a Sociedade das Nações, que surgiram as primeiras normas de protecção da criança. Naquele mesmo ano foi aprovada uma Convenção que estabelecia a idade mínima para a admissão das crianças ao trabalho, seguindo-se outras que proibiam o trabalho nocturno das crianças em fábricas e a idade mínima de admissão no trabalho marítimo. Por outro lado, surgem discursos e saberes específicos, nomeadamente a pediatria, a pedagogia, a psicologia infantil e a puericultura, cujos discursos foram legitimados pela necessidade sentida de adaptar aquele conceito à nova sociedade.

O novo olhar reclamou normas adaptadas à sua condição de criança e não a mera extensão, àquela, dos direitos humanos reconhecidos a qualquer ser humano pelo simples facto de existir.

A emergência de um estatuto diferenciado da criança face ao do adulto, inicialmente positivada nos Estados, veio a ter eco nas instâncias internacionais que começaram a introduzir, em vários instrumentos internacionais, quer de DIDH, quer de DIH, normas esparsas que lhes eram especialmente dirigidas e, por fim, lhes dedicaram instrumentos inteiros.

Porém, ao contrário do que seria expectável, atenta esta crescente sensibilidade da comunidade, dos Estados e da comunidade internacional para

[5] A Lei de Protecção de Infância de 1911, a vários títulos inovadora, lança os princípios que ainda hoje enformam toda a actuação junto de menores, cria pela primeira vez Tribunais de Menores com competência até aos 16 anos – as Tutorias de Infância - apelando à participação da comunidade nestes tribunais, uma vez que dela faziam parte, para além de um juiz togado, dois juízes sociais, sendo um médico e o outro professor. Cfr. SANTOS, Beleza dos Travaux Préparatoires du Congrès Pénal Pénitenciaire International de Prague, p.4 de 1930 ; SANTOS, Beleza dos, «Regime Jurídico dos Menores Delinquentes em Portugal», BFDC, Ano VIII, n.º71, 1903-1925; BÁRBARA, Madeira, «O Direito Penal e os Jovens Delinquentes, Decreto-lei n.º 401/82 de 23 de Setembro» RMP, Ano 4, Vol. 15, pp. 10 e ss.; FONSECA, Manuel Baptista Dias da, Menores, Legislação Civil, Penal e Administrativa, Coimbra Editora, p. 149.

[6] SEBASTIÃO, João, Crianças da Rua, Modos de Vida Marginais na Cidade de Lisboa, Celta Editora, Oeiras, 1998, p.17.

com os direitos das crianças, as fileiras das forças beligerantes continuam a crescer todos os dias com crianças-soldado.

Quer a incorporação nas forças beligerantes fique a dever-se a adesão não coerciva – pela persuasão ou pela instrumentalização - quer aquela se deva ao exercício de pressão sobre as famílias, de ameaça ou de rapto, as crianças-soldado estão onde quer que haja conflitos armados. E não apenas nas fileiras de grupos armados não estatais, mas também nas forças armadas de alguns países[7].

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E A DEFESA DA CRIANÇA, ANTERIORES À CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

2.1. Direitos Humanos

2.1.1. Instrumentos universais

«Mulheres e crianças primeiro» é uma conhecida expressão utilizada nos naufrágios. Para que, no que às crianças concerne, se tornasse válida para além desse contexto, foi necessário um longo périplo que se exporá sucintamente, aflorando os vários instrumentos internacionais, quer de DIDH, quer de DIH, referindo algumas normas dedicadas à criança, que serão desenvolvidas nos capítulos próprios subsequentes com o intuito de apresentar uma panorâmica geral sobre os avanços e recuos no que tange à matéria.

O primeiro instrumento internacional exclusivamente dedicado aos direitos da criança é a Declaração de Genebra, de 1924. O seu impulso e redacção

[7] Tal é o caso do Reino Unido. O Relatório da Amnistia Internacional, de 2002, refere que «nos finais de 2001, o Reino Unido não tinha ainda ratificado o Protocolo Facultativo à Convenção dos Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados. Menores de 18 anos foram enviados para a Macedónia e utilizados na intervenção militar no Afeganistão. Em Junho foi proferido um veredicto de morte acidental no inquérito à morte de Wayne Richards, um recruta de 17 anos morto a tiro num treino em Março de 2001», p. 121. Segundo o relatório de 2003, em 2002 o Reino Unido continuava sem ratificar o referido protocolo, mas tomou medidas para que nenhum menor de 18 anos tomasse parte em «operações hostis» fora do Reino Unido e para que fossem retirados ou substituídos nas operações «em que fosse previsível uma probabilidade de eles terem que tomar parte em, ou serem postos em risco por, hostilidades», p. 147. Ainda recentemente, em 2002, e a despeito dos esforços da Comunidade Internacional, alguns países ocidentais enviavam para a frente de batalha menores de 18 anos.

coube a Englantyne Jebb[8]. De reduzido conteúdo, resumia, em cinco princípios de natureza pragmática, a necessidade de garantir uma protecção especial à criança. Apesar de a sua origem se ficar a dever a um organismo não estatal[9], a Declaração de Genebra foi aprovada pela Sociedade das Nações em 26 de Setembro de 1924, marcando a acção daquela sociedade como arauto da defesa dos direitos das crianças.

A II Guerra Mundial prejudicou o processo de concretização de uma mais ampla, integral e eficaz protecção daqueles direitos, que só vieram encontrar um novo fôlego com a criação da UNICEF, em 1946.

Em 1959, a ONU adoptou uma nova Declaração dos Direitos da Criança[10], que se limitou a ampliar o conteúdo da de 1924. Tratava-se, no entanto, de uma declaração e, por conseguinte, não vinculava os Estados signatários, formulando um conjunto de dez princípios que estes deveriam ter em consideração.

O Ano Internacional da Criança, comemorado sob a égide da ONU em 1979, marca o início do processo que levaria a que, em 1989, os Estados, sob o impulso da Polónia, adoptassem em 1989 o primeiro instrumento internacional vinculativo sobre direitos fundamentais da criança: a Convenção Sobre os Direitos da Criança[11] (CDC) Seguiram-se-lhe outras Convenções, de carácter mais específico, como a Convenção sobre o Exercício dos Direitos da Criança, de 1990, instrumento que visa, sobretudo, salvaguardar as crianças submetidas a processos judiciais[12].

---

[8] Fundadora da UISE – Union Internationale de Secours aux Enfants.

[9] UISE.

[10] http://afilosofia.no.sapo.pt/cidadania1a.htm.

[11] Resolução n.º 44/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de Novembro de 1989. A CDC foi aberta à assinatura dos Estados em 1990 e entrou em vigor na Ordem Internacional em 2 de Setembro de 1990. Foi assinada por Portugal em 6 de Janeiro de 1990, entrando em vigor na ordem interna em 21 de Outubro do mesmo ano. É a Convenção que apresenta maior número de ratificações. De 26 de Janeiro de 1990 a Dezembro de 1993, já tinha sido ratificada por 155 estados, conta actualmente com 192 EP. Apenas dois não a ratificaram: Os Estados Unidos da América e a Somália. Cfr. Lista completa dos EP e respectivas datas de assinatura e entrada em vigor em http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_10.pdf.

[12] Assinada pelos Estados Membros do Conselho da Europa em 25 de Janeiro de 1996.

Não obstante o que acaba de dizer-se, a especial atenção devida às crianças encontrava-se já prevista nalgumas normas espalhadas por instrumentos internacionais de Direitos Humanos de carácter genérico, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948[13], ou os Pactos Internacionais de 1966 (Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[14] e Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais[15]).

2.1.2. Instrumentos regionais

Na Europa, a CEDH, de 1950, alude à criança (a que apelida de menor) apenas por referência às condições em que pode ser privada de liberdade[16].

---

[13] Neste instrumento, a criança tem uma presença vaga, limitando-se a DUDH a reconhecer, em termos absolutamente generalistas, o direito a «ajuda e assistência especiais». O carácter genérico é acentuado pela opção da categoria «infância» em detrimento da subjectivação dos demais instrumentos, que utilizam sempre «criança».

[14] Nomeadamente, proibia a pronúncia de pena de morte relativamente a crimes praticados por menores de 18 anos. O mesmo pacto prescrevia a celeridade nos processos judiciais em que os arguidos fossem menores e a publicidade das sentenças, excepto quando o interesse do menor o desaconselhasse e, quando condenado, exigia a sua separação dos adultos, porquanto adoptou como prioridade a readaptação social dos menores condenados. Como grande princípio, reconhecia o direito de todo o menor «a medidas de protecção que a sua condição de menor requer, tanto por parte da família como da sociedade e do Estado».

[15] No art. 10.º, n.º 3, reitera o plasmado na Convenção de 1919 aprovada no seio da OIT, que exigia o estabelecimento de uma idade mínima para admissão à indústria. Os EP reconhecem a necessidade de estabelecer esse limite para todo e qualquer «emprego de mão-de-obra infantil», de tomar medidas especiais de protecção de crianças e adolescentes para protegê-los contra a exploração económica e social, devendo sancionar a sua utilização em «trabalhos de natureza a comprometer a sua moralidade ou saúde, capazes de pôr em perigo a sua vida ou de prejudicar o seu desenvolvimento normal». Tratando o presente trabalho de utilização de crianças-soldado, não poderá olvidar-se estas normas porquanto a sua utilização em conflitos não pode deixar de caber naquela previsão. A designação de «adolescentes» tem sido criticada, uma vez que não foi definida por qualquer convenção, o que traz problemas de interpretação e, por conseguinte, de concretização, atento o facto de ser uma nomenclatura não jurídica, de designar uma faixa etária variável e não ser reconhecida por todos os ordenamentos.

[16] Permitida quando «feita com o propósito de educar o menor sob vigilância, ou a sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente» [Art. 5.º, n.º1, alínea d)]. Embora ulteriormente à CDC, a UE tem-se envolvido na defesa dos direitos das crianças, quer assumindo a promoção e protecção dos direitos das crianças como uma prioridade (Directrizes da UE sobre os Direitos da Criança e os Conflitos Armados), quer tomando posição sobre situações concretas de conflitos armados, através de Resoluções e Posições Comuns, quer participando activamente, financiando projectos de auxílio às crianças envolvidas em conflitos armados.

Por seu turno, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos[17] expressa o dever de não imposição de pena de morte a quem, no momento da prática do delito, seja menor de 18 anos[18], impõe a celeridade no tratamento dos seus processos, a garantia de separação dos adultos enquanto «processados» e o julgamento por tribunal especializado[19]. Em termos genéricos, reconhece, no art. 19.º, o direito de toda a criança a medidas de protecção que a sua condição de menor requer, por parte da família, da comunidade e do Estado. Norma de extraordinário relevo é a que explicita o carácter indubitável e absolutamente imperativo e inderrogável dos direitos das crianças consagrados no atrás referido artigo, subtraindo-os expressamente[20] do catálogo de garantias passíveis de serem suspensas pelos EP em caso de guerra, de perigo público ou de qualquer outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte.

A Carta Africana dos Direitos do Homem[21] não faz qualquer referência, ainda que indirecta, à protecção da criança.

2.2. Direito Humanitário

Das quatro Convenções de Genebra, na redacção resultante da revisão de 1949, apenas a IV, relativa à protecção das pessoas civis em tempo de guerra, se refere às crianças, o que se estranha, atento o facto de que não poderia desconhecer-se, nem a participação das crianças nos conflitos, nem a Declaração dos Direitos das Crianças de 1924. Assim, da ausência literal da criança dos textos das Convenções de Genebra, a conclusão possível é a de que, perante aqueles textos, à época, quer enquanto civis, quer enquanto combatentes, ela seria indistintamente tratada como qualquer outra pessoa.

---

[17] Adoptada em 22 de Novembro de 1969 pela Conferência Inter-Americana especializada em Direitos Humanos em São José da Costa Rica.

[18] Art. 4.º, 5.º parágrafo.

[19] Art. 5.º, 5.º parágrafo.

[20] Art. 27.º, 2.º parágrafo.

[21] Adoptada pela 18.ª Conferência dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados Africanos membros da Organização de Unidade Africana a 26 de Junho de 1981, em Nairobi, Quénia, entrou em vigor na ordem internacional em 21 de Outubro de 1986.

Em 1977, foram adoptados dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra, ambos versando a protecção de vítimas de conflitos armados Internacionais (PA I) e Não Internacionais (PA II).

Embora sendo um instrumento da ONU, ressalve-se a Declaração sobre a Protecção da Mulher e da Criança em Estados de Emergência e de Conflito Armado, de 1974[22], que peca por não distinguir entre criança civil e criança-soldado, denotando o texto um claro pendor a favor da protecção das primeiras.

3. O ADVENTO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

A CDC é um instrumento de DIDH de carácter universal e força vinculativa sem possibilidade de aposição de reservas incompatíveis com o seu conteúdo, apenas permitindo que os EP, seja no Direito interno, seja no Direito convencional, preceituem normas diversas quando estas sejam mais favoráveis à realização dos direitos naquela consagrados [art.51.º, n.º2 CDC].

Para além da CDC, de carácter genérico, têm sido vários os instrumentos de direito internacional (vinculativos e não vinculativos) dirigidos a situações concretas da vida das crianças[23].

Esta Convenção enuncia um conjunto de Princípios e de direitos humanos reconhecidos às crianças, dos quais se destacam o Princípio do superior interesse da criança[24] e o Princípio do direito à vida, sobrevivência e desenvolvimento.

---

[22] Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de Dezembro de 1974 pela Resolução n.º 3318 (XXIX).

[23] A título meramente exemplificativo, mencionem-se a Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Protecção e Bem-estar das Crianças; os relativos à Adopção e Colocação Familiar; as Regras Mínimas das Nações Unidas Relativas à Administração de Justiça para Menores (Regras de Beijing); os Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Princípios Orientadores de Riade); as Regras das Nações Unidas para a Protecção de Menores Privados de Liberdade, entre outros.

[24] «Melhor interesse da criança», numa tradução literal da versão em língua inglesa que o refere como «best interest of the child».

3.1. O Princípio do Superior Interesse da Criança, enformador de qualquer actuação que envolva menores

Referido em diversas normas da CDC (art. 9.º, 18.º, 20.º, 21.º, 37.º e 40.º), este princípio foi acolhido pela legislação interna de vários países. Excessivamente abstracto, carece de interpretação casuística consoante a situação em causa. A comunidade internacional tem promovido a sua concretização segundo padrões mínimos. Porém, apesar do reconhecimento do carácter universal desta convenção, alguns estados reivindicam a necessidade de se atender ao relativismo cultural de cada povo, conduzindo a uma interpretação consentânea com as particularidades históricas, religiosas e culturais de cada Estado[25].

A proposta inicial falava do interesse «primordial»[26] da criança, mas alguns estados insurgiram-se contra esta designação por considerarem que, no confronto com outros interesses, o da criança pudesse não ser o preponderante. No sentido desta objecção tem sido entendido que deverá considerar-se o concurso de todos os direitos aplicáveis à criança no contexto em apreço, servindo este princípio de salvaguarda na resolução de conflitos entre diferentes interesses e como tabela valorativa das boas práticas legislativas e de acção. A indeterminação do seu conteúdo, própria de muitas normas de DIDH, imprescindível para a flexibilidade necessária à sua adequação ao caso concreto constitui, apesar disso, o maior obstáculo à sua aplicação.

3.2. Normas da CDC que Referem Expressamente a Protecção das Crianças nos Conflitos armados

Embora timidamente, a Convenção aflora algumas normas que directamente respeitam à defesa da criança nos conflitos armados. Relativamente às crianças-soldado (que constituem o tema ao qual se confinou o presente texto), a

[25] De acordo, de resto, com o previsto no preâmbulo da CDC. Sobre o tema, ALSTON, Philip (coord.), The BestIinterest of the Child, p. 8 ss. Sobre o tema, ver, Declaração de Bangue-coque , Abril de 1993 – Reunião Preparatória da Conferência Regional; Sobre o tema, ver PARKER, Stephen,«The Best Interests of the Child -Principles and Problems»; A-NA'IM, Abdullahi, «Cultural Transformations and Normative Consensus on the Best Interests of the Child»; GOONESEKERE, Savitri, «The Best Interests of the Child: A South Asian Perspective»; BELEMBAGOGO, Akila «The Best Interests of the Child – The Case of Burkina Faso», in the Best Interests of the Child, Philip Alston, Unicef.

[26] «Paramount», na versão original.

CDC impõe aos Estados apenas uma obrigação: o cumprimento das disposições relativas à idade convencionalmente determinada para o recrutamento nas Forças Armadas e para a participação «directa» nas hostilidade – 15 anos -, impondo ainda que, em caso de necessidade de incorporar crianças entre os 15 e os 18 anos, os EP optem, de entre estas, pelas mais velhas [art. 38.º, n.º 2 e 3][27].

Perante a incompletude da CDC, a Assembleia Geral da ONU promoveu, em 2002, um Protocolo Facultativo a esta Convenção, relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados[28], entrou em vigor em Portugal em 19 de Agosto de 2003.

Não pode olvidar-se, no entanto, que em 1974 aquela Assembleia, através da Resolução n.º 3318 (XXIX), já havia consagrado algumas normas dirigidas à protecção das crianças em conflitos armados, na Declaração sobre a Protecção de Mulheres e Crianças em Situação de Emergência ou de Conflito Armado.

3.3. Normas que não Referem Especialmente a Protecção em Conflito Armados

Há três momentos a considerar quanto à protecção das crianças-soldado em conflitos armados: o pré-conflito, o conflito e o pós-conflito. Para tanto, outras obrigações da CDC não explicitamente dirigidas a este contexto podem (devem?) equacionar-se e serão porventura mais pertinentes. Destas, destacam-se, pela sua importância:

- a obrigação que sobre os EP impende de «promover a recuperação física e a reinserção social da criança vítima de qualquer forma de negligência, exploração ou sevícias, de tortura ou qualquer outra pena ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes»[art. 39.º];

- o direito a um tratamento que favoreça o sentido de dignidade e valor e o reforço do respeito pelos direitos do homem e as liberdades fundamentais,

---

[27] Remete-se, a este propósito, para o capítulo que, infra, é dedicado ao tema da incorporação em forças armadas ou grupos armados.

[28] http://www.unicef.pt/docs/pdf/protocolo_facultativo_criancas_em_conflitos_armados_pt.pdf.

que atenda à necessidade de facilitar a sua reintegração social e a assunção de um papel construtivo na sociedade;

- o dever de os Estados Partes assegurarem, na medida do possível, a «sobrevivência e o desenvolvimento da criança» [art. 6.º, n.º 2], de acordo com «o interesse superior da criança» [art. 3.º];

- o direito a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos e de reeducação [art. 24.º].

4. RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO – O CASO PARTICULAR DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Tradicionalmente, distinguia-se entre o direito da paz (DIDH) e o direito da guerra (DIH). Esta distinção perdeu força quando a Carta das Nações Unidas contemplou, no mesmo instrumento, normas relativas aos Direitos Humanos e ao Direito Humanitário.

Mas as disposições de DIDH (enquanto lex generalis) serão aplicáveis em tempo de guerra? Poderão ser derrogadas pelo DIH (lex specialis) ou serão inderrogáveis os direitos e princípios daquela Convenção, mesmo nos conflitos armados?

O DIH e o DIDH partilham actualmente algumas preocupações comuns. Embora com vozes discordantes, é hoje aceite[29], que o DIH «se tornou um ramo do direito dos direitos do homem (…) em situação de conflito armado» e que o DIDH deve ser interpretado à luz do DIH em situações e conflitos armados[30]. Isso mesmo afirmou o TIJ, explicitando que «a protecção oferecida

[29] Vd. GASSER, Hans-Peter, «International Humanitarian Law and Human Rights Law" Non-International Armed Conflict: Joint Venture or Mutual Exclusion?» in German Yearbook of International Law, 45 (2002) p. 162, apud HINTZE, Hans-Joachim, «Recoupement de la Protection», p. 127.

[30] «Nuclear Weapons Advisory Opinion» do Tribunal Internacional de Justiça, de 1993. Ver, ainda, Conséquences Juridiques de l'Édification d'un Mur dans le Territoire Palestinian occupé, Avis consultif du 9 juillet 2004, CIJ, Recueil, 2004, p. 106, apud LLORENS, Jorge Cardona, Prólogo ao livro de Ruth Abril Stoffels, La Protection de los Niños en los Conflictos Armados, p. 14, e STOFFELS, Ruth Abril, idem p. 22.

pelas convenções que regem os direitos humanos não cessa em situações de conflito armado, a não ser pelo efeito de cláusulas derrogatórias do tipo das previstas no art. 4.º do PIDCP. Ao DIH cabe, assim, tornar efectivos os Direitos do Homem.

Deste modo, embora o DIH se aplique apenas em tempo de conflitos armados ou pós-conflito, tem-se por praticamente pacífico que o DIDH seja aplicável, quer em tempo de paz, quer em tempo de conflito[31]. Tal não obsta a que alguns instrumentos, como o PIDCP[32] ou a CEDH[33], prevejam a possibilidade de Estados derrogarem as obrigações que aqueles lhes impõem, em caso de estado de necessidade, de emergência pública, devido a guerra ou outro perigo público que ameace a vida da nação. Impõe, porém, que essa derrogação seja feita «na estrita medida em que a situação o exigir» e nos precisos termos em que ela própria os admita, desde que não contrariem outras obrigações impostas pelo Direito Internacional, nem outros direitos que consideram expressamente inderrogáveis[34].

A CDC constitui um bom exemplo da convergência destas duas ordens, ao explicitar que as suas normas são aplicáveis em tempo de guerra. Em primeiro lugar porque, no que respeita ao âmbito de vigência, a CDC impõe aos Estados o dever de a aplicar a «todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição». Por conseguinte, pode aplicar-se extra territorialmente a qualquer acto lesivo cometido por um Estado Membro, independentemente do lugar onde este se produza e ainda que as forças desse Estado se encontrem em território estrangeiro como forças beligerantes, sejam ou não forças ocupantes[35].

---

[31] Ultrapassada que foi a concepção tradicional que circunscrevia a aplicabilidade do DIDH para o tempo de paz, reservando para o DIH a regulação em tempo de guerra. Do mesmo modo, HEINTZE, Hans-Joachim, «Recoupement de la Protection», p. 123.

[32] Art. 4.º.

[33] Art. 15.º.

[34] Tais como o direito à vida, a proibição de pronunciar com a pena de morte quem seja menor à data da prática dos factos, a proibição de tortura, penas ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes, a interdição da escravidão, a imposição da irretroactividade das leis penais, a liberdade do pensamento, de consciência e de religião, entre outras. Inderrogáveis, também, em qualquer situação, são os direitos das crianças, na já citada Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

[35] Do mesmo modo, BURGOA, José, La Convención de Los Derechos del Niño, p. 66.

Aceitando-se o carácter interpretativo do preâmbulo que reconhece a «importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida das crianças em todos os países» e a crescente utilização e invocação do DIDH na cena internacional, há-de concluir-se que cada vez mais eles se complementam, tendo sempre em atenção as necessidades especiais de protecção da criança e a salvaguarda do seu superior interesse.

Por outro lado, nos termos do art. 38.º, os EP comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar as normas de DIH que lhes sejam aplicáveis em caso de conflito armado e que se mostrem relevantes para a criança, reiterando as disposições constantes no PA I relativas ao recrutamento de crianças em conflitos armados.

Importa saber se o inverso será verdadeiro, isto é, se os Estados Partes estão obrigados, nos conflitos armados, a respeitar as normas de DIDH, maxime, os reconhecidos pela CDC. Ora, a CDC impõe aos Estados Partes que tomem as medidas necessárias para garantir que a criança «beneficie de adequada protecção e assistência humanitária, de forma a permitir o gozo dos direitos reconhecidos por esta Convenção e outros instrumentos relativos aos direitos do homem ou de carácter humanitário»[36]. Esta poderia ser a norma clarificadora da hierarquia, ou concurso, entre a lex generalis (CDC) e a lex specialis (DIH) no caso concreto da protecção da criança (seja criança civil ou soldado), uma vez que exige o respeito dos Estados Partes pelos Direitos humanos mesmo em situações de crise. Para tanto, bastaria que a CDC a não tivesse circunscrito, como de resto inexplicavelmente o fez aos casos em que a criança requeira o estatuto de refugiada, ou este lhe seja reconhecido. De qualquer forma, atento o exposto, conclui-se que a CDC se aplica em contextos armados, porque não prevê a suspensão das suas disposições, permitindo-se a adaptação das suas normas segundo as exigências dos conflitos, do modo mais estrito possível[37].

Aceitar-se, se não a convergência, ao menos a complementaridade do DIH e do DIDH, in casu, não sana, antes aumenta, a complexidade do tema, por existirem normas incompatíveis nos dois ordenamentos. Elenquem-se, de entre as dificuldades encontradas no cotejamento daqueles dois ramos: aquelas que respeitam à terminologia adoptada pelos vários instrumentos; à

[36] Art. 22.º.

[37] Da mesma opinião, STOFFELS, Ruth, «La Protection de los Niños», p. 26.

determinação da idade para incorporação nas forças beligerantes; ao tipo de participação permitida; à distinta protecção consoante essa participação seja directa ou indirecta ou ocorra em conflitos internacionais ou não internacionais; à protecção quando feitos prisioneiros e à protecção perante as instâncias jurisdicionais nacionais e internacionais, relevando, neste aspecto, a possibilidade de aplicar ou apenas de não executar a pena de morte.

5. A PROTECÇÃO DA CRIANÇA-SOLDADO NO DIREITO INTERNACIONAL

5.1. ALGUMAS QUESTÕES PARTICULARES

5.1.1. INTRODUÇÃO

Pode equacionar-se a protecção das crianças-soldado segundo três vias de actuação: uma via de antecipação – evitando que integrem as forças beligerantes, porventura a abordagem mais difícil, mas mais eficaz na sua protecção; uma actuação concomitante ao conflito – visando a desmobilização e a sua protecção quando seja feita prisioneira, e uma ulterior ao conflito – com a qual se pretende a reintegração comunitária e, nalguns casos, se procede ao julgamento da criança pelos actos praticados.

Dos textos de DIH e de DIHD resulta que a amplitude da protecção das crianças nos conflitos armados se encontra condicionada por múltiplas variáveis, como a idade da criança, o facto de se tratar de um conflito interno ou internacional e de a participação da criança nas hostilidades ser directa[38] ou indirecta.

Seja qual for a situação, o olhar sobre o problema deve ser norteado pelo superior interesse da criança e pela constatação de que a catalogação daquelas entre criança-vítima e criança-soldado, sendo embora uma terminologia clássica e ilustrativa, constitui uma distinção forçada e meramente formal, merecedora de reparos, uma vez que também as crianças-soldado devem ser olhadas como vítimas das guerras dos adultos, quer tenham sido incorporadas à força, quer o tenham sido «voluntariamente».

[38] Ou activa, segundo a terminologia do Estatuto de Roma do TPI.

De resto, esta ilacção é inevitável tendo em vista que é o próprio DIH a atribuir-lhe essa qualidade, ao referir-se às crianças-soldado nos Protocolos Adicionais – relativos à protecção das vítimas - impondo aos Estados a proibição de recrutamento de crianças abaixo de determinada idade e a prestação de especiais cuidados aquando da sua captura.

5.1.2. O Conceito de Criança-Soldado

Não é consensual a definição de «criança-soldado». Esta dificuldade resulta do regime contemplado nos diversos instrumentos internacionais de que abaixo se dará conta.

Segundo os Princípios da Cidade do Cabo sobre a Prevenção do Recrutamento de Crianças e Desmobilização e Reintegração Social de Crianças-Soldado em África[39], criança-soldado é «toda a pessoa menor de 18 anos que participa em qualquer tipo de força regular ou irregular em qualquer qualidade, incluindo, mas não apenas, cozinheiro, portador de munições, mensageiro ou quem quer que acompanhe estes grupos, excepto os familiares. A definição inclui, também, as meninas recrutadas para realizar actividades sexuais ou contrair casamento pela força».

Aquela definição, similar à do Secretário-Geral da ONU, tem gerado oposição de vários Estados.

6. A INCORPORAÇÃO NAS FORÇAS BELIGERANTES. O RECRUTAMENTO E O ALISTAMENTO: ENTRE O PRECIOSISMO DAS PALAVRAS E A MATERIALIDADE DOS CONCEITOS. CRÍTICA AO CONCEITO DE VOLUNTARIEDADE DA INCORPORAÇÃO

A ONU considerou o recrutamento de crianças como uma das seis maiores violações contra as crianças nos conflitos armados[40] e o Comité Interna-

[39] Simpósio ocorrido sob a égide da UNICEF, na cidade do Cabo, de 23 a 30 de Abril de 1997. Estes princípios foram actualizados pelos «Princípios de Paris», resultantes da conferência ocorrida em Fevereiro de 2007, em Paris, promovida pela UNICEF e Informação do secretário-geral da ONU (UN.Doc:S/2000/101).

[40] As outras são: matar ou estropiar crianças, ataques contra escolas e hospitais, rapto de crianças e proibição de acesso da ajuda humanitária. http://www.un.org/children/conflict/english/themostgraveviol99.html

cional dos Direitos Humanos, que supervisiona o cumprimento do PIDCP, interpretando o artigo 24.º daquele Pacto[41], elucida que dele decorre o dever de os EP adoptarem todas as medidas económicas e sociais para prevenir a sujeição das crianças a actos de violência e tratamentos cruéis e desumanos e a sua exploração através de sujeição a trabalhos forçados ou de qualquer outra forma.

Ora, não pode deixar de considerar-se a incorporação imposta como uma das piores formas de trabalho forçado, pela violência física e psicológica que a acompanha. Os grupos armados têm desenvolvido técnicas brutais de recrutamento, isolando as crianças da sua comunidade, aterrorizando-as até alcançarem a sua obediência cega, administrando-lhes substâncias psicotrópicas que as tornam assassinos impiedosos, interiorizando-lhes a ideia de que a sua subsistência depende da pertença ao grupo armado que as recruta.

Mesmo nos casos de alistamento «voluntário», a utilização da criança como soldado constitui uma das piores formas de sujeição a actos de violência e mesmo a tratamentos cruéis, atendendo a que muitas delas são violentadas e obrigadas a torturar e a matar, inclusivamente membros da sua própria família, como manifestação de fidelidade ao grupo.

6.1. Recrutamento e Alistamento

A língua portuguesa, bem como a inglesa, não distinguem entre alistamento e recrutamento[42]. Aqueles termos, bem como o de «incorporação», são utilizados em diversos instrumentos internacionais. Alguns autores vislumbram diferenças utilizando o primeiro destes termos para a incorporação

---

[41] Comentário Geral n.º 17: Rights of the Child (art.24): CCPR, de 07/04/89 - escasssos meses, portanto, antes da adopção da CDC), apud, ALBUQUERQUE, Catarina, «As Nações Unidas e a Protecção das Crianças contra a Violência».

[42] Como se constata, por exemplo, no art. 3.º do PF CDC, que refere indistintamente «recrutamento obrigatório» [art. 3.º, 2.º] e «recrutamento voluntário» [art. 3.º, n.º1]. Para a língua inglesa «to recruit» significa «to enlist new soldiers; to get or seek for fresh supplies of men for the army» e «to enlist» significa «to enrol on the list of a military body, to engage a soldier» Oxford English Dictionary. Sobre a diferença entre conceitos e o de «conscription», também utilizado nalguns textos em língua inglesa, ver, DÖRMAN, Knut, Elements of War Crimes, p. 377.

forçada ou por imposição legal[43] e a de alistamento para a voluntária. Esta diferenciação não é evidente em todos os textos legais, mas é necessária a sua clarificação para se compreender as diversas interpretações possíveis de algumas normas.

Em regra, as atenções centram-se nas crianças que são forçadas ou compelidas à incorporação, porém não pode ignorar-se que uma percentagem considerável de crianças/jovens se alista «voluntariamente» nas Forças ou grupos armadas beligerantes e que a adesão a esta incorporação constitui uma dificuldade acrescida no momento de desmobilização e de reintegração comunitária.

O que se entende, pois, por alistamento voluntário e em que medida poderá considerar-se como voluntária a incorporação de uma criança[44]?

Para encetar uma resposta considerem-se dois factores: a idade e as circunstâncias em que a criança se dispõe a integrar aquelas forças.

6.1.1. Idade e maturidade para decidir da incorporação

Atendendo ao critério da idade, parece pouco razoável falar-se de voluntariedade em crianças abaixo de certo limite, porquanto, devido à sua imaturidade, não se está, seguramente, perante uma vontade esclarecida nem auto-determinada.

Indubitavelmente, naquelas condições, o engajamento dessas crianças deveria ser considerado, se não forçado, pelo menos não voluntário, mesmo quando elas anuam, ou seja da sua iniciativa, a incorporação. Por essa razão, a maioria dos estados colocam nos 18 anos a maioridade civil, se bem que nem sempre para a cessação da presunção de inimputabilidade.

6.1.2. As circunstâncias

Por outro lado, várias circunstâncias ambientais e emocionais podem compelir as crianças ao engajamento.

---

[43] Compulsory Recruitment e Compulsory Conscription, na versão inglesa, para o recrutamento pela força e recrutamento legal obrigatório, respectivamente.

[44] Sobre o tema, desenvolvidamente, ver, BRETT, Rachel, «Adolescentes Volunteering for Armed Forces or Armed Groups».

A maior parte dos conflitos actuais são internos e têm como motor lutas de minorias étnicas, raciais, religiosas ou de facções políticas no seio de um Estado. Neste contexto, atendendo às características próprias destas idades, é fácil uma criança, frequentemente encorajada pelos pais, sentir-se motivada para lutar em defesa dos valores em que foi educada, assumir o papel do herói ou a vingança de um familiar morto nos conflitos. Outro factor importante reside na facilidade de persuadir e instrumentalizar esta franja etária e na eficácia das técnicas de alistamento desenvolvidas pelos grupos armados.

Não desprezível é o facto de os grupos armados usarem substâncias psicotrópicas que diminuem as já de si precárias capacidades de discernimento, levando as crianças a alistar-se e a praticar as mais bárbaras atrocidades. Noutros casos, o terror em que vivem, a destruição das escolas, o isolamento, a fome e a insegurança sentida com a morte dos familiares, levam-nas a procurar, nos grupos armados, a protecção de que carecem.

Perante tal enquadramento, parece quase inevitável que as crianças se sintam encorajadas a participar nos conflitos. Falar de adesão voluntária numa situação em que a sobrevivência depende do engajamento parece inapropriado.

De realçar que a participação das crianças não coloca em perigo apenas a sua saúde, desenvolvimento e vida, mas aumenta o perigo para os outros, devido ao seu comportamento impulsivo e imaturo.

7. A PARTICIPAÇÃO NAS HOSTILIDADES: DA POSSIBILIDADE DE INCORPORAR CRIANÇAS, DA IDADE PREVISTA E DO TIPO DE PARTICIPAÇÃO PERMITIDA

7.1. Da Idade de Incorporação

A participação das crianças nas hostilidades é uma questão não aflorada nas Convenções de Genebra, surgindo pela primeira vez, no Direito Internacional, nos Protocolos Adicionais.

O PA I, no âmbito dos conflitos internacionais [art.77.º] impõe aos EP que tomem todas as «medidas possíveis» para que as crianças abaixo dos 15 anos não participem «directamente» nas hostilidades e que se abstenham de as «recrutar» para as suas forças armadas. Incentiva os EP, quando incorpo-

rarem pessoas entre os 15 e os 18 anos, a preferir as mais velhas de entre estas.

A redacção deste artigo presta-se a mal-entendidos.

Se a proibição é a de participação directa de menores de 15 anos nas hostilidades e de «recrutar» crianças abaixo dessa idade, e se «recrutar» significar incorporação obrigatória, então será possível permitir o «alistamento» voluntário dos mesmos, desde que não participem directamente nas hostilidades?

Se assim for, a leitura do n.º 3 será a seguinte: as crianças-soldado de menos de 15 anos que se alistem voluntariamente nas forças armadas dos Estados (que seria permitida) e que participem directamente das hostilidades (conduta proibida) gozarão das garantias conferidas pelo presente artigo[45]. Qual seria, então, a idade mínima de alistamento?

A redacção fornece argumentos a favor de duas posições possíveis: a da proibição total de incorporação nas forças armadas abaixo dos 15 anos, por um lado, e a da permissão de alistamento (voluntário), mas não de participação directa, por outro.

Quando da discussão do art. 77.º do PA I, o CICR propôs que constasse que os EP se absteriam de recrutar os menores de 15 anos e de os alistar voluntariamente. A Finlândia e a Áustria sustentaram sempre ser essa a interpretação correcta. Outros Estados, entre os quais a Argélia, opuseram-se à proibição de alistamento voluntário, resultando uma redacção dúbia.

Apesar desta formulação, o CIRC continua a defender que a proibição se dirige à incorporação, seja de que modo for, quer por recrutamento, quer por alistamento, no sentido comummente atribuído a estas duas expressões[46]. Acompanha-se este entendimento.

A formulação do PA II, aplicável aos conflitos internos, não é mais esclarecedora, ao referir de novo o recrutamento como prática proibida, sendo porém mais restritiva, ao impedir a participação nas hostilidades, seja de que modo for, de crianças abaixo dos 15 anos (art. 4.º, 3).

---

[45] Assim, STOFFELS, Ruth, La Protection de los Niños, p. 39; BURGOA, José, Convención de Los Derechos, p. 99, entre outros.

[46] Les Enfants dans la Guerre, CIRC, www.circ.org/fre/enfants.

Extraordinariamente importante é a ressalva estabelecida em ambos os protocolos que garante a protecção assegurada por aqueles artigos às crianças de 15 anos que, apesar das proibições, participem directamente nas hostilidades, quando sejam capturadas (quer sejam ou não considerados prisioneiros de guerra, segundo o PA I).

Esta ressalva significa, em termos práticos, que apesar de combatentes, as crianças com menos de 15 anos que participem directamente nos conflitos continuam a beneficiar da protecção que o DIH confere às crianças, enquanto, acima desta idade, e apenas nos conflitos internacionais, quando capturadas, lhes será aplicado o estatuto dos prisioneiros de guerra estabelecido pela CG III[47], «sob reserva de todo o tratamento privilegiado que possa ser dispensado aos prisioneiros de guerra em virtude […] da sua idade»[48] ou o regime do art. 75.º do PA I. No entanto, o n.º 8 desse artigo consagra uma norma que pode ampliar a protecção, já que impede interpretações que limitem ou prejudiquem qualquer outra disposição mais favorável, assegurando, nos termos das regras de Direito Internacional aplicável, uma maior protecção às pessoas abrangidas. Talvez possa encontrar-se aqui uma válvula de escape para garantir uma maior protecção às crianças, chamando as normas do PF CDC, enquanto normas de Direito Internacional que, como se expôs anteriormente, se mantêm aplicáveis.

De todo o modo, perante outros combatentes, a criança-soldado não recebe tratamento privilegiado. É um combatente como qualquer outro. Não pode exigir-se a um combatente de uma força inimiga que seja mais complacente para com o soldado que tem na sua frente e que se prepara para o matar pelo facto de ser uma criança. A maior protecção será, evidentemente, o não recrutamento das crianças.

A interpretação desejável destes textos, de acordo com os princípios que norteiam o DIH e o DIDH, é a da proibição total de incorporar crianças abaixo dos 15 anos, seja qual for o modo de incorporação. Só assim se compreende, de resto, o incentivo aos EP a optarem pelas crianças mais velhas de entre «as pessoas de mais de 15 anos e menos de 18 anos» (o facto de utilizar a palavra «recrutamento» para a proibição e «incorporação» para os

[47] Art. 45.º CG III, cuja epígrafe é: «Pessoas que tomem parte nas hostilidades». Não explicita se directa, se indirectamente.

[48] Art. 16.º da CG III.

maiores de 15 anos não foi uma opção semântica clarificadora). Se a interpretação for a da possibilidade de alistar, mas não de recrutar, abaixo dessa idade, então o limite mínimo referido não fará qualquer sentido, uma vez que, a ser válida a permissão de alistamento abaixo dos 15 anos, proibindo apenas a participação directa, a preferência no alistamento deveria abranger idades mais recuadas! Neste sentido aponta a tipificação como crime de guerra o alistamento ou recrutamento de crianças abaixo dos 15 anos, como se verá, infra.

Estes textos representaram um grande avanço no que reporta à situação das crianças nos conflitos armados, mas não estão isentos de fragilidades: exigem pouco dos Estados, ao impor-lhes que tomem as medidas «possíveis» e não as «necessárias», deixam desprotegidas as crianças que participem indirectamente nas hostilidades, ignorando que também esta pode fazer perigar o desenvolvimento, a segurança, saúde e vida da criança e não prevêem um regime mais benéfico para os prisioneiros de guerra infantes, esquecendo completamente as crianças entre os 15 e os 18 anos que, não obstante, são consideradas crianças pela CDC, e não proíbe a aplicação da pena de morte, mas tão só a sua execução[49].

Relativamente à CDC, tendo-se aceite que se aplica também durante os conflitos armados e que reconhece direitos de protecção acrescidos a todas as pessoas menores de 18 anos, que impõe aos Estados, não o mero respeito por esses direitos, mas deveres de actuar de forma a torná-los reais e que adopte o superior interesse da criança como princípio orientador de toda a actuação relativa às crianças, terá de concluir-se que o recrutamento ou alistamento de crianças entre os 15 e os 18 anos admitido pela CDC está desconforme com os princípios que ela própria enuncia.

Este impasse – e desconformidade com o teor geral da própria CDC - resulta de cedências a pressões de alguns Estados[50], (um dos quais os EUA, que acabaria por não ratificar a Convenção), que levou à simples transcrição do

[49] Sobre a aplicação ou execução da pena de morte, ver infra.

[50] Entre os quais os EUA, o Irão e o Iraque. Os EUA fundaram a sua oposição a uma alteração do texto no fundamento da incompetência das Nações Unidas para alterar o DIH, argumento sem qualquer fundamento jurídico, por se tratar de uma nova Convenção e ser possível impor aos Estados Partes obrigações mais exigentes que a do DIH, em conformidade, de resto, com o seu art. 38.º. Vd. HEINTZE, Hans-Joachim, «Recoupement de la Protection», p. 126.

conteúdo do art. 77º do PA I. Nesse sentido, representou um retrocesso face ao regime estatuído pelo PA II, uma vez que, ao não distinguir os conflitos internacionais dos não internacionais, alarga, a estes, o regime mais brando aplicável àqueles, sendo certo que os Estados que tenham ratificado ambas as convenções deverão aplicar o regime que melhor preserve o superior interesse da criança e, portanto, neste caso, o PA II.

A ONU emendaria a mão no PF CDC[51]. Este é o instrumento mais exigente neste campo, obrigando-se os Estados a elevar a idade de recrutamento obrigatório para os 18 anos [art. 2.º] e a aumentar a idade de recrutamento voluntário para uma idade superior à fixada na CDC (15 anos), fornecendo um argumento a favor do que defendem que as proibições dos PA se referiam, exclusivamente, ao recrutamento obrigatório.

Reconhece, para além do mais, que as pessoas abaixo dos 18 anos têm direito a uma protecção especial, nos termos daquela convenção. Ressalvam, no entanto, o recrutamento em escolas militares, que podem receber menores de 15 anos [art. 3.º].

Menos ambicioso se demonstrou ao impor aos EP que adoptem todas as medidas «possíveis» para assegurar que os menores de 18 anos que incorporem as suas forças armadas não participem directamente nas hostilidades» [art. 1.º]. Trata-se de um caso em que pedir o possível pode ser muito pouco. Melhor teria sido, mais uma vez, que se exigissem as medidas «necessárias» e se tornasse esta uma proibição absoluta.

Enquanto não elevarem a idade de recrutamento voluntário para os 18 anos, os EP comprometem-se a cumprir os requisitos estabelecidos no art. 3.º daquele PF: devem assegurar de que se trata de um recrutamento genuinamente voluntário, que seja realizado com o consentimento informado dos pais ou representantes legais, nomeadamente em relação aos deveres que decorrem do serviço militar nacional e que seja verificada a idade da criança antes dessa incorporação (art. 2.º e 3.º).

Relativamente aos grupos armados, o PF CDC interdita, em quaisquer circunstâncias, o recrutamento (quer forçado, quer voluntário) ou o uso (quer

[51] Que os EUA ratificaram.

directo, quer indirecto) de pessoas com idades abaixo dos 18 anos. O teor desta norma contempla um regime mais rígido do que o aplicável ao da utilização de crianças por parte dos exércitos estatais, que apenas proíbe o recrutamento abaixo dos 15 anos e a participação directa nas hostilidades abaixo dos 18 anos[52], justificável segundo o entendimento de que os conflitos não internacionais são objectivamente mais perigosos para as crianças do que os internacionais porque, embora o DIH também se aplique aos grupos armados, estes não são partes daquelas Convenções.

Atendendo ao exposto, nota-se uma desconformidade entre aquela exigência e o preceituado nas alíneas b) inciso XXVI e e), inciso VII, do art. 8.º, n.º 2, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que apenas considera como crime de guerra passível de ser julgado por aquele tribunal o recrutamento ou alistamento de menores de 15 anos – quer para as forças armadas nacionais, quer para grupos – bem como a sua utilização para participar activamente nas hostilidades[53].

Qual a estatuição para a proibição de os grupos armados recrutarem ou usarem menores entre os 15 e os 18 anos nas hostilidades? Nenhuma. As crianças entre os 15 e os 18 anos continuarão a ser recrutadas ou alistadas por estes grupos, por falta de mecanismos que possam torná-la eficaz ou sancionar a sua violação.

No decurso do debate decorrido no Comité Preparatório do Estatuto de Roma, os EP questionaram-se sobre se seria necessário que o arguido conhecesse de facto a idade do recruta, ou se bastaria, para a sua responsabilização, a verificação objectiva da idade das crianças recrutadas. Alguns Estados defenderam que a criança só poderia ser eficazmente defendida se

[52] Também a OIT, através da Convenção n.º 182, proíbe o recrutamento forçado e obrigatório de crianças com vista à sua utilização em conflitos armados.

[53] O texto adoptado pelo Comité Preparatório do Estatuto de Roma do TPI determinou que é necessário o preenchimento de 5 itens para que alguém seja responsabilizado nestes termos: 1 – que o agente recrute ou aliste uma ou mais pessoas nas forças nacionais ou as utilize para participar activamente nas hostilidades; 2 – que essas pessoas tenham menos de 15 anos; 3 – Que o agente conhecesse, ou devesse conhecer, que a pessoa alistada tenha menos de 15 anos; 4 – Que tal alistamento ou recrutamento ocorra em contexto de conflito armado ou a ele esteja associado; 5 – Que o agente que tenha conhecimento que as circunstâncias factuais são de conflito armado. DÖRMAN, Knut, Elements of War Crimes, p. 375.

se prescindisse daquele elemento cognitivo[54], propugnando a responsabilização com fundamento na verificação objectiva da idade, independentemente do conhecimento que o agente tivesse dessa circunstância. Contrapondo esta posição, outros defenderam que, a ser assim, estar-se-ia perante uma clara violação do art. 67.º, n.º1, alínea i) do mesmo estatuto, que confere ao arguido o direito a que não lhe seja imposta a inversão do ónus da prova nem a impugnação dos factos. Também o art 30.º, n.º1, estaria em causa, uma vez que garante que nenhuma pessoa será criminalmente responsabilizada e punida sem que tenha conhecimento dos elementos materiais do crime, devendo entender-se «conhecimento» como a consciência da existência da circunstância.

Dogmaticamente, parece mais aceitável a segunda destas posições, porquanto, tratando-se de um crime doloso, o dolo terá de abarcar todos os elementos objectivos do tipo incriminador, incluindo, portanto, o conhecimento da idade do menor. Ressalvam-se, porém, os casos em que fosse possível conhecê-la, circunstância em que deverá ser responsabilizado. Essa mesma foi a opção do Comité Preparatório que ficou prevista como base de trabalho para a Conferência Diplomática de Roma, ao clarificar que se exige que o arguido «conhecesse, ou devesse conhecer a idade», o que confere, indubitavelmente, maior protecção à criança. Ainda assim, sempre poderão furtar-se a esta condenação, escolhendo para as suas fileiras as crianças de compleição física mais desenvolvida e alegando, em juízo, a impossibilidade de conhecer a idade real das crianças perante a omissão, por parte destas, da sua verdadeira idade, da qual não poderiam ter tomado conhecimento atendendo à aparência física das mesmas.

7.2. Participação Directa e Indirecta nas Hostilidades

Qual o significado de participação directa e indirecta?

Alguns autores assimilam participação directa e participação activa nos campos de batalha, designando as situações em que as crianças actuam de modo hostil contra alvos pessoais ou físicos, reservando a participação indirecta para actividades de apoio e suporte às forças beligerantes, tais como transporte de munições, correios, transmissão de informação militar, etc.[55]

---

[54] Sobre o tema, FARIA, Maria Paula Ribeiro de, «Os Elementos Psicológicos dos Crimes Previstos no Tratado de Roma», pp. 133 e ss.

[55] BURGOA, José, La Convención de los Niños, p. 101.

Porém, a UNICEF[56] define-a como «não apenas a participação activa em combate, mas também em actividades militares e funções directas de apoio. Estas funções podem incluir tarefas de reconhecimento, espionagem, sabotagem, participação como correios, portadores, cozinheiros ou assistentes em postos de vigilância militares. Também poderia incluir a utilização das meninas para realizar actividades sexuais ou para casamentos forçados».

A definição, embora louvável, parece excessiva. Que tarefas restarão para a participação indirecta? Se as palavras têm conteúdo, então, cozinhar para guerrilheiros ou forças armadas e casar com guerrilheiros não pode considerar-se participação directa nas hostilidades.

Como súmula, partilha-se a posição dos que defendem que a leitura integrada dos vários textos permite afirmar que é hoje inaceitável o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças com menos de 15 anos; que entre os 15 e os 18 anos se aceita o seu alistamento voluntário (com carácter de norma transitória, uma vez que se impõe aos EP a obrigação de elevar a idade de alistamento para mais de 15 anos) conquanto não participem directamente nas hostilidades.

8. ADMINISTRAÇÃO DE JUSTIÇA A CRIANÇAS QUE PARTICIPEM NOS CONFLITOS

No presente capítulo ter-se-ão em conta as normas relevantes para a determinação da responsabilidade das crianças-soldado e das medidas que lhes são aplicáveis, focando-se na pena de morte.

8.1. A INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA JULGAR MENORES DE 18 ANOS

Não existe consenso internacional sobre a idade a partir da qual a criança deve ser penalmente responsabilizada, o que explica as diferenças existentes nos vários estados.

O TPI exclui da sua jurisdição o julgamento de pessoas que, à data da prática dos factos, tivessem menos de 18 anos. Não explicita, no entanto, a

[56] Coalición para Acabar con la Utilización de los Niños Soldados: Guía del Protocolo Facultativo sobre la Participación de los Niños y Niñas en los Conflictos Armados, UNICEF, Maio 2002, apud STOFFELS, Ruth, La Protección de los Niños, p. 45.

razão de ser daquela exclusão. Tratar-se-á de uma questão de incapacidade de culpa (doli incapax)? Se assim fosse, deveria esta exclusão estar prevista no art. 25.º, relativo à «responsabilidade criminal individual», podendo, não obstante, as crianças ser julgadas pelos tribunais nacionais que, porventura, terão normas menos protectoras[57], sobretudo no que respeita aos conflitos internos em que haverá tendência de castigar os soldados pertencentes às forças vencidas.

Alguns autores fazem notar que, sob as vestes de uma norma favorável, se esconde uma norma perniciosa que agrava a situação das crianças entre os 15 e os 18 anos. Segundo esses autores, o facto de apenas o recrutamento/alistamento de menores de 15 anos constituir crime de guerra constituirá um incentivo para a incorporação forçada das crianças entre os 15 e os 18 anos, por falta de instrumentos internacionais que sancionem aquelas condutas.

8.2. A PENA DE MORTE: PROIBIÇÃO DE PRONÚNCIA/APLICAÇÃO OU PROIBIÇÃO DE EXECUÇÃO?

A terminologia adoptada pelos vários instrumentos não é inócua, notando-se uma evolução no modo como se encara esta sanção. Enquanto o DIH proíbe que a pena de morte seja aplicada e executada relativamente a pessoas que tivessem menos de 18 anos à data da prática dos factos que levem a essa condenação (Convenção IV, art. 68.º, e Protocolo I, art.77.º), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966[58] proíbe que a pena de morte seja «pronunciada» em caso de crimes cometidos por menores de 18 anos [art. 6.º, n.º 5] e a CDC[59] proíbe a que a pena de morte lhes seja «imposta».

Da proibição de execução passou-se à proibição de pronúncia[60] ou imposição da própria pena. Ao proibirem a pronúncia ou imposição da pena de

[57] No mesmo sentido, MICAELA, Fruli, «Jurisdicton Ratione Personae» in The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, edição Antonio Cassesse, Paola Gaeta e John Jones, Edicção OUP, 2002.

[58] Embora apenas em 1976 tivesse entrado em vigor na Ordem Jurídica Internacional.

[59] Art. 37.º, a).

[60] O sentido semântico de «pronúncia», em contraposição com a «execução», é facultada in casu pelo próprio PIDCP porquanto, no mesmo artigo e número, o PIDCP refere que a pena não pode ser «executada» contra mulheres grávidas, estabelecendo, deste modo, a destrinça entre os dois conceitos.

morte, o PIDCP e a CDC, excluem-na do elenco das penas aplicáveis a menores, enquanto o DIH, ao proibir apenas a sua execução, parece mantê-la no elenco das medidas aplicáveis.

Uma decisão judicial de 2004 confirmou o carácter universal da abolição da pena de morte e a entrada desta norma na categoria do direito internacional costumeiro, assinalando um avanço considerável na protecção dos direitos das crianças[61]. Em 1 de Março de 2004 o Supreme Court dos Estados Unidos determinou que a aplicação da pena de morte a crianças constituía uma «punição cruel e incomum» e, por conseguinte, inconstitucional, uma vez que a constituição dos Estados Unidos proíbe a aplicação de penas cruéis e degradantes. Era o reconhecimento que faltava para, indubitavelmente, ascender a princípio cogente de Direito Internacional.

9. CONCLUSÃO

Do estudo dos vários diplomas relativos à protecção da criança, verifica-se a necessidade de conciliar as disposições dos vários instrumentos de modo a eliminar as disposições contraditórias entre si, ou desconformes com o espírito da CDC, cujos princípios basilares são a prossecução do superior interesse da criança e a adaptação da legislação dos Estados às necessidades e características particulares da infância e juventude.

Preferencialmente, deveria elaborar-se um instrumento relativo às medidas a empreender pelos Estados no caso de conflito e pós-conflito, que reunisse todos os preceitos dispersos relativamente a esta matéria, com clareza quanto aos deveres dos Estados e ao sancionamento das condutas desconformes a esses deveres, quer por parte dos Estados, quer por parte de organismos não estatais.

Nota-se uma proliferação conceptual que dificulta a articulação dos vários instrumentos. Assim, recrutamento, alistamento e incorporação parecem não significar o mesmo nos vários instrumentos, utilizando-se umas vezes em sinonímia e outras com concretizações diversas. Do mesmo modo, o conceito de participação activa, participação directa e indirecta nas hostilidades necessita de maior definição.

[61] SCHABAS, William A., «The Rights of the Child, Law of Armed Conflict and Customary International Law: A Tale of Two Cases», in International Criminal Accountability and The Rights of Children, Hague Academic Press, 2005, p. 19 e ss.

A determinação do conteúdo exacto destes conceitos não é despicienda, atendendo a que a latitude da protecção das crianças depende, em larga medida, daquela concretização.

Pode indubitavelmente afirmar-se que a melhor protecção da criança reside na sua não incorporação. Só desse modo se tornarão efectivos os direitos que lhe são conferidos pela CDC de fazer prevalecer o superior interesse da criança, tratando-a de um modo que favoreça «o sentido de dignidade e valor e o reforço do respeito pelos direitos do homem e as liberdades fundamentais, que atenda à necessidade de facilitar a sua reintegração social e a assumpção de um papel construtivo na sociedade[62]» e de lhes garantir, na medida do possível, a «sobrevivência e o desenvolvimento», diminuindo a exposição à violência, a exploração e a sevícias que são consentâneas àquele tipo de actividades e velando pela sua saúde física e mental, como prescreve a CDC. Assim se fomentará a pacificação social e a reinserção da criança no pós-conflito, porquanto, após a desmobilização, quer esta resulte do fim do conflito, quer da acção de organismos internacionais ou ONG's, as crianças-soldado terão grandes dificuldades em regressar à família ou à localidade onde viviam por medo de represálias e de rejeição[63]. Por outro lado, o grupo beligerante no qual estavam integradas confere-lhes um sentimento de protecção, substituindo-se à família da qual foram retiradas, que não foi capaz de protegê-las do rapto. Da mesma forma, a percepção de que combater é a única arte que sabem desempenhar[64] propicia o alistamento voluntário em novos grupos beligerantes, perpetuando a sua desinserção, constituindo, inevitavelmente, um impedimento adicional à sua reinserção e reabilitação na sociedade.

---

[62] Preâmbulo da CDC.

[63] Veja-se o testemunho de um desses meninos-soldado: «In an interview with United Nations staff in Liberia, a boy of 13 years admitted that he felt that he could not return to his family because he knew that his father would be angry with him for bringing men to the village who had raped and killed his mother in front of the whole family. He said that he had brought the men to the village because the commander had told him that he was going to be taken back to his family — "after that the rebels became my family and I did everything to please my father [the commander]» in http://www.un.org/children/conflict/english/childsoldiers21.html.

[64] In 2000, the United Nations in Sierra Leone demobilized a boy, "Abou" who had been abducted by the Revolutionary United Front (RUF) from his school in Kenema. He was only 11 years old at the time of his abduction. Four years later, by the age of 15, Abou had beco-

No entanto, nem só as crianças do sexo masculino são participantes nos conflitos armados. Quer como participantes activos, quer passivos, as crianças do sexo feminino são uma presença cada vez mais constante. Seja porque são raptadas para fazerem os trabalhos domésticos, seja para serem «esposas» dos soldados e mães dos seus filhos (colocando-as numa posição de impossibilidade de retorno às suas famílias no fim do conflito, porquanto as crianças nascidas nestas circunstâncias tornam-se no símbolo vivo da presença daqueles que destruíram a família, a paz e os meios de subsistência da comunidade), seja como soldados.

Deste modo, deve concluir-se que a melhor protecção para a criança será a proibição absoluta de incorporação de crianças até aos 18 anos, encontrando modos eficazes de sancionar os estados incumpridores.

10. REFERÊNCIAS

Critérios de referência bibliográfica:

1.Os autores são citados pelo último nome, excepto os espanhóis e da América Latina, que se citarão pelos dois últimos nomes.

2.Referem-se na lista apenas os autores cujas obras foram directamente consultadas. Os autores a cujas obras se teve acesso por intermédio de outros serão citados no rodapé com indicação da obra de onde se retirou essa indicação.

3.Relativamente às revistas: os títulos dos artigos são citados entre aspas; o nome da publicação em itálico. O mesmo em relação a artigos individuais publicados em obras colectivas;

---

me a killer — a known and feared commander of the RUF rebels — one of the youngest. Abou, together with many other child soldiers, received amnesty for atrocities committed during the conflict in Sierra Leone. And although his community accepted Abou back, it was clear that many in the community were still afraid of and angry with the boy and he was quite isolated. Six months after being reunited with his family Abou disappeared. In 2003, Abou was among a number of children disarmed and demobilized in neighbouring Côte d'Ivoire. He told a story of leaving his community in Sierra Leone because he was "haunted by bad spirits", and of being re-recruited to fight for the Liberians United for Reconciliation and Democracy (LURD) rebels in Liberia. He later went as a mercenary to Côte d'Ivoire together with other LURD fighters. In an interview with United Nations staff, Abou explained, "I left because what I really know how to do is fight and be a soldier, but there is peace in Sierra Leone". Como na nota anterior.

4.Relativamente às monografias, o nome da obra é citado em itálico.

5.Relativamente a cada autor segue-se a ordem cronológica da sua obra.

6.De modo a facilitar a leitura das notas-de-rodapé, abreviaram-se os títulos quando a sua extensão o justificou, identificando-se, à frente de cada item da bibliografia, o modo como será citado no rodapé.

7.Os lugares da internet consultados são, sempre que possível, referenciados com a data de consulta das páginas, sendo identificado o autor quando nelas conste.

AAVV, Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, Coimbra Editora, Coimbra 2001;

AAVV, Direito Penal Internacional para a Protecção dos Direitos Humanos, Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Goethe Institut de Lisboa, Fim de Século, 2003;

AAVV, «La Responsabilité Pénale des Mineurs», XVII.e Congrès International de Droit Pénal, Compte Rendu du Congrès, Revue Internationale de Droit Pénale,75.e année, nouvelle série, 3.e et 4.e trimestres 2004, Éditions Ères, 2005, Saint-Agnes, France;

ALBUQUERQUE, Catarina, Revista Janus de Relações Internacionais, edição conjunta da Universidade Autónoma de Lisboa e Jornal Público, 1998, http://www.janusonline.pt/1998/1998_3_4.html, consultado em 20 de Agosto de 2007;

ALBUQUERQUE, Catarina, «As Nações Unidas e a Protecção das Crianças Contra a Violência», Revista Infância e Juventude, Abril-Junho, 06.2,

ALSTON, Philip (coord.), The Best Interest of the Child, Unicef International Child Development Centre, Florence, Italy e Clarendon Press, Oxford, 1994;

ALSTON, Philip, «The Best Principles towards a reconciliation of culture and Human Rights» in The Best Interest of the Child, Unicef International Child Development Centre, Florence, Italy e Clarendon Press, Oxford, 1994;

Amnistia Internacional, Relatório de Actividades de 2002;

Amnistia Internacional, Relatório de Actividades de 2003;

Amnistia Internacional, «Children and the Dead Penalty, Executions Worldwide Since 1990», http://web.amnesty.org/library/print/ENGACT500072002, consultado em 22 de Outubro de 2007;

Amnistia Internacional, «Death Penalty – Fact Sheets», Juveniles, http://web.amnesty.org/abolish/juveniles.html, consultado em 22 de Outubro de 2007;

ARTS, Karin e POPOVSKI, Vesselin, (coord.), International Criminal Accountability and the Rights of Children, From Peace to Justice Series, Hague Academic Press, 2005, Hague, Netherlands;

BÁRBARA, Madeira, «O Directo Penal e os Jovens Delinquentes, Decreto-Lei n.º 401/82 de 23 de Setembro», Revista do Ministério Público, ano 4, Vol. 15, Coimbra Editora;

BRETT, Rachel, «Adolescents Volunteering for Armed Forces and Groups», in www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/5wnjfx, consultado em 15 de Julho de 2007.

BURGOA, José A. Paja, La Convención de los Derechos del Niño, Tecnos, Madrid, 1998;

Comité Internacional da Cruz Vermelha, «La Protection Juridique des Enfantes dans les Conflits Armés»,

Comité Internacional da Cruz Vermelha, «La Protection des Enfants dans les Conflits Armés», www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZFW9, consultado em 1 de Setembro de 2007;

Comité Internacional da Cruz Vermelha, «Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos: Analogias e Diferenças», www.icrc.org/Web/por/sitepor0.nsf/html/5YBLLF, consultado em 2 de Setembro de 2007;

DÖRMAN, Knut, Elements of War Crimes, Under the Rome Statute of the Internacional Criminal Court, Cambridge University Press, 2004 (citado como Elements of War Crimes).

ELSTER, Jon, Solomonic Judgements, Studies in the Limitations of Rationality, Cambridge University Press, Editions de la Maison des Sciences de l'Homme, Paris, 1992;

FARIA, Maria Paula Ribeiro de, «Os Elementos Psicológicos dos Crimes Previstos no Tratado de Roma», Direito e Justiça, O Tribunal Penal Internacional e a Transformação do Direito Internacional, (org. João Silva Miguel e Paulo Pinto de Albuquerque, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1998.

FONSECA; Manuel Baptista Dias da, Menores, Legislação Civil, Penal e Administrativa, Coimbra Editora.

HEINTZ, Hans-Joachim, «Recoupement de la Protection des Droits de L'Homme et du Droit International Humanitaire dans les Situations de Crise et de Conflit», Revue Cultures & Conflits, Sociologie Politique de International, n.º 60, 2005 (citado como Recoupement de la Protection).

JEANNET, Stéphane et MERMET, Joel, «L'Implication des Enfants dans les Conflits», Revue Internationale de la Croix-Rouge, n.º 828, www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH3V, consultado a 1 de Setembro de 2007.

JONES, John, R.W.D. e POWLES, Steven, International Criminal Practice, 3.ª edição, Oxford University Press, 2000;

MACHADO, Jónatas E.M., Directo Internacional, do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;

MERMET, Joel et JEANNET, Stéphane, «L'Implication des Enfants dans les Conflits», Revue Internationale de la Croix-Rouge, n.º 828, www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH3V, consultado a 1 de Setembro de 2007.

Organização das Nações Unidas, Children and Armed Conflicts, http://www.un.org/children/conflict/english/issues41.html, consultado em 1 de Setembro de 2007;

Organização das Nações Unidas, Children and Armed Conflicts, «Recruiting or Using Child Soldiers» http://www.un.org/children/conflict/english/childsoldiers21.html, consultado em 1 de Setembro de 2007;

Organização das Nações Unidas, Children and Armed Conflicts, «The Situation of Girls in War», http://www.un.org/children/conflict/english/girlsinwar101.html, consultado em 1 de Setembro de 2007;

Organização das Nações Unidas, Children and Armed Conflicts, «Ending the Six Grave Violations Against Children in Conflict», http://www.un.org/children/conflict/english/themostgraveviol99.html

PARKER, Stephen, «The Best Interests of The Child – Principles and Problems», in The Best Interest of the Child, Unicef International Child Development Centre, Florence, Italy e Clarendon Press, Oxford, 1994;

PLATTNER, Denise, Comité Internacional da Cruz Vermelha, «La Protection de l'Enfant dans le Droit Internacional Humanitaire», http://www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZH54, consultado em 1 de Setembro de 2007;

R.W.D., POWLES e JONES, John, Steven, International Criminal Practice, 3.ª edição, Oxford University Press, 2000;

RUBELIN-DEVICHI, Jacqueline, FRANK, Rainer, L'Enfant et les Conventions Internationales, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1996;

SANTOS, Beleza dos, Travaux Préparatoires du Congrès Pénal et Pénitenciaire International de Prague, 1930 ;

SANTOS, Beleza dos, «Regime Jurídico dos Menores Delinquentes em Portugal», Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, ano VIII, n.º71, 1903-1925 ;

SEBASTIÃO, João, Crianças da Rua, Modos de Vida Marginais na Cidade de Lisboa, Celta Editora, Oeiras, 1998.

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS E REGIONAIS

Convenções de Genebra

Convenção I, Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha (1864, revista em 1949);

Convenção II, Convenção de Genebra para Melhorar a Situação dos Feridos, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar (1906, revista em 1949);

Convenção III, Convenção de Genebra Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (1929, revista em 1949);

Convenção IV, Convenção de Genebra Relativa à Protecção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra (1949);

Convenção de Genebra Relativa aos Estatuto dos Refugiados, 28 de Julho de 1951;

Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra

I Protocolo Adicional às Convenções de Genebra Relativo à Protecção de Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (1977);

II Protocolo Adicional às Convenções de Genebra, Relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados não Internacionais (1977);

Protocolo de 1967, Relativo ao Estatuto dos Refugiados;

Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos;

Convenção sobre a Tortura e Outras Formas, Penas ou Tratamentos Cruéis ou Degradantes;

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Resolução 2200 A (XXI) Anexo (art. 23.º + art. 24.º);

Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais, Civis e Políticos, Resolução 2200 A (XXI) Anexo (art 10.º);

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, aberto a assinatura dos Estados em Roma, em 17 de Julho de 1998. Resolução da Assembleia da República n.º3/2002 de 18 de Janeiro (art. 26.º);

Declaração sobre a Protecção das Mulheres e Crianças em Situação de Emergência ou Conflito Armado, Resolução n.º 3318 (XXIX) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 14 de Dezembro de 1974;

Resolução n.º 1989/57, de 8 de Março de 1989 da Comissão dos Direitos do Homem, Documentos Oficiais do Conselho Económico e Social, 1989, Suplemento n.º 2 8E/1989/20) Cap. II, secção A;

Declaração Universal dos Direitos do Homem, Resolução 217.A (III);

Convenção Europeia dos Direitos do Homem;

INSTRUMENTOS ESPECIALMENTE RELATIVOS ÀS CRIANÇAS

Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos das Crianças, Sociedade das Nações, Journal Officiel, Suplément Spécial n.º 21, Outubro de 1924;

Declaração sobre os Direitos das Crianças, Resolução nº 1386 (XIV);

Convenção Sobre os Direitos da Criança – Resolução n. 44/25, da Assembleia Geral das Nações Unidas, entrou em Vigor em Portugal em 21 de Outubro de 1990;

Convenção Sobre o Exercício dos Direitos das Crianças – Conselho da Europa, 2 de Janeiro de 1996;

Regras de Beijing – Resolução n.º 40/33 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 29 de Novembro de 1985;

Princípios Orientadores de Riade;

Directrizes da União Europeia sobre as Crianças em Conflitos Armados;

Protocolos Facultativos à Convenção Sobre os Direitos das Crianças, relativos ao envolvimento das Crianças em Conflitos Armados;

Resolução IX do Comité Internacional da Cruz Vermelha, tomada na XXV Conferência Internacional da Cruz Vermelha, Genebra, 23 a 31 de Outubro de 1986, www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/5FZFW9, consultado em 1 de Setembro de 2007;

RESOLUÇÕES DO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS (todas disponíveis em www.onu.org)

Resolução n.º 1261 (1999), S/RES/1261 (1999), adoptada pelo Conselho de Segurança na sua 4037.ª sessão, em 25 de Agosto de 1999;

Resolução n.º 1296 (2000), S/RES/1296 (2000), adoptada pelo Conselho de Segurança na sua 4130.ª sessão, em 19 de Abril de 2000;

Resolução n.º 1314 (2001), S/RES/1314 (2000), adoptada pelo Conselho de Segurança na sua 4185.ª sessão, em 11 de Agosto de 2000;

Resolução n.º 1379 (2001), S/RES/1379 (2001), adoptada pelo Conselho de Segurança na sua 4423.ª sessão, em 20 de Novembro de 2001;

Resolução 1460 (2003), S/RES/1460 (2003), adoptada pelo Conselho de Segurança na sua 4659.ª sessão, em 30 de Janeiro de 2003;

RESOLUÇÕES DA OIT

Convenção OIT n.º 182

ABREVIATURAS

BFDC – Boletim Da Faculdade de Direito de Coimbra

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CIRC – Comité Internacional da Cruz Vermelha

CG I – I Convenção de Genebra

CG II – II Convenção de Genebra

CG III – III Convenção de Genebra

CG IV – IV Convenção de Genebra

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DIH – Direito Internacional Humanitário

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

EP – Estados Partes

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PA I – Protocolo Adicional à I Convenção de Genebra

PA II – Protocolo Adicional à II Convenção de Genebra

PA III – Protocolo Adicional à III Convenção de Genebra

PA IV - Protocolo Adicional à IV Convenção de Genebra

PF CDC – Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança

PIDCP – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

RMP – Revista do Ministério Público

TPI – Tribunal Penal Internacional

A construção científica do ordenamento jurídico militar

Antônio Pereira Duarte
Membro do Ministério Público Militar da União.

RESUMO: O presente artigo foca a contextualidade particular do ordenamento jurídico militar, com seus princípios e conotações específicas. Procura, ainda, retratar tal arcabouço como um sistema concatenado, com contornos e premissas valorativas singulares, descortinando uma unidade interior vinculada a uma inafastável construção ontológica. Desvelando-se, por fim, sua taxionomia e institutos próprios que permeiam dito sistema jurídico militar, evidencia-se sua gênese e construção científica em consonância com o processo evolutivo da ordem jurídica nacional.

PALAVRAS-CHAVES: Ordenamento Jurídico Militar. Princípios. Valores. Institutos peculiares. Direito Militar.

ABSTRACT: This article focuses on the particular contextuality of military law, with its principles and specific connotations. Another purpose is to portray this such a framework as a concatenated system, with singulars contours and evaluative assumptions, revealing an indoor unit linked to an ontological construction unremovable. Unveiling is ultimately your own taxonomy and the institutes said that permeate the military justice system, it becomes clear its genesis and scientific development in line with the evolutionary process of national law.

KEYWORDS: Military Legal System. Principles. Values. Peculiar institutions. Military Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. Ordenamento Jurídico Militar - Princípios jurídicos, taxionomia, valores e institutos peculiares − 3. Direito Constitucional Militar − 4. Direito Penal Militar − 5. Direito Processual Penal Militar e Organização Judiciária Militar − 6. Direito Administrativo Militar − 6.1. Conceito e posição da disciplina no âmbito da Ciência Jurídica − 6.2. Objeto de estudo do Direito Administrativo Militar − 7. Direito Administrativo Disciplinar Militar ou Direito Disciplinar Militar − 8. Direito Previdenciário Militar − 9. Direito Internacional dos Conflitos Armados (ou Direito Internacional Humanitário) − 10. Conclusões − 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O segmento militar, em qualquer país do mundo, compõe um vasto e profuso campo de irradiação de diferentes e complexos efeitos jurígenos, que podem repercutir em diversos campos, destacadamente no penal, civil, previdenciário, administrativo ou disciplinar etc.

Nesse sentido, é forçoso reconhecer, em uma análise epistemológica, a existência de vários ramos especiais do Direito, voltados, precipuamente, para o estudo do contexto militar e seus particulares fenômenos jurídicos.

Em uma classificação preliminar, é possível distinguir a existência dos seguintes ramos componentes do que se pode denominar Sistema Jurídico Militar ou Ordem Jurídica Militar ou ainda Ordenamento Jurídico Militar: Direito Constitucional Militar, Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar, Direito Administrativo Militar, Direito Disciplinar Militar ou Direito Administrativo Disciplinar Militar, Direito Previdenciário Militar, além de outros que guardam pertinência com o emprego de Forças Armadas na solução de conflitos armados, destacando-se, neste ponto, o Direito Internacional dos Conflitos Armados, também conhecido como Direito Internacional Humanitário.

A Ordem Jurídica Militar, portanto, é bastante abrangente em suas ramificações, exigindo um esforço hermenêutico muito sério para aclarar alguns de seus institutos basilares, assinalando-se a produção de efeitos jurídicos de grave repercussão.

Dissecar o lastro científico desse arcabouço jurídico especializado constitui, pois, a tarefa ora encetada, em pretensão que se volta, precipuamente, para certificar a existência autônoma dos ramos especiais integrantes de sobredito ordenamento jurídico, cujos institutos e princípios, por motivos variados, não poderiam ser objeto imparcial de estudo, se não fossem observados de forma distinta, na própria seara de sua construção ontológica.

2. ORDENAMENTO JURÍDICO MILITAR

Por ordenamento jurídico deve-se entender o conjunto de normas, princípios e valores, harmônica e sistematicamente entrelaçados, que disciplinam determinado contexto da vida humana.

É bem de se ver que o segmento militar é regido por um vasto e profuso campo de normas e princípios jurídicos. Esse setor sempre foi valorizado pelas sociedades humanas, exatamente por conferir a estabilidade que cada Estado necessita para realizar suas diferentes tarefas. Nota-se, pois, claramente, que o poder militar de qualquer país ocupa − como não poderia deixar de ser − uma importante parcela do organograma estatal. Mesmo em tempos atuais, em que se defende um redirecionamento das funções castrenses, por uma preconizada ausência de risco iminente, não se pode desconhecer a existência desse imenso aparato, normalmente consolidado como vertente da segurança nacional[1].

De inferir-se, por sua vez, que a funcionalidade de tão intricada estrutura militar requer gestão disciplinadora, que não pode se compaginar com a adoção de princípios débeis ou vacilantes. Quando um militar deixa de cumprir a ordem legal de seu superior, não atinge apenas a dignidade funcional de quem lhe comanda, mas faz estremecer todo o edifício castrense, permeado, visceralmente, pelos princípios da disciplina, hierarquia, ética e pundonor militares, dentre outros, que gravitam na administração militar. Imagine-se, à guisa de exemplo, os inevitáveis prejuízos para a defesa do país que pode acarretar o afrouxamento da autoridade e da disciplina militar em pleno cenário de beligerância.

Tais princípios, a propósito, se justificam, ao lado de outros, em razão da marcante necessidade de se resguardar irrestrita harmonia e conformidade aos pilares da ordem e do respeito que calcam a estrutura funcional castrense. Aliás, sem dito respaldo, certamente não subsistiriam Forças Armadas, mas meros ajuntamentos de seres humanos, dispersos em órgãos descentralizados, sem a preocupação maior da unidade.

Nesse ponto, Grau (1991, p. 131) afirma que "(...) em cada Direito subjaz, latente, um determinado conjunto de princípios diverso do conjunto daqueles que subjazem, latentes, em outros Direitos", reconhecendo a existência de princípios positivados, por isso que explícitos, e aqueles que, descobertos no ordenamento positivo, configuram norma jurídica. Arremata dizendo:

[1] Diga-se, a propósito, que os serviços militares são vistos sob tríplice aspecto: a) defesa da pátria; b) defesa das instituições que garantem o funcionamento e a vida democrática do Estado: o Parlamento, o Governo, as regiões, as administrações locais, etc. (sentido moderno e democrático); c) salvaguarda da ordem pública e da estabilidade interna (BOBBIO, 1992, p. 505/506).

> Daí a verificação de que também os princípios gerais do Direito – e não será demasiada a insistência, aqui, em que se trata de princípios de um determinado Direito – constituem, estruturalmente, normas jurídicas. Logo, temos que, em realidade, norma jurídica é gênero que alberga, como espécies, regras e princípios jurídicos – entre estes últimos incluídos tanto os princípios positivos de Direito quanto os princípios gerais do Direito.

Convém refletir, a essa altura, que − trazida a questão para o âmago de um ordenamento jurídico militar, em cujo regaço vicejam princípios positivados e outros tantos em estado de latência − é natural que se anteveja a relevância da interpretação do Direito Militar em consonância com sobredita carga de princípios, a fim de, sobretudo, conferir exegese mais consentânea com tal sistema jurídico, que se mantém – tanto quanto possível e na medida de suas peculiaridades − em posição especial em relação ao ordenamento jurídico como um todo. Cuida-se, evidentemente, de um ordenamento particular ou especial, com seu feixe próprio de princípios imanentes aos fenômenos que disciplina, tendo na atividade militar e suas imbricações o ponto de partida de toda arquitetura jurídica militar. Tal substantividade ampara a convicção exarada por Mayrink da Costa (2005, p.36), no sentido de que "como as demais constituições do Direito, as jurídico-militares nascem de realidades sociais incoercíveis, as quais, identificadas e classificadas, *sub specie juris* conduzem à configuração legítima de um ramo especial da ciência jurídica"[2].

Em nível de Direito Comparado, a compreensão não discrepa do pensamento sustentado pela doutrina pátria, tanto assim que Vazquez (1948, p. 14), cuidando justamente do tema da autonomia do Direito Militar, desenvolve o seguinte raciocínio:

> Por nuestra parte, recogiendo em mirada panorâmica El mundo de nuestros dias, advertidmos que em todos

[2] Mayrink da Costa reforça sua tese de que a substantividade − que legitima intrinsecamente a autonomia de um ordenamento − consiste na especificidade de um núcleo exclusivo de interesses e bens jurídicos que, por seu revelo para a vida social, carece de tutela singular e atrai para sua órbita toda uma trama de relações jurídicas afins, tendentes à realização daqueles bens e interesses (2005, p. 36). Nessa linha de considerações, importa evidenciar que o Direito Militar possui objeto específico, tutelando bens e interesses absolutamente privativos.

> los países civilizados hay uma disciplina jurídica, precariamente explorada, que en plano de la ley positiva se condensa en un conjunto de disposiciones orgánicas que coordinan, sicronizan y conciertan las relaciones derivadas de la vida marcial, que se denomina Derecho Militar. Es decir, que hay un orden jurídico particular dentro del orden jurídico general del Estado, constituído por la norma jurídica que tiende directamente a asegurar el mantenimiento de los fines esenciales de la institución militar.
> Este orden jurídico compreende los hechos que perturban la vida del soldado o la disciplina de las unidades orgánicas.

Com semelhante pensar, Venditti (1997, p. 2) reforça que :

> Il fatto è che la legge penale militare si presenta (almeno, all'origine) come espressione di um vero e proprio ordinamento, dotato di una sua spiccata ed unitaria fisionomia: l'ordinamento militare. Il quale vive e opera nello Stato una própria struttura fortemente individuata, com una propria gerarchia, com un próprio 'mondo' di soggetti e di interessi guiridici: quase uma piccola e caratterizata società (Il consorzio militare, per l'appunto) operante nell'ambito della più ampia società statuale.

Tal a razão de se poder vislumbrar, epistemologicamente, vários ramos especiais do Direito, voltados, precipuamente, para o estudo da área militar e seus notáveis fenômenos jurídicos. O Sistema Jurídico Militar ou Ordem Jurídica Militar ou ainda Ordenamento Jurídico Militar compõe um conjunto de disciplinas especiais, nomeadamente o Direito Constitucional Militar, o Direito Penal Militar, o Direito Processual Penal Militar, o Direito Administrativo Militar, além de outros que guardam pertinência com o emprego de Forças Armadas na solução de conflitos armados, inclusive o Direito Internacional.

Romeiro (1994, p. 1), de forma sucinta, coonesta a inequívoca existência da ordem jurídica militar, colacionando que:

> O complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições milita-

> res, cujo principal é a defesa da Pátria, qualifica uma ordem jurídica militar dentro no âmbito da ordem jurídica geral do Estado.

A preservação dessa ordem jurídica militar, na qual preponderam a hierarquia e a disciplina, exige obviamente do Estado, mirando a seus possíveis violadores, um elenco de sanções de naturezas diversas, de acordo com os diferentes bens tutelados − administrativas, disciplinares, penais etc.

Nesse ponto, lidando exatamente com o exame do fato jurídico militar e sua índole particular, Freitas (2003, p. 242) assevera:

> [...] Os problemas que envolvem a matéria muitas vezes são de difícil deslinde pela peculiaridade de seus institutos e pela própria necessidade de se conhecer o funcionamento da administração militar, bem como a cultura das FFAA. O que ao civil poderia configurar a prática do crime de maus-tratos, no ambiente militar pode caracterizar treinamento normal, inclusive regulamentado. A conduta que no âmbito de uma Procuradoria do MPM no Nordeste poderia aparentar maus-tratos, na Amazônia pode ser tida como absolutamente normal. O conhecimento dessa realidade, desconhecida dos civis, pelo Ministério Público, é fundamental para que se evitem injustiças na aplicação do direito.

Tal arcabouço jurídico especializado agrega as normas que disciplinam a aplicação do Direito Militar tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra.

Sob tal perspectiva, ao se observar o ordenamento jurídico militar da guerra, naturalmente se percebe que a severidade das punições guarda completa simetria com a gravidade do instante vivido, não se podendo, portanto, considerá-lo um Direito Penal de exceção, até porque o Direito Penal Militar da guerra vigora haja ou não conflito. Nesse diapasão, convém recordar que o Ministério Público Militar que acompanhou a Força Expedicionária Brasileira ao teatro de operações bélicas, na Itália, em 1944, atuando em centenas de processos que versavam sobre crimes militares de guerra, não se distanciou dessa compreensão jurídica, contribuindo, desse modo, para garantir o equilíbrio e o senso de responsabilidade no cumprimento das elevadas missões que foram cometidas aos militares brasileiros naquele momento tão

grave para toda a humanidade e, particularmente, para o Brasil, em sua primeira incursão nos campos de um conflito bélico de proporção mundial.

Princípios jurídicos, taxionomia, valores e institutos peculiares

Convém destacar que, por se referir a um sistema de ideias, o correto é que os princípios e institutos estejam, ontologicamente, a permear cada disciplina jurídica militar, de forma a preservar a unidade que caracteriza tal ordenamento jurídico. Isso se torna preponderante até para salvaguardar aquela noção de sistema explicitada por Kant, que o compreendia como "a unidade sob uma ideia, de conhecimentos variados ou, também, como um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios"[3]. Na mesma linha, Savigny também considerava o sistema como sendo a "concatenação interior que liga todos os institutos jurídicos e as regras de Direito numa grande unidade"[4].

Princípios são mandamentos que estruturam a base de toda e qualquer ciência. O Direito − como ciência que é − não poderia deixar de ter seus princípios informativos. Da mesma forma, cada ramo do Direito detém seus conceitos e princípios basilares, atraindo a indispensável autonomia. Nesse diapasão, Cretella Junior (1973, p. 47) destaca os chamados princípios setoriais, que se constituem "proposições que informam determinados ramos do direito", como são os princípios informativos do Direito Militar.

O alicerce científico das disciplinas militares tem nos princípios reitores da hierarquia e disciplina sua fundamentação, muito embora outros parâmetros contribuam para a formulação da base jurídica militar, ressaltando-se, por exemplo, o pundonor militar, o decoro de classe, a ética militar, o espírito de camaradagem, a lealdade etc., que são valores a ser cultivados em toda ambiência militar, irradiando-se sobre os institutos jurídicos. Com efeito, a plasmar todos os ramos jurídicos da árvore militar, estão os princípios da hierarquia e da disciplina. A própria Constituição brasileira, em seu art. 142, tratou de fixar referidos princípios como sustentáculos da ordem militar e, por via de consequência, da própria estrutura jurídica. Naturalmente que, em um ou outro ramo, a incidência dos princípios em comento se faz mais

[3] *Apud* Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito – introdução e tradução de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1996, p. 10.

[4] *Op. cit.* p. 10/11.

nítida, pela própria essência da disciplina, como no caso do Direito Penal e no Direito Disciplinar.

Desse modo, desde o ingresso nas fileiras armadas, perpassando por eventual atuação em campo de beligerância ou aplicação de sanções por indisciplina ou quebra da hierarquia, ou ainda quando a invalidez resulta na passagem do militar para a inatividade (previdência militar), tudo obedece a normas específicas que compõem o Direito Militar objetivo ou positivado.

Estudar, portanto, o Direito Penal Militar, o Direito Processual Penal Militar, o Direito Administrativo Militar, o Direito Disciplinar Militar, o Direito Previdenciário Militar e o próprio Direito Internacional Humanitário representa inegável progresso na compreensão de toda a ordem jurídica militar. Não é possível desnudar os fatos jurídicos que emergem no cotidiano de toda e qualquer força militar sem que se atente para tais disciplinas jurídicas. Aliás, o significado maior do entendimento desse singular campo de estudo é, justamente, propiciar maior cientificidade na elaboração dos institutos e uma interpretação mais coerente e sólida – apta à melhor visualização das normas e dos fenômenos que eclodem na caserna e que reclamam observação científica. Não por outro motivo, é notório que os institutos próprios de cada disciplina, com seus contornos específicos, somente podem alcançar a devida amplitude quando analisados em concordância com o sistema de onde emergidos. Do contrário, qualquer exegese realizada estará fadada à banalização do instituto ou norma e, por via de consequência, do próprio sistema jurídico particular.

Defende-se, por conseguinte, no presente trabalho, a necessidade de estudo de todo o ordenamento jurídico militar, visando sua mais elástica compreensão. Tal se deve, como bem ponderado por Canaris, pela necessidade de se observar se o Direito – e no caso em questão, o Direito Militar − possui a ordenação e a unidade indispensáveis como fundamento do sistema, até porque, consoante o predito autor, o papel do conceito de sistema é o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica[5].

Tal linha de abordagem se prende, necessariamente, à inafastável exigência de se descortinar, cientificamente, a ordem jurídica militar, com seus contornos e premissas valorativas particulares, muito em obediência, aliás, ao alerta de Karl Larenz de que "a missão do sistema científico é tornar visível

[5] *Op. cit.* p. 23.

e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente. Para isso, serve a descoberta dos princípios directivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídicos-estruturantes"[6].

3. DIREITO CONSTITUCIONAL MILITAR

Quando se analisa a pirâmide projetada por Hans Kelsen em sua análise do positivismo jurídico, observa-se que, no seu ápice, encontra-se, como não poderia deixar de ser, o Direito Constitucional. De fato, é notório que, desde o momento em que os Estados passaram a fundar sua estrutura sob a roupagem de um documento jurídico fundamental – refiro-me à Carta Constitucional −, naturalmente que toda a ordem jurídica estatal se subordina ao primado fundamental. A Constituição, como documento supremo de um Estado, funda a ordem jurídica, passando a inspirar toda a edificação jurídica porvindoura. Nada pode ser construído à revelia de tal marco normativo essencial.

O mesmo ocorre com a ordem jurídica militar, que tem seus alicerces demarcados no texto constitucional, que, inclusive, apresenta paradigmas próprios de um modelo jurídico castrense, reconhecendo, por assim dizer, um microcosmo jurídico e suas correlatas consequências. Veja-se, a propósito, o teor do § 3º, inciso X, art. 142, da Constituição Federal vigente:

> A lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e

[6] *In* Metodologia da ciência do direito, 3. ed., tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 694. A atual Constituição, é bem verdade, consagra uma teoria do crime propriamente militar, tendo, entretanto, remetido ao legislador infraconstitucional a difícil tarefa de fazer a definição de tal instituto. O ordenamento penal militar, sob o ângulo do direito positivo, está, atualmente, ancorado no vetusto Código Penal Militar de 1969, o qual carece, urgentemente, de ser reformado, adaptando suas normas aos tempos contemporâneos e às novas contribuições das ciências penais, muito em particular na seara da teoria do crime e dos tipos penais.
Fato é que, a despeito do evidente anacronismo das leis penais militares vigentes no País − sobretudo pelo fato de que sua emersão transcorreu em período histórico e político marcado por governo de transição −, não é menos certo que o Direito Penal Militar está assentado em princípios e institutos diversos dos cultivados no âmbito comum, revelando-se, pois, como braço especializado e não um mero apêndice do encetado ramo jurídico.

> outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais de guerra" (grifei).

Tudo isso revela um subsistema ou microssistema jurídico militar com contornos próprios, que se legitima pela própria costura constitucional.

Outros paradigmas podem ser apontados no texto magno, que, pela sua relevância, transmite a certeza da existência de um Direito Constitucional Militar. O reconhecimento das estruturas militares como instituições imprescindíveis à sustentabilidade do Estado Democrático de Direito denota um cenário de inequívoca consagração de tal arcabouço especializado, com seus princípios e valores. Não é por acaso, portanto, que foram relacionadas algumas exceções na Carta brasileira de 1988, apresentando, por exemplo, o paradigma de uma concepção de crime propriamente militar, em relação ao qual a prisão dispensa mandado judicial ou flagrante delito, *ex vi* do art. 5º, LXI. Idem em relação às punições militares, que desautorizam o manejo do *habeas corpus*, consoante o disposto no art. 142, § 2º.

As singularidades do ordenamento jurídico militar ensejaram, inclusive, no plano constitucional, a fixação autônoma da Justiça Militar da União e do Ministério Público Militar da União, com suas respectivas missões. De igual forma, contemplou a possibilidade de os estados da federação brasileira criarem suas Justiças Militares estaduais, tendo também, por foco, a natureza hierárquica e disciplinar das funções conferidas aos integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares.

Direito Constitucional Militar é, portanto, a disciplina que rege as relações promanadas das instituições militares – Forças Armadas ou Corporações Militares estaduais –, com seus princípios e valores singulares, voltadas, precipuamente, para a tutela da defesa nacional, da segurança pública e da defesa civil. Em suma, trata-se de um ramo que estuda o papel das instituições castrenses, no plano federal e estadual, garantidoras que são da soberania nacional e da ordem pública interna.

De tal matriz, originam-se todas as demais, a seguir examinadas, com seus inspirados matizes, a revelar um conteúdo tão particularizado, cujos referenciais teóricos não podem escapar de uma conotação científica.

4. DIREITO PENAL MILITAR

De há muito a doutrina chancelou a existência de um ramo especial do Direito Penal (Direito Penal especial, portanto), que versa sobre os peculiares institutos que constituem objeto de estudo próprio do Direito Penal Militar. Os penalistas são unívocos na tese de que o Direito Penal Militar realmente ostenta a condição de Direito Penal especial, tanto pelo trato singular conferido aos seus temas quanto pelo objeto particular sobre o qual recai sua tutela. Também compreendem a especialização em decorrência do órgão jurisdicional incumbido de sua aplicação, bem como em virtude das singulares consequências jurídicas incidentes sobre os infratores de suas normas.

Nessa rota, Mayrink da Costa (2005, p. 34) pontifica que "a especialidade do Direito Penal Militar, sua substantividade, consequência e autonomia fundamentam-se cientificamente na comprovada existência de uma categoria de bens e interesses específicos, cuja violação ou periclitação determina o ilícito penal militar ao que corresponde o tipo especial de pena".

A seu turno, Bandeira (1925, p. 26) assenta que sob quatro aspectos pode ser visto o Direito Penal Militar, a saber:

> a) no sentido subjetivo é a doutrina jurídica que estuda os princípios gerais relativos à organização e ao funcionamento das forças armadas na sociedade civil; b) no sentido objetivo, é aquela parte da legislação que define os crimes militares e estabelece as respectivas penas; c) no sentido substantivo ou material é o conjunto dos princípios jurídicos que servem de fundamento e limite aos conceitos de crimes e penas militares; d) no sentido adjetivo ou formal é o complexo das normas processuais por que se tornam efetivos os preceitos e as sanções da legislação militar.

Buscando um paralelo no Direito Comparado, é possível deparar-se com o lúcido argumento de Venditti (1997, p. 31), em torno da especialidade da norma penal militar, como se dessume do seguinte excerto doutrinário:

> La legge penale militare è speciale perché è complementare alla legge penale comune; è speciale perché, nella massima parte delle sue norme, si rivolge a una

> determinata categoria di so ggetti (quella dei militari); è speciale, infine, perché, molte sue norme incriminatrici contengono degli elementi specializzanti rispetto alle norme incriminatrici comuni. Tali caratteristiche di specialità provengono dal fatto che la legge pena militare è ordinata al raggiungimento di finalità particolari e alla tutela di interessi giuridici speciali, che già abbiano avuto occasione di ricordare e a tutela dei quali le norme speciali creano un'area normativa in cui vige una disciplina derogante alle norme penali comuni.

De fato, o arcabouço penal militar envolve temas de elevada indagação, como a teoria do crime militar[7] e a teoria da sanção penal militar, apresentando normas com traços tão distintos dos versados no Direito Penal comum, que acabam por derrogar as normas penais comuns, fazendo-se prosperar sobre estas, quando seu objeto visa a tutela dos bens e interesses afetos ao cenário castrense.

Quanto ao sistema de penas, impende destacar o elevado grau de severidade das sanções previstas, no Brasil, tanto em tempo de paz quanto em tempo de guerra – ocasião em que é admissível até a pena capital.

Por tais aspectos, Pessôa (1988, p. 148) explicita que

> [...] Reconhece-se, em uma visão panorâmica dos nossos dias, que em todos os países civilizados há uma disciplina jurídica precariamente explorada, que no plano da lei positiva se condensa em um conjunto de disposições orgânicas que coordenam, sincronizam e

[7] A atual Constituição, é bem verdade, consagra uma teoria do crime propriamente militar, tendo, entretanto, remetido ao legislador infraconstitucional a difícil tarefa de fazer a definição de tal instituto. O ordenamento penal militar, sob o ângulo do direito positivo, está, atualmente, ancorado no vetusto código penal militar de 1969, o qual carece, urgentemente, de ser reformado, adaptando suas normas aos tempos contemporâneos e às novas contribuições das ciências penais, muito em particular na seara da teoria do crime e dos tipos penais.
Fato é que, a despeito do evidente anacronismo das leis penais militares vigentes no País − sobretudo pelo fato de que sua emersão transcorreu em período histórico e político marcado por governo de transição −, não é menos certo que o Direito Penal Militar está assentado em princípios e institutos diversos dos cultivados no âmbito comum, revelando-se, pois, como braço especializado e não um mero apêndice do encetado ramo jurídico.

> concertam as relações derivadas da lei marcial, que se denomina Direito Militar.
> Isto é, há uma ordem jurídica particular, dentro da ordem jurídica do Estado, constituída pela norma jurídica, que se tende, diretamente, a assegurar a manutenção dos fins essenciais às instituições militares. Essa ordem jurídica compreende os fatos que dirigem a vida do militar, ou a disciplina das unidades orgânicas.

Sobre o crime militar, como instituto próprio desse ramo especialíssimo do ordenamento repressivo, impende salientar que, desde os romanos, tem sido aceita a divisão do crime militar em duas categorias: crimes propriamente militares e impropriamente militares. Os primeiros, conceituados como infrações somente passíveis de cometimento por militares, ou como sustentado por Bandeira (1919, p. 30), "infrações específicas e funcionais da profissão do soldado". Como exemplos citam-se os crimes de deserção, abandono de posto, desacato a superior, motim etc. Os impropriamente militares são crimes comuns, que adquirem a feição militar, em virtude de algum elemento especializante, como o local em que praticado, o tempo, o bem atingido etc. Desse modo, a receptação de armas militares, por exemplo, é crime impropriamente militar em razão da natureza do bem tutelado, integrante do patrimônio militar.

Bandeira (1925, p. 118), distinguindo os crimes propriamente dos impropriamente militares, expõe que:

> Os primeiros supõem, a um tempo, qualidade militar no ato e caráter militar no agente. São os crimes que, conforme o ensinamento de certa doutrina, constituem um resíduo de infrações irredutíveis ao direito comum.
> Os segundos são crimes intrinsecamente comuns, mas que se tornam militares já pelo caráter militar do agente, já pela natureza militar do local, já pela anormalidade da época ou do tempo em que são cometidos. Ou, ao contrario, são crimes objetivamente militares praticados, porém, por paisanos.

Durante o estado de guerra, que passou a viger no Brasil a partir de 31 de outubro de 1942, consoante Decreto nº 10.358, ainda imperava, em matéria penal militar, o antigo e muito criticado Código Penal da Armada, que remonta a 1891. Em 1º de outubro de 1942, Getúlio Vargas houve por bem baixar o

Decreto-Lei nº 4.766, que definia crimes militares e contra a segurança do Estado. O art. 67 da norma focada continha a previsão da retroatividade de seus dispositivos aos crimes contra a segurança externa, à data da ruptura de relações diplomáticas com a Alemanha, a Itália e o Japão. Mitigando tal regra, o art. 68 explicitava que, em caso de aplicação retroativa da propalada lei, a pena de morte seria substituída pela pena de reclusão por trinta anos.

Posteriormente, aflorou o Código Penal Militar de 24 de janeiro de 1944[8], que vigorou ao longo da participação brasileira no teatro de Operações da Segunda Guerra Mundial, somente sendo substituído em 1969, pelo Decreto-Lei 1.001, que deu vida ao atual Código Penal Militar brasileiro.

O Código de 1944 filiava-se, pode-se dizer assim, à dicotomia romana, distribuindo, em sua Parte Especial, crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares, prevendo uma regra de extensão, no art. 6º, para os crimes militares em tempo de paz; e outra, no art. 7º, para os crimes militares em tempo de guerra. A configuração do crime impropriamente militar dependeria da análise dos critérios especializantes contidos nas preditas normas de extensão ou de tipicidade indireta.

Por conseguinte, no Código Penal Militar de 1944, constituíam crimes propriamente militares, que atentam contra a autoridade e a subordinação militar, as seguintes descrições típicas: motim e revolta (art. 130); omissão diante do motim ou da revolta (art. 131); concerto para motim e revolta (art. 132); violência contra superior (art. 136); desrespeito a superior (art. 139); desacato a superior (art. 225); despojamento de uniforme (art. 140 e parágrafo único); insubordinação (art. 141); publicação ilícita (art. 144); assunção ilegal de comando (art. 145); conservação ilegal de comando (art. 146); movimentação ilegal de tropa (art. 147); violação de território estrangeiro (art. 148); uso ilegal de uniforme de posto superior (art. 149); requisição militar abusiva (art. 150); rigor excessivo na punição de subordinado (art. 151); violência contra inferior (art. 152); ofensa a inferior mediante ato aviltante (art. 153).

[8] Curial dizer que o Código Penal Militar de 1944 contemplava, em seu art. 319, norma explicativa no sentido de considerar como funcionários da administração militar, para fins de aplicação da referida lei, os magistrados e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Classificáveis como crimes propriamente militares contra o serviço militar, no Diploma Repressivo Militar de 1944, seriam as seguintes condutas típicas: deserção (art. 163); deserção após ausência autorizada (art. 164); criação ou simulação de incapacidade (art. 164, IV); deserção imediata (art. 165); concerto para deserção (art. 167); deserção após evasão ou fuga (art. 168); e omissão de oficial (art. 170).

Por sua vez, o referido Código Penal Militar dispunha sobre condutas típicas contra o dever militar, que podem ser consideradas infrações propriamente militares: abandono de posto (art. 171); descumprimento de missão (art. 172); retenção de documento (art. 173); ineficiência de força (art. 174); omissão de comandante para evitar danos (art. 175); omissão de comandante diante de sinistro (art. 176); omissão do comandante em face de sinistro (art. 177); embriaguez em serviço (art. 179); ato de dormir em serviço (art. 179); e comércio ilícito (art. 180).

Diversamente do Direito Penal Militar da Paz, em que as condutas típicas são sancionadas com penas mais condizentes com tal período, o ordenamento repressivo militar estabelece, para o tempo de guerra, sanções bem mais severas, contemplando, inclusive, a própria pena de morte. Nesse sentido, o Código Penal Militar de 1944 previa, em sua Parte Especial, em Título Único referente à Segunda Parte, os delitos militares em tempos de guerra. Dentre estes, os que fixavam a sanção máxima de pena capital eram os seguintes tipos penais: traição (arts. 265 a 271); covardia (arts. 273 e 274); espionagem (275); motim e revolta, em relação aos cabeças (art. 277 e parágrafo único); insubordinação e violência (arts. 278 e 280, parágrafo único); inobservância do dever militar (art. 283, parágrafo único do art. 286, art. 289 e § 1º do art. 290); outros crimes de auxílio ao inimigo (parágrafo único do art. 295 e arts. 296 e 297); deserção (297); abandono de posto (art. 301); homicídio (inciso III do art. 302); crimes contra o patrimônio (arts. 305 e 306); dano (arts. 307, 308 e 309); crimes de perigo comum (art. 310, I e II); violência carnal (parágrafo único, “b” do art. 312).

Cabível lembrar que, durante a Segunda Guerra Mundial, foram aplicadas duas penas de morte, que, todavia, não lograram execução em virtude de sua comutação para prisão perpétua, pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas. Posteriormente, a pena de prisão perpétua terminou sendo atenuada para 30 anos de reclusão.

No período bélico, o Direito Penal da guerra passa a desempenhar papel de imensa importância, visto tutelar a coesão das Armas Nacionais, alçadas à

condição de sentinelas vigilantes da defesa nacional[9]. É dentro dessa conotação axiológica que Ferraz (1992, p. 39) explana:

> [...] Para além da necessidade, reconhecidamente imperiosa, da preservação, no seio das Forças Armadas, do bipé hierarquia-disciplina, impulsionam-no, a latere, princípios dirigidos tanto ao fortalecimento do espírito militar e da eficiência quanto a valores fundamentais outros, como o sendo de dever, o ânimo combativo, a coragem, a lealdade, a responsabilidade, a obediência hierárquica, a ética e o culto às tradições.
>
> Demais disso, à legislação penal militar, esquadrinhada pelo prisma teleológico, incumbe inibir os fatores de desagregação, de distorção e de fereza que qualquer aglomeração humana maior carrega dentro de si, em estado latente.
>
> Por outro lado, deriva da lógica mais comezinha a noção de que uma Força Armada em campanha, posta sob o fogo implacável do inimigo, e sujeita a perigos circundantes de todos os matizes, exige para a sua segurança cautelas superiores e multiplicadas, de sorte que as próprias normas penais militares editadas para o tempo de paz devem flectir ante situações que estampem a marca da excepcionalidade.
>
> De feito, o sucesso das armas, o qual, não raro, se confunde com a própria salvação do país, depende, em larga medida, da existência de criteriosos preceitos punitivos especiais previstos para o tempo de guerra, necessidade que domina todas as outras considerações porventura oponíveis, sem, todavia, chegar propriamente a conferir incondicionada prevalência à parêmia inter armas silent leges, sempre que a nação se encontre estruturada em um autêntico Estado de Direito.

Diante da longevidade e importância do Direito Penal Militar, que – seja em tempo de paz, seja de guerra − moldou comportamentos daqueles que se in-

[9] Zaffaroni e Cavallero (1980, p. 46), ratificando tal ponto de vista, aduzem que "la seguridad nacional es la seguridad de los bienes jurídicos masivamente considerados y de la existencia de la Nación como tal, frente a peligros catastróficos. La guerra es un estado de necesidad enorme o formidable, que es susceptible de prevenirse, lo que da su razón de ser al derecho penal militar, puesto que la prevención de tales males demanda la presencia de un cuerpo técnico cuya eficacia depende del orden y de la disciplina, como condición indispensable para su prontitud y precisión de acción".

tegravam às fileiras castrenses, no propósito de cumprir as elevadas missões previstas constitucionalmente, garantindo também a imprescindível tutela da coesão das instituições militares, força é convir por sua patente autonomia. Com muita razão, por conseguinte, Mayrink da Costa, quando afirma: "Destarte, mais por comodidade do que por convicção científica, não são poucos os que ainda consideram o Direito Penal Militar como um simples satélite do Direito Penal comum, destituído de condições necessárias para aspirar à consagração de uma disciplina jurídica autônoma"[10].

5. DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR

O devido processo penal militar também representa garantia fundamental para todo aquele que venha a responder pela prática de um crime perante a Justiça Militar.

Em razão disso, muito naturalmente vicejou o Direito Processual Penal Militar ao lado do Direito substantivo, explicitando os ritos e as formas pelas quais deveria gizar o processo no âmbito jurisdicional castrense.

Importa salientar que, embora haja muita similitude dos procedimentos adotados na seara militar com aqueles decorrentes do processo comum, não é menos certo que há diferenças e particularidades próprias desse ramo especial, sobretudo por adotar o denominado sistema de escabinato.

É que, para atender à instrumentalização ou formalização do Direito material castrense, é notório que o Direito Processual Penal Militar também reflete dita especialização, absorvendo os princípios próprios de tal ordenamento, de sorte que o processo penal militar está todo ele permeado pela hierarquia e disciplina, desde a fase que o antecede (Inquérito Policial Militar), até o contraditório propriamente dito, assegurando-se a harmônica aplicação de tais parâmetros substantivos, embora jamais se afastando dos dogmas constitucionais que a tudo regem.

O Direito Processual Penal Militar tem por objeto, portanto, a aplicação do Direito Penal Militar, podendo ser conceituado como o complexo de normas

[10] *Op. cit.* p. 35.

e princípios que trata das formas de aplicação da lei penal militar e de suas sanções.

A estrutura da Justiça Militar em tempo de paz e em tempo de guerra está prevista no Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei 1002/69) e na Lei de Organização Judiciária Militar da União (Lei 8.457/92).

Incumbe, constitucionalmente, à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares previstos em lei, sendo certo que, para bem aplicar as normas do Direito Penal Militar, os integrantes de tal foro especial são concursados, da mesma forma que os membros do Ministério Público Militar que atuam em tal contexto jurisdicional. Eis a razão que levou Marques (1953, p. 135/136) a tecer as seguintes considerações:

> A justiça militar é das poucas jurisdições especiais cuja existência se justifica. Não se trata de um privilégio de pessoas, mas de organização decorrente, como lembra Astolpho Rezende, das 'condições especiais' que ligam pessoas e atos de índole particular atinentes ao organismo militar, como também pela natureza das infrações disciplinares, aptas a comprometer a ordem jurídica e a coesão dos corpos militares. Como diz um notável escritor italiano, trata-se de juízes especiais, técnicos, juízes naturais do soldado, que sabem pesar os danos que à disciplina e ao serviço, ao bom estado militar podem custar as infrações e que a este dano proporcionam a adequada sanção.

Também é indispensável que o Direito Processual Penal Militar seja frequentemente visitado, objetivando o melhor desenvolvimento de suas normas e institutos, inclusive com a perspectivação de que haja a reforma de alguns ritos e aplicação de novos institutos, como a suspensão condicional do processo e a aplicação de pena imediata, dentre outras inovações contemporâneas que procuram viabilizar a tão almejada efetivação da justiça.

6. DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

Sobre tal ramo, ousa-se tecer algumas considerações mais aprofundadas, pelo fato de que – até bem pouco tempo −, não era o Direito Administrativo Militar antevisto como disciplina propriamente dita, vindo a conquistar tal

condição a partir do reconhecimento haurido em artigos de revistas especializadas, bem como passando a figurar nos próprios concursos de ingresso na carreira do Ministério Público Militar.

É que, até então, no denominado contexto administrativo militar, em que se revelam inumeráveis institutos e princípios jurídicos, escassos eram os estudos científicos voltados para a explicitação de seus aspectos singulares, acarretando um lacunoso espaço, que, em verdade, não poderia relegar a ampla gama de consequências jurídicas projetadas por esse ramo especial do Direito Administrativo que se denomina Direito Administrativo Militar.

Com efeito, quer sob o aspecto orgânico-material, quer sob o orgânico-funcional, são bem densos os efeitos decorrentes do contencioso castrense, a reclamar, *et pour cause*, acurada e detida análise, que jamais poderia prescindir de uma projeção epistemológica.

6.1. Conceito e posição da disciplina no âmbito da Ciência Jurídica

O Direito Administrativo comum ou *lato sensu* vem a ser o ramo do Direito Público que estuda os aspectos atinentes à Administração Pública, seus órgãos e seus agentes, ontologicamente ligados à noção de Estado.

Entre os conceitos mais difundidos na doutrina brasileira, sobressai-se o do inesquecível Hely Lopes Meirelles, para o qual o Direito Administrativo é "o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado"[11].

Tal conceito, por sua amplitude, demonstra que o campo de estudo do Direito Administrativo atinge as várias faces da atividade administrativa, inclusive os atos praticados no âmbito dos demais poderes, quais sejam, o Legislativo e o Judiciário.

Ramo especialíssimo do Direito Administrativo, o Direito Administrativo Militar não discrepa do conceito citado; antes com ele se coaduna, enfocando o tema pertinente à relação do servidor militar federal (integrantes

[11] Hely Lopes Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, p. 24.

das Forças Armadas) e do servidor militar estadual (integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros de cada estado-membro) com a respectiva Força ou corporação. Estuda o campo dos direitos e obrigações dos servidores militares ativos e inativos (reformados ou da reserva), arrimado na Constituição Federal e em diversas fontes legais esparsas (leis, decretos, regulamentos e portarias aplicadas a tal categoria de servidores), enfatizando os aspectos da inclusão ou ingresso no serviço ativo militar, remuneração, promoção, deveres e obrigações, prerrogativas do exercício da função militar etc.

Adicionado a isso, trabalha com o conceito de administração militar, sinalando seus princípios estruturais e os balizamentos que dão substrato à atuação dos diversos órgãos administrativos militares e seus agentes.

Desse modo, o Direito Administrativo Militar pode ser entendido como ramo especial do Direito Administrativo comum, que, por meio de um conjunto de princípios jurídicos entrelaçados, disciplina e regula a atuação dos órgãos militares, dos agentes/servidores militares, objetivando atingir a função constitucional reservada às forças militarizadas.

Em face do ordenamento jurídico pátrio, por conseguinte, o Direito Administrativo Militar constitui braço especializado do Direito Administrativo comum. Sobre o tema, Caetano (1970, 46), justamente no tópico concernente aos "Ramos de Direito Administrativo", pontifica que "mais correntemente aparece a distinção entre o Direito administrativo comum e certos ramos especiais, caracterizados pelo objecto das normas que os constituem. Há assim, sem dúvida, um Direito administrativo militar dominado por alguns princípios peculiares à coesão e disciplina das forças armadas, donde resultam bastantes particularidades em relação ao Direito Comum". O precitado jurista, portanto, já observava, década atrás, a existência de ramos especiais interligados ao Direito Administrativo comum, inserido, nessa categoria, o Direito Administrativo Militar, pela sua singularidade.

Semelhantemente ao berço de sua origem, já que o Direito Administrativo Militar é um ramo especial do Direito Administrativo *lato sensu*, sua posição se situa no contexto do direito público, regendo-se pela persecução do interesse público ou comum, na medida em que consagra as normas e os princípios reguladores da atuação das organizações castrenses, voltadas ao desempenho de funções típicas do Poder Público, indelegáveis ao segmento privado, por expressa definição constitucional, como sejam as funções de segurança externa e de segurança interna.

6.2. Objeto de estudo do Direito Administrativo Militar

A administração militar, tanto em sentido objetivo-material ou substancial quanto em sentido subjetivo-orgânico ou funcional, constitui vastíssima e complexa seara de eclosão de relações jurídicas e institutos singulares.

Aliás, basta examinar o organograma das instituições militares para se ter uma ideia da sua estruturação orgânica e funcional, que, em nível federal, principia pelo próprio Presidente da República como Chefe Supremo das Forças Armadas, perpassando pelo Ministério da Defesa, pelos Comandos Militares, até unidades setoriais castrenses, tudo muito bem articulado sob o império de princípios rígidos de integração, máxime a hierarquia e a disciplina.

A toda evidência, o funcionamento do aparelho estatal militar reclama uma multifária gama de atos e processos administrativos, que leva em conta os aspectos específicos da atividade castrense, a começar pela própria distinção entre servidor público militar e servidor público civil, com suas implicações próprias no terreno da regulação normativa. Desse modo, a administração militar possui um conjunto de normas que disciplina sua engrenagem funcional, inclusive com diploma normativo direcionado para os denominados servidores especiais da pátria, na dicção do estatuto orgânico castrense – Lei nº 6.880/81.

Desde o ingresso no segmento castrense, passando pela preparação, pela formação e pelo aperfeiçoamento do militar, nas diferentes especialidades e quadros funcionais – armas, engenharia, cavalaria, infantaria, aviação, naval etc. −, o servidor militar é submetido a regras próprias que − após o compromisso inicial − balizam todo o seu comportamento, sendo, portanto, indeclináveis para os que abraçam tão espinhoso ofício. Assim, à guisa de ilustração, o militar é submetido a treinamentos intensos, como o de sobrevivência na selva, inclusive passando por privações extremas, como fome, frio, sede, sem que disso se possa inferir prática de maus-tratos, posto que é da essência de tal profissão práticas que envolvam riscos considerados permitidos[12].

[12] Tudo naturalmente dosado pela observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O enfoque das peculiaridades do ambiente castrense já demonstra, com toda certeza, a relevância do Direito Administrativo Militar, que jamais poderia ser bem compreendido se porventura estudado de forma dispersa e sem lastro científico. Por conseguinte, seja no plano de sua estrutura organizacional − ampla e complexa − seja, outrossim, no plano de sua estrutura funcional, a administração castrense – objeto de estudo próprio do Direito Administrativo Militar − contempla tantas e tão intricadas questões que sua abordagem deve ser realizada com toda a acuidade, sobretudo para preservar sua identidade e autonomia.

Correia (1998, p. 28) explicita que o Direito Administrativo, enquanto ciência que tem como objeto a elaboração dogmática e a exposição sistemática do setor ou fração da ordem jurídica que disciplina a Administração Pública, costuma dividir-se em Direito Administrativo geral e Direito Administrativo especial. Na acepção do ventilado autor, o Direito Administrativo geral inclui o estudo das normas fundamentais desse ramo do Direito, os seus conceitos basilares e os seus princípios gerais, versando, ainda, sobre matérias como a relação entre a Administração e o Direito, a organização administrativa, a atividade administrativa (regulamentos, atos administrativos e contratos administrativos), além dos direitos e garantias dos cidadãos perante a Administração Pública. Por sua vez, o Direito Administrativo especial incide sobre matérias que dizem respeito a setores específicos do Direito Administrativo (por exemplo, o Direito Administrativo da economia, o Direito Administrativo cultural, o Direito Administrativo Militar, o Direito do ordenamento do território e do urbanismo, o Direito das telecomunicações, o Direito Administrativo social, o Direito Administrativo do ambiente, o Direito Administrativo da água e o Direito financeiro)[13].

Por conseguinte, forçoso reconhecer a existência de ramo do conhecimento jurídico, ainda que especialíssimo, como é o caso, a partir do momento em que se pressinta que ele, além de possuir objeto de estudo próprio (*rectius*: Administração Pública Militar em seus aspectos subjetivo-orgânico e objetivo-material), labore com princípios típicos, inexistentes em outros campos do Direito, como a hierarquia, a disciplina, a ética e o pundonor militares, só para citar alguns. Tais princípios, inelutavelmente, estão imbricados em toda a estrutura da Administração Pública castrense, lançando seus efeitos para inúmeros institutos que lhe são afins, inclusive refletindo-se na exegese

[13] *Apud* Alguns conceitos de direito administrativo, p. 28, Almedina, Coimbra, 1998.

dos denominados ilícitos penais militares, que, induvidosamente, assimilam vários dos conceitos inerentes à disciplina sob foco, como se colhe das definições técnicas de superior hierárquico, precedência, antiguidade, obediência, dever militar, graduação, posto, refratário, insubmissão, incorporação, formatura, material bélico, comissão de natureza militar, militar em serviço, militar em situação de atividade, período de manobras ou exercício, militar reformado, militar de reserva, período de prontidão, vigilância, observação, acampamento ou acantonamento, função de natureza militar etc. Cientificamente, portanto, o ramo especial em análise possui todos os requisitos indispensáveis para ser tratado com a devida autonomia, à semelhança, muito a propósito, do que ocorre com as demais disciplinas que integram o ordenamento jurídico militar.

7. DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR OU DIREITO DISCIPLINAR MILITAR

Também denominado Direito Administrativo Disciplinar Militar, entende-se por tal ramo especial o conjunto de regras que estudam os princípios, os atos de transgressão, os procedimentos e as sanções inerentes à disciplina e à coesão das forças militarizadas. Contempla o estudo pormenorizado da transgressão disciplinar, sua natureza jurídica, seus reflexos e os mecanismos indispensáveis à sua aplicabilidade.

Para Assis (2007, p. 67), o Direito Disciplinar Militar

> é aquele que se ocupa com as relações decorrentes do sistema jurídico militar vigente no Brasil, o qual pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes, Chefes e Diretores militares (conferido por lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhes são subordinados, relação essa tutelada pelos regulamentos disciplinares quando prevê as infrações disciplinares e suas respectivas punições, e controlada pelo Pod2er Judiciário quando julga as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares.

Na Wikipédia, a disciplina surge com o seguinte conceito: “O Direito Administrativo Disciplinar Militar é o ramo do direito que se dedica ao estudo das relações que ocorrem entre a Administração Pública Militar, estadual ou

federal, e os seus integrantes"[14]. Logo a seguir, ao cuidar de seu processo evolutivo, consigna que "a doutrina tem contribuído para o aprimoramento deste ramo especializado do direito"[15]. Nesse diapasão, importa destacar que a contribuição das revistas jurídicas especializadas − que também são importantes repositórios de estudos acerca do direito militar e da jurisprudência dos tribunais militares brasileiros −, vêm servindo para a consolidação desse importante ramo jurídico. Dentre tão notáveis veículos, importa citar a Revista do Superior Tribunal Militar, a Revista do Ministério Público Militar, a Revista de Direito Militar da Associação das Justiças Militares Estaduais (AMAJME), a Revista de Estudos & Informações da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, além do Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, com divulgação de sólidos e densos trabalhos jurídicos sobre o Direito Militar *lato sensu*.

Tudo isso sedimenta o lastro científico da propalada disciplina, arrimando seus fundamentos teóricos e consolidando sua existência autônoma.

Sobre o ângulo do Direito Disciplinar Militar, aliás, incumbe trazer a lume alguns aspectos da reforma constitucional alusiva ao Poder Judiciário, que engendrou a produção da Emenda nº 45/2004, acarretando, dentre outras modificações, a ampliação da competência da Justiça Militar estadual, cujo alcance se estendeu para o julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

A referida alteração constitucional atende ao anseio dos que sempre defenderam a necessidade de se concentrar as decisões afetas à criminalidade e à disciplina militares no órgão jurisdicional especialmente estatuído na Constituição para tal mister, com a garantia da celeridade e uniformidade jurisprudencial.

Em razão disso, é de se esperar que idêntica mudança aconteça no contexto da jurisdição militar federal, até porque os motivos que ensejaram a alteração de competência daquela Justiça estadual são similares aos que justificam a ampliação também no âmbito da Justiça Militar da União. Qualquer

[14] Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_Administrativo_Disciplinar_Militar>. Acessado em: 17 jul. 08.

[15] Trecho extraído do mesmo *link* supracitado, com mesma data de acesso.

procedimento diverso contraria, frontalmente, o primado da simetria constitucional, em claro prejuízo para as instituições que balizam o Estado Democrático de Direito. Muito crível, sob tal prisma, que a própria e já esmiuçada unidade do ordenamento jurídico militar acarrete e até recomende uma atuação jurisdicional especializada cumulativa, que abarque tanto o processo e julgamento dos crimes militares, mas também dos ilícitos administrativos militares, que, de qualquer modo, venham a afetar a atuação das instituições militares, tanto em nível estadual quanto federal[16].

8. DIREITO PREVIDENCIÁRIO MILITAR

É relevante frisar que os militares possuem um regime previdenciário próprio, dadas as próprias e inarredáveis singularidades do ofício castrense – sujeito, não raras vezes, a toda sorte de sacrifícios, com muitos reflexos na vida pessoal e familiar.

Tudo isso reclama um modelo particular, com normas que resguardem o profissional das armas das inevitáveis ocorrências ao longo do desempenho da atividade abraçada, sujeita a diversos riscos tolerados, muitos dos quais involuntariamente assumidos. Não é de se esquecer que, no Brasil, o serviço militar é compulsório, sujeitando o jovem a uma formação rígida, com treinamentos que envolvem manuseio de armas e munições de grosso calibre, condução de blindados, exercícios de sobrevivência em condições inóspitas etc.

Nesse sentido, o Direito Previdenciário Militar se apresenta como sendo um ramo especial voltado para o estudo das normas, princípios e atos decorrentes da inativação dos militares, abrangendo a reserva, a reforma, as pensões militares e outros benefícios de natureza assistencial e previdenciária.

Convém asseverar, ainda, que o direito previdenciário militar regula vários tipos de inativação, bem como diversas modalidades de pensões militares,

[16] Afinal, a Justiça Militar estadual julga crimes militares praticados por integrantes das corporações estaduais, que também têm por balizas a hierarquia e a disciplina, atuando na prestação de serviço que não pode sofrer solução de continuidade. Para tanto, os Códigos aplicados são os mesmos que a Justiça Militar da União utiliza em seus julgamentos. Pode-se até dizer que, mesmo na seara disciplinar, os regulamentos são muito semelhantes aos empregados pelas Forças Armadas, a demonstrar uma simetria que em tudo referenda a mesma ampliação competencial conferida à Justiça Militar dos estados.

incluindo aquelas decorrentes de participação em operações bélicas, denominadas de pensões de ex-combatentes e outras de natureza especial, com feição de prêmio ou reconhecimento pela contribuição para a defesa da Pátria.

Por outro lado, ocorrem muitos acidentes em serviço, pela natureza arriscada da atividade, a exigir adequação aos regramentos que garantem proteção ao militar invalidado ou incapacitado para o ofício militar. Tudo isso é tratado nesse campo jurídico especializado, com profusa quantidade de normas e processos específicos de formalização dos atos de reforma ou de assistência médico-hospitalar, com os benefícios inerentes.

Tal ramo ainda está se formando, havendo poucos trabalhos doutrinários sobre seus institutos. Necessita, naturalmente, de um esforço hermenêutico, para melhor esclarecer seus contornos. Entretanto, não se pode relegar sua relevância para as instituições militares, já que lança efeitos significativos na administração castrense, reclamando atenção toda especial.

9. DIREITO INTERNACIONAL DOS CONFLITOS ARMADOS (OU DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO)

O Direito Internacional dos Conflitos Armados pertence aos domínios do Direito Internacional Público, mas seu estudo é de suma importância para os que laboram com o Direito Militar *lato sensu*. É que suas normas interferem, necessariamente, na construção do Direito Militar interno de todo e qualquer país, máxime os signatários do Estatuto Penal de Roma.

Destarte, envolve, por exemplo, o estudo das normas adotadas pelo Brasil, em matéria de conflitos armados, inclusive aquelas pertinentes ao Estatuto Penal de Roma e ao Tribunal Penal Internacional.

Torna-se, pois, um ramo de grande referência para as esferas militares, visto que apresenta o rol de regras que, atualmente, regulam o Direito de guerra, as questões emergidas ao longo de um conflito armado, a conduta que deve presidir as operações bélicas, os direitos e deveres dos militares durante uma conflagração, a proteção dos Direitos Humanos durante o conflito, dentre outros.

É correto dizer que o Brasil é signatário de várias normas de caráter internacional sobre conflitos armados, embora nem sempre tenha cuidado de

adequá-las, internamente, para sua plena vigência e eficácia. O estudo do Direito Internacional dos Conflitos Armados representa, pois, passo essencial na análise de tais aspectos, até para precisar as responsabilidades do País em relação às tropas militares que venham a ser deslocadas para atuar em missões de paz ou mesmo em conflitos armados eventualmente deflagrados.

Questões atinentes aos Direitos Humanos, ao uso de minas antipessoais e armas químicas, por exemplo, devem merecer o acurado exame, com a introdução da disciplina em todas as academias de formação militar.

10. CONCLUSÕES

Em estudo que traz à reflexão relevante campo do saber jurídico – o ordenamento jurídico militar −, a primeira conclusão é a de que somente o exame crítico dos institutos e princípios que alicerçam seus ramos propiciará seu amadurecimento e impulsionará novas perspectivas, com o surgimento de teses e propostas interpretativas.

Em termos de classificação, os ramos do Direito Militar ostentam natureza especial, com princípios e institutos próprios, cujo exame científico deve ser feito de forma autônoma, permitindo bem situar o seu objeto de estudo, com suas indefectíveis conotações.

A cientificidade do Direito Militar tem pertinência com sua principiologia e seu campo próprio de emersão de efeitos jurígenos, com diversidade do trato de institutos que também campeiam no Direito comum − Penal, Administrativo, Disciplinar ou Previdenciário.

A imprescindibilidade do enfoque científico da matéria reside na essência de seu objeto de estudo, que necessita de análise autônoma e uniforme, desatrelada de vícios e preconceitos de outros setores jurídicos, que ignoram sua existência ontológica.

O estudo do Direito Militar – inabordável nas universidades pátrias, mesmo por meio de disciplinas optativas −, deve ser implantado e/ou reforçado urgentemente nas academias de formação militar, com programas compatíveis, para que o bacharel em Ciências Militares – futuro gestor da Administração Militar, desde logo se contextualize com os princípios e institutos de tal campo jurídico especializado.

De igual forma, urge seja desencadeado um estudo mais científico do Direito Militar, inclusive em nível de Direito Comparado, com a implantação de cursos de especialização em tal segmento, com a produção de monografias e estudos mais aprofundados, visando o seu mais amplo desenvolvimento.

As Justiças Militares – federal e estadual, previstas, constitucionalmente, para aplicar o Direito Militar, devem, sempre que possível, alcançar uniformização de sua jurisprudência, unindo esforços na construção de novos paradigmas para esse ramo especializado.

A integral reforma do Judiciário, ainda pendente, há de propiciar ampliação da competência da Justiça Militar da União, com destaque para a atuação monocrática dos juízes-auditores na solução de questões afetas ao Direito Disciplinar Militar, conforme ocorre com sua homóloga – a Justiça Militar estadual.

Por fim, é recomendável a criação de Tribunais Regionais Federais Militares, como cortes recursais, haja vista que a Justiça Militar é a única que – na estrutura do Poder Judiciário Nacional − não tem respeitado o duplo grau de jurisdição, deslocando tal papel para o Superior Tribunal Militar, o que se revela inadequado e em descompasso com a própria construção constitucional.

11. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo.** Curitiba: Juruá, 2007.

BANDEIRA, E. O. T. **Direito, Justiça e Processo Militar**, 1º volume, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919.

BANDEIRA, E. O. T. **Tratado de direito penal militar**, Parte Geral, volume primeiro. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor,1925.

BOBBIO, N. *et al.* **Dicionário de política.** tradução Carmen C. Varriale *et al*.; coordenação da tradução João Ferreira, revisão geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

CAETANO, M. **Manual de direito administrativo.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CANARIS, C. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Introdução e tradução de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CORREIA, F. A. **Alguns conceitos de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1998.

CRETELLA JUNIOR, J. **Direito administrativo.** Bhshatsky, São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 1973.

FERRAZ, R. G. **Aspectos Históricos e Ideológicos do Direito Penal Militar.** Brasília: Revista do Ministério Público Militar, Ano XI, nº 14, 1992.

FREITAS, R. **O Ministério Público Militar na defesa da ordem jurídica e do regime democrático**. O Ministério Público e a ordem social justa: Dez anos da Lei Complementar nº 75/93, Flávio *et al.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito.** 3. ed. tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MAYRINK DA COSTA, A. **Crime Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

MARQUES, J. F. **Da Competência em matéria penal.** São Paulo: Saraiva, 1953.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro.** 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PESSÔA, R. L. **Crimes Militares.** Brasília: Revista do Superior Tribunal Militar, n° 10, 1988.

PRATES, H. **Código da Justiça Militar, comentado, anotado e com a jurisprudência do Supremo Tribunal Militar.** Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939.

ROMEIRO, J. A. **Curso de direito penal militar (parte geral).** São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

STUMM, R. D. **O Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VASQUEZ, O. V. **Autonomia del derecho militar.** México: Editorial Stylo, 1948.

VENDITTI, R. **Il diritto penale militare nel sistema penale italiano**, settima edizione. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1997.

ZAFFARONI, R. E.; CAVALLERO, R. J. **Derecho penal militar.** Buernos Aires: Ediciones Jurídicas, 1980.

O impedimento do voto dos conscritos

Gabrielle Santana Garcia
Advogada, graduada pelo Centro Universitário Jorge Amado, Salvador/Bahia (2009), em cujo trabalho monográfico para colação de grau obteve nota máxima com louvor e distinção e se baseia o presente artigo.
Conciliadora da 29ª Vara Cível, Comercial e de Relação de Consumo da Comarca de Salvador.
Pós-graduanda em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA (2009/2011).
Pós-graduanda em Direito pela Escola de Magistrados do Estado da Bahia (EMAB/UFBA) (2011/2012).
Participou do Concurso Nacional de Monografias sobre o Bicentenário da Justiça Militar da União, com trabalho selecionado para representar a 6ª Circunscrição Judiciária Militar (Bahia e Sergipe) e submetido à avaliação do STM, que atribuiu "Menção Honrosa" à monografia, em 2007, a qual foi publicada na Revista Nacional do Mistério Público Militar nº 21 (2010).

RESUMO: O presente artigo busca identificar fundamentos históricos e legais nos quais se basearam a atual imposição de impedimento do exercício do voto dos conscritos incorporados ao Serviço Militar Inicial Obrigatório das Forças Armadas, caracterizando uma exceção ao direito universal consagrado na Lei Magna brasileira. No decorrer do estudo realizado, percebeu-se que a tradição legal, materializada nas sucessivas Cartas, seguiu um processo de liberalização das restrições impostas ao exercício do direito de voto à maioria dos cidadãos, inicialmente excluídos, mantendo um tratamento sempre mais restrito para o universo militar. Notou-se, ainda, o quão desconhecido é o universo militar para o restante da sociedade, o que tem permitido as mais temerárias assertivas e falaciosas argumentações, em flagrante descompromisso com um embasamento lógico, e o prejuízo decorrente do impedimento constitucional do pleno exercício da cidadania imposto aos cidadãos fardados que transitoriamente pertencem às Forças Armadas do Brasil.

PALAVRAS-CHAVES: Impedimento. Voto. Serviço Militar Inicial Obrigatório. Conscrito.

ABSTRACT: This article seeks to identify the historical and legal grounds that are based the imposition of the exercise voting impediment at the conscripts into the Initial Compulsory Military Service of the Armed Forces, featuring a differential

treatment about this universal right in Brazilian Constitution. During the study we find that the legal tradition has follow a liberalization process of the legal restrictions on the exercise of voting rights by citizens by means of successive letters, keeping, however, always a more restricted treatment to the military universe. What does understand how the universe is unknown, allowing the most reckless assertions and misleading arguments, without any logical basis, that cause the procedure to prevent the full exercise of citizenship focused on the restriction of voting rights by the parcel uniformed citizens on Initial Compulsory Military Service in brasilian Armed Forces.

KEYWORDS: Prevention. Voting. Initial compulsory military servisse. Conscripts.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. O voto e a concretização do princípio democrático no Brasil − 3. As Forças Armadas, os militares e o serviço militar − 3.1. Conflito entre a Constituição Federal de 1988 e dispositivo infraconstitucional − 4. Os conscritos e o cerceamento de seus direitos políticos − 4.1. Os conscritos. 4.2. O processo de convocação − 4.3. Um paradoxo no Estado Democrático de Direito − 5. Conclusão − 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, a história militar tem marco inicial na própria história da colonização portuguesa e das lutas contra invasores ingleses, franceses e holandeses. Institucionaliza-se com a chegada do príncipe regente de Portugal, juntamente com a Família Real, à Colônia Portuguesa das Américas, em 1808, em decorrência da invasão do território luso pelas tropas de Napoleão Bonaparte, imperador dos franceses. Esse fato trouxe várias modificações políticas e sociais à Terra Brasilis, dentre elas, a organização estatal das instituições militares, cujo objetivo foi, inicialmente, voltado para a defesa da Família Real e, posteriormente, também para a defesa de outras instituições criadas e da ex-colônia.

Desde então, as Forças Armadas (FFAA) tiveram participação expressiva na construção da história brasileira, vivenciando ativamente os momentos de crise externa e interna e os avanços e retrocessos da sociedade, sobretudo no que concerne à mutação política do Estado − nesse caso, exercendo uma presença decisiva na construção de alguns capítulos históricos. Por assim ser, sofreram, desde o início, incompreensões políticas, como as explicitadas na "Carta a El-Rei" e como as restrições de cunho eleitoral, que vieram a ser, sucessiva e injustificadamente, consolidadas nas nossas Cartas Magnas até chegarmos às limitações hoje existentes.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, impede de alistarem-se como eleitores os estrangeiros e, em período de serviço militar obrigatório, os conscritos, motivando, instantaneamente, questionamentos de quem seriam os conscritos e de por que eles não podem votar.

Percebe-se, então, o desafio do presente artigo, cuja finalidade é analisar em exíguo espaço o "impedimento do voto dos conscritos" na realidade do universo militar. Isso requer um trabalho de descobertas no qual se buscam os fundamentos históricos concretos e os dispositivos legais que embasaram e que ainda são utilizados para a imposição de impedimento do exercício do voto aos conscritos incorporados ao Serviço Militar Inicial Obrigatório das Forças Armadas (SMIO/FFAA).

O tema requer atenção pela simples possibilidade de contribuir para a proteção das garantias fundamentais que alicerçam o Estado de Direito Democrático Republicano brasileiro e de realizar uma reflexão acerca do binômio democracia e cidadania, caracterizando-se a relevância do tema na restrição eleitoral que infringe os direitos e as garantias fundamentais do cidadão, assegurados pela Constituição Cidadã de 1988. Esta, em seu art. 1º, § único, afirma: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

A hipótese sustentada neste trabalho é de que a afirmação da cidadania, com base no atual estágio de desenvolvimento do Estado Brasileiro, passa pela apresentação das impropriedades existentes com relação à questão, ou seja, a injustificável restrição do §2 do art. 14, que se tornou, em meio a interpretações e jurisprudências, uma verdadeira cassação de direitos políticos fundamentais imposta a essa classe de cidadãos, pelo simples fato de que foram recrutados para integrar aquelas que estão entre as mais antigas e simbólicas instituições do País e que se traduzem em um serviço à própria Pátria.

Assim, diante da importância histórica do instituto do voto, das seguranças jurídicas com relação às garantias individuais consagradas pela Constituição Cidadã e o atual estágio de desenvolvimento social em que a sociedade se encontra, tornou-se óbvia a indagação: "O que levou à privação de exercício da cidadania a determinada classe de cidadãos e quais as justificativas e fundamentações para manter a restrição do voto a essas pessoas?".

Dessa forma, discorrendo acerca dos elementos compulsados a cada passo no aprofundamento do estudo, na sua integração e no gradativo estabelecimento das conclusões parciais que possam convergir para uma conclusão no contexto do Estado brasileiro, buscar-se-á apresentar sugestões que possibilitem reverter o quadro de lesa cidadania frente ao espírito que norteia a Constituição de 1988.

2. O VOTO E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NO BRASIL

Na República, forma de governo adotada pelo Brasil, a soberania popular é o poder do cidadão reconhecido no Estado de Direito Democrático, de forma organizada, por meio do voto, cuja aplicabilidade prática se denomina sufrágio.

Por universal entende-se a abrangência do direito de votar quando ele é concedido a todos os nacionais, independentemente de fixação de condições de nascimento, econômicas, culturais ou outras especiais. Ressalte-se que a existência de requisitos de forma (necessidade de alistamento eleitoral) e fundo (nacionalidade, idade mínima, por exemplo) não retiram o conceito de universalidade do sufrágio; todavia, afetam a igualdade entre os cidadãos. Essa igualdade se apresenta apenas quando todos os cidadãos têm o mesmo valor no processo eleitoral, ou seja, independentemente de sexo, cor, credo, idade, posição intelectual, social ou situação econômica.

O sufrágio é um direito público subjetivo democrático que cabe ao povo nos limites técnicos do princípio da universalidade e da igualdade de voto e de elegibilidade. É o núcleo e a essência dos direitos políticos do cidadão e se expressa pela capacidade de eleger e de ser eleito.

No Estado de Direito Democrático Republicano brasileiro, é fundamental a legitimação popular pelo voto, que, no dizer de Alexandre de Moraes[1]:

> [...] é universal [...] concedido a todos os nacionais [...] não padecendo, como relembra Pedro Henrique Távora Niess, "do mal da discriminação, pois é conferido pela Constituição brasileira independentemente de solicitação econômica, qualificação pessoal ou qualquer outra

[1] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 235.

> exigência, não obstante condicionado ao preenchimento de certos requisitos, como é necessário".

Assim, o direito de votar e ser votado é conferido a todo cidadão, independentemente do sexo, da classe social ou econômica, devendo apenas preencher as condições genéricas do texto constitucional relativas a nacionalidade, capacidade, idade e alistamento eleitoral, que, no entanto, não desqualificam o sufrágio como universal, desde que prévia, genérica e abstratamente definidas e aplicáveis a todos os cidadãos.

A legitimação popular configura-se pelo exercício dos direitos políticos do cidadão e revela o poder do indivíduo de interferir na estrutura governamental do Estado por meio do voto. Este é uma manifestação de vontade que poderá se concretizar a partir do momento em que o nacional se vincula, jurídica e politicamente, ao Estado e participa do processo eleitoral. Dessa forma, a participação não é dada ao nacional indistintamente, mas apenas à parcela cidadã, conforme preleção de Manoel Gonçalves Ferreira Filho[2]:

> Todavia, é largamente difundido, no Brasil, o uso da expressão cidadão para designar todo e qualquer nacional. Em realidade, a bem da clareza, se deve caracterizar a nacionalidade como um status cujo conteúdo só se esclarece por contraposição ao do estrangeiro. (No nosso Direito, basicamente, o nacional tem mais que o estrangeiro a inexpulsabilidade e a impossibilidade da extradição, quanto aos direitos, e ao serviço militar, quanto a obrigações.) Por sua vez, a cidadania (em sentido estrito) é o status de nacional acrescido dos direitos políticos (stricto sensu), isto é, poder participar do processo governamental, sobretudo pelo voto. Destarte, a nacionalidade – no Direito brasileiro – é condição necessária mas não suficiente da cidadania.

Nas eleições brasileiras, a escolha se faz sem a figura de eleitores intermediários, e o escrutínio a que se refere De Plácido e Silva[3] é secreto, com a finalidade de conferir autenticidade à manifestação do eleitor e garantir o sigilo e a proteção da votação.

---

[2] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 112.

[3] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 316.

> Escrutínio, derivado do latim scrutinium, de scrutari (sondar, perscrutar), indica a maneira ou processo utilizado para tomar votos, referentes à escolha de uma pessoa para ocupação de cargo ou aprovação de um ato à deliberação de uma coletividade. Nesta razão, escrutínio quer significar a própria votação, que ambas significam o ato de votar, fazendo recolher em uma urna o papel em que se consigna voto.

O direito de sufrágio é ativo (direito de votar) e passivo (direito de ser votado), sendo o primeiro pressuposto do segundo no Direito brasileiro, que estabelece que ninguém tem o direito de ser votado (ninguém é elegível) se não for titular do direito de votar (se não for eleitor). Estabelece também que eleitores são todos os brasileiros (natos e naturalizados, de qualquer sexo) que, à data da eleição, estejam alistados na forma da lei (titular do direito de sufrágio ativo e, potencialmente, do direito de sufrágio passivo, exceto, para este, os analfabetos e os eleitores entre 16 e 18 anos de idade).

A capacidade eleitoral ativa é a participação do cidadão na democracia representativa por meio da escolha de seus representantes, pelo exercício do direito de voto, direito político sujeito a um alistamento eleitoral ou inscrição como eleitor, para garantir o direito de votar. É, também, condição de elegibilidade, propiciada pela qualificação de uma pessoa perante um órgão da Justiça Eleitoral.

Dessa forma, a capacidade eleitoral ativa efetiva-se por meio de alguns pressupostos, que são a nacionalidade brasileira, a idade mínima de 16 anos e o alistamento na forma da lei. É imperioso registrar que a alistabilidade, embora obrigatória para os maiores de 18 anos, é, sobretudo, um direito subjetivo de quantos, sendo brasileiros, tenham atingido a idade de 16 anos. Por isso, o voto é obrigatório para os cidadãos que, à data da eleição, estejam na faixa etária entre 18 e 65 anos; contudo, entre 16 ou 17 anos o cidadão pode votar facultativamente, assim como os idosos que possuam mais de 65 anos.

Ressalte-se que a inalistabilidade ou restrição ao direito de um cidadão realizar o seu alistamento eleitoral é exceção que se dá somente em caso estritamente previsto na atual Constituição. São atingidos por essa cláusula apenas os conscritos[4], enquanto prestam o Serviço Militar Inicial Obrigatório

[4] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar – art. 3° - nº 5) − Conscritos – Brasileiros que compõem a classe chamada para a "seleção", tendo em vista a prestação do Serviço Militar Inicial.

(SMIO)[5] nas Forças Armadas (FFAA), conforme especificam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins[6]:

> Conscritos são os recrutados para servir o Exército. Não integram na condição de profissionais, mas sim na de cidadãos no cumprimento de um ônus constitucional: o de prestar serviço militar por certo tempo. Porquanto, só enquanto estejam nesta situação de incorporados às Forças Armadas para desincumbência deste cargo imposto aos brasileiros em geral e que lhes são vedados o alistamento e o voto. Aos demais integrantes das Forças Armadas, seja qual for a posição na hierarquia militar, oficial ou não oficial, não importa, todos possuem direito-dever de se alistar e votar.

Então, a capacidade eleitoral ativa depende do preenchimento das condições indicadas de nacionalidade brasileira, idade mínima de 16 anos, posse de título eleitoral e não ser conscrito que presta o SMIO, pois a esses é impedido o exercício do direito de votar, porque lhes é subtraída a possibilidade de alistamento, desde que não o tenham feito, hoje, a partir dos 16 anos.

Todavia, jurisprudência firmada sobre o assunto em estudo ampliou a restrição da capacidade eleitoral ativa para cidadãos que, já se tendo alistado a partir dos 16 anos e até votado em eleições precedentes ao ingresso no SMIO, têm seu direito cassado por serem conscritos que prestam o Serviço Militar Inicial Obrigatório. Essa é situação comum a muitos dessa particular condição militar, com destaque para os matriculados como alunos nos Cursos de Formação de Oficiais da Reserva e para os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar inicial obrigatório, condição também definida por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins[7]:

---

[5] A partir deste ponto do trabalho, em que pese a forma utilizada por doutos mestres, quando a autora exprimir pensamento próprio empregará a forma composta "Serviço Militar Inicial Obrigatório" ou sua abreviatura "SMIO", para evitar interpretações errôneas e ressaltar que está se referindo ao período de 12 meses de "serviço militar obrigatório", forma normal e indiscriminadamente empregada em textos e por autores diversos, conforme se vê no curso do estudo.

[6] BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2º Vol., 2004. p. 583.

[7] BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2º Vol., 2004. p. 583.

> A expressão "serviço militar obrigatório" não se presta a dúvidas. Tal serviço só tem esta condição de obrigatoriedade enquanto corresponder ao dever constitucional. Passado este período, se o conscrito continua engajado, já então não lhe será vedado o alistamento, uma vez que deixa de existir a obrigatoriedade.

Esclareça-se que os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários, após sucessivas prorrogações de incorporação até concluírem os respectivos cursos de graduação de interesse das FFAA, são incorporados sob as condições da Lei nº 5.292, de 08 de junho de 1967 – Lei de Prestação do Serviço Militar pelos estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária e pelos Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários (MFDV).

3. AS FORÇAS ARMADAS, OS MILITARES E O SERVIÇO MILITAR

As Forças Armadas, por meio de seus componentes singulares de mar, terra e ar, são as mais antigas manifestações institucionais da Nação. Afloram, decisivamente, desde as origens da formação da nacionalidade brasileira em um amálgama de raças e classes sociais, primordialmente manifestas na epopeia dos Guararapes e indissoluvelmente presentes em todos os momentos marcantes da história do Brasil.

Na evolução histórica de estruturas e composições peculiares, o arcabouço não se fundamenta em simples normas ou regras e conceitos estáticos e limitados, mas em princípios basilares firmados nos valores visíveis e transcendentes da hierarquia[8] e da disciplina[9], que são definidos como sendo a primeira causa, a verdade fundamental, a base moral e ética e o norte institucional militar.

---

[8] Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 − Estatuto dos Militares – art. 14 − A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade. [...].

[9] Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 − Estatuto dos Militares – art. 14 – [...] §2º do Art. 14 da Lei nº 6880/80 − Estatuto dos Militares – É a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumpri-

Tais princípios são os sustentáculos do ordenamento castrense. Nas relações militares, a transgressão a um princípio caracteriza uma agressão muito maior do que a transgressão a uma norma qualquer do ordenamento, uma vez que, ao se transgredir uma norma, se infringe uma regra, e ao se transgredir um princípio[10] se viola um ou mais valores milenarmente cultivados.

Compostas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, sob a autoridade do Presidente da República[11], e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem, conforme dispõe o art. 142 da Constituição Federal de 1988.

Reza o Estatuto dos Militares que o elemento humano das Forças Armadas são os militares, que compõem uma categoria especial de servidores da Pátria, em razão de sua destinação constitucional, sob a chefia do Presidente da República. Esses podem ser aqueles que estão, entre outras situações, na ativa, tanto os de carreira quanto os temporários incorporados às Forças Armadas para prestação do Serviço Militar Inicial Obrigatório, durante o prazo previsto na legislação que trata do Serviço Militar, ou para a prestação de serviço militar voluntário durante as prorrogações daquele prazo, assim como os alunos de órgãos de formação de militares da ativa e da reserva[12].

---

mento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. § 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

[10] Princípio – do Lat. Principiu; s. m., momento em que alguma coisa tem origem; [...]; lei fundamental; preceito moral; [...] ; Filos., verdade fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio [...]; Lóg., primeira proposição, posta e não deduzida de nenhuma outra, que estabelece o ponto de partida de um dado sistema dedutivo; axioma; postulado; premissa; proposição ou noção importante à qual está subordinado o desenvolvimento de uma ordem de conhecimentos; [...]. Disponível em: Priberam - <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados. aspx>. Acesso em: 12 set. 2008.

[11] Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 – art. 84, XIII − Compete privativamente ao Presidente da República: exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99).

[12] Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 − Estatuto dos Militares – cf. art. 3º.

O mesmo Estatuto estabelece que o ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação[13], matrícula[14] ou nomeação, a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica[15]. Dispõe que o cargo militar é um conjunto de atribuições, deveres e responsabilidades cometidos a um militar em serviço ativo[16].

Com maior detalhamento, define que oficial é o militar preparado, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção[17]; os graduados auxiliam ou complementam as atividades dos oficiais, quer no adestramento e no emprego de meios, quer na instrução e na administração[18]; os cabos, taifeiros-mores, soldados-de-primeira-classe, taifeiros-de-primeira-classe, marinheiros, soldados, soldados-de-segunda-classe e taifeiros-de-segunda-classe são, essencialmente, elementos de execução[19]; os marinheiros-recrutas, recrutas, soldados-recrutas e soldados-de-segunda-classe constituem os elementos incorporados às Forças Armadas para a prestação do serviço militar inicial[20]; e aos praças especiais[21] cabe a rigorosa observância das prescrições dos regulamentos que lhes são pertinentes, exigindo-se-lhes inteira dedicação ao estudo e ao aprendizado técnico-profissional, inferindo se encontrarem em fase de preparação para a carreira mi-

---

[13] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar – art. 75 − Incorporação é o ato de inclusão do convocado ou voluntário em uma Organização Militar da Ativa das Forças Armadas.

[14] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar – art. 85 − Matrícula é o ato de admissão do convocado ou voluntário em Órgão de Formação de Reserva, bem como em certas Organizações Militares da Ativa - Escola, Centro, Curso de Formação de militar da ativa.

[15] Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 − Estatuto dos Militares – cf. art. 10.

[16] Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 − Estatuto dos Militares – cf. art. 20.

[17] Ibid. – cf. art. 36.

[18] Ibid. – cf. art. 37.

[19] Ibid. – cf. art. 38.

[20] Ibid. – cf. art. 39.

[21] Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 − Estatuto dos Militares – art . 16 , § 4º − Os Guardas-Marinha, os Aspirantes-a-Oficial e os alunos de órgãos específicos de formação de militares são denominados praças especiais.

litar, razão porque lhes é, também, assegurada a prestação do serviço militar inicial, isto é, computa-se como tal o tempo de estudo e aprendizado[22] [23].

Focando no que mais interessa a este estudo, o Estatuto estabelece que os militares são alistáveis, como eleitores, desde que oficiais, guardas-marinha ou aspirantes-a-oficial, suboficiais ou subtenentes, sargentos ou alunos das escolas militares de nível superior para formação de oficiais, postos e graduações militares que, agora, se têm bem definidos e integrados ao conhecimento.

O Serviço Militar é regido por lei específica[24] que o define, assim como estabelece o regramento para o exercício das atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas − Exército, Marinha e Aeronáutica −, compreendendo, em tempo de paz e na mobilização necessária para o enfrentamento de conflitos, todos os encargos relacionados com a Defesa Nacional. De acordo com as prescrições da lei, todos os brasileiros são obrigados a tais encargos, particularmente o serviço militar regular, que é desenvolvido permanentemente, por meio da incorporação às fileiras das tropas e dos tiros-de-guerra ou matrícula em curso de preparação para oficiais da reserva, recebendo adestramento e instruções militares por determinado tempo.

Logo, o serviço militar inicial é obrigatório, devendo ser prestado pelas classes convocadas[25], identificadas pelo ano de nascimento dos cidadãos e constituídas de brasileiros nascidos entre 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano em que completarem 19 anos de idade, comportando uma duração normal de 12 meses.

---

[22] Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980 − Estatuto dos Militares – cf. art. 40.

[23] A partir deste ponto do trabalho, em que pese a forma utilizada por doutos mestres, quando a autora exprimir pensamento próprio, utilizará o termo "recruta", considerando os demais assemelhados e englobando o universo dos "marinheiros-recrutas, recrutas, soldados-recrutas e soldados-de-segunda-classe". Isso se faz para evitar interpretações errôneas e ressaltar que se está referindo àqueles que se encontram incorporados ou matriculados em OMA ou OFR das FFAA, respectivamente, para a prestação do SMIO, e não aos conscritos em geral − isto é, aqueles que pertencem a uma ou mais "classes convocadas", termo que é normal e indiscriminadamente empregado em textos e por autores diversos para denominar os recrutas, ou seja, os conscritos incorporados ou matriculados, conforme será visto detalhadamente a seguir.

[24] Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 − Lei do Serviço Militar.

[25] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar – art. 3°, nº 4) − Classe Convocada − Conjunto dos brasileiros, de uma mesma classe, chamado para a prestação do Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma e fase.

Ressalvas à obrigatoriedade existem diante da prestação do serviço militar. Uma delas concerne às mulheres e aos eclesiásticos, que estão isentos do serviço militar em tempo de paz. Estão sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir. Outra corresponde àqueles que se negarem à prestação do serviço militar por impeditivos de consciência decorrentes de crença religiosa, convicção filosófica ou política, conforme rege o art. 143 da Constituição Federal de 1988.

Portanto, o SMIO consiste no recrutamento de nacionais para exercício de atividade obrigatória a ser desempenhada nas Forças Armadas e voltadas à defesa nacional.

O Regulamento da Lei do Serviço Militar complementa e clarifica a lei que estabelece as diretrizes para o serviço militar, especificando a forma em que ocorrerá a convocação[26], a designação[27] e a incorporação ou matrícula dos nacionais nas instituições armadas[28].

3.2. Conflito entre a Constituição Federal de 1988 e dispositivo infraconstitucional

O Código Eleitoral[29] tem por finalidade regular o exercício dos Direitos Políticos no Estado, delegando ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE)[30] a exe-

[26] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar − art. 3°, nº 6) − Convocação − (nas suas diferentes finalidades) − Ato pelo qual os brasileiros são chamados para a prestação do Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma ou fase.

[27] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar − art. 3°, nº 7) − Convocação à incorporação ou matrícula (designação) − Ato pelo qual os brasileiros, após julgados aptos em seleção, são designados para incorporação ou matrícula, a fim de prestar o Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma ou fase.

[28] A partir deste ponto do trabalho, em que pese a forma utilizada por doutos mestres, quando a autora exprimir pensamento próprio, deixará de utilizar o termo "conscrito", empregando a forma composta "conscrito incorporado ou matriculado" ou o termo "recruta", nas condições explicitadas na Nota de Rodapé nº 43. Isso se faz para evitar interpretações errôneas e ressaltar que está se referindo àqueles que se encontram incorporados às FFAA para a prestação do SMIO, e não aos conscritos em geral, vez que esse termo abarca o universo de todos os pertencentes a uma ou mais "classes convocadas".

[29] Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

[30] Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 − Código Eleitoral – cf. § único do art. 1º.

cução do exercício político e expedindo instruções para sua fiel execução, o que de fato faz, conforme será destacado. Entretanto, o Código apresenta-se em desacordo com a Constituição e, portanto, está derrogado naquilo que não foi recepcionado pela Carta Magna em vigor. Verificar-se-á, entretanto, à frente, que é utilizado justamente naquilo em que não foi recepcionado, para amparar interpretações incorretas do texto constitucional de 1988.

Em parcial desacordo com a Constituição Federal, o Código Eleitoral especifica que são eleitores os brasileiros maiores de 18 anos que se alistarem na forma da lei, e que não podem se alistar eleitores os analfabetos; os que não saibam se exprimir na língua nacional; e os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos, com o destaque de que os militares são alistáveis, desde que oficiais, aspirantes-a-oficial, guardas-marinha, subtenentes ou suboficiais, sargentos ou alunos das escolas militares de ensino superior para formação de oficiais − coerente com o ordenamento jurídico do período em que foi elaborado o Código, mas não do presente.

Essa coerência, com um ordenamento ultrapassado, se torna mais expressiva quando se verifica que o Código impõe que o requerimento para o alistamento eleitoral deve ser acompanhado de certificado de quitação com o serviço militar[31], o que se configura uma exigência impossível de ser cumprida pelo jovem de 16 anos, porque ainda não foi alcançado pelas obrigações constitucionais pertinentes e pelo regramento do Serviço Militar[32] e seu regulamento − regramento, evidentemente, derrogado.

4. OS CONSCRITOS E O CERCEAMENTO DE SEUS DIREITOS POLÍTICOS

4.1. Os conscritos

O Serviço Militar Inicial Obrigatório nas Forças Armadas (SMIO/FFAA), devidamente pormenorizado no capítulo anterior, abrange em sua execução toda uma "classe convocada" de brasileiros e as anteriores ainda em débito com o Serviço Militar, que devem se apresentar para a seleção e são

[31] Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 − Código Eleitoral – cf. art. 44.

[32] Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 − Lei do Serviço Militar.

compostas pelo universo de cidadãos nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de um determinado ano, referido àquele em que completarão 19 anos de idade.

Nesse ponto se torna necessária a perfeita compreensão do objeto deste estudo, impondo destaque para o significado de alguns termos ou conjunto de termos, com o auxílio do Regulamento da Lei do Serviço Militar[33] e de outras fontes, que definem expressões castrenses estreitamente ligadas ao conceito "conscrito", vez que têm transbordado para os diplomas legais de forma pouco cuidadosa, para que, contrária e consequentemente, fique absolutamente claro o que está sendo exposto neste trabalho.

Não bastasse esse objetivo, há outro que se impõe como fruto da judiciosa e imperiosa análise do problema. É a constatação de que existe utilização, pelos legisladores, de jargões militares consagrados, sem a indispensável sujeição à fidelidade do significado, gerando equívocos de visualização a partir do ordenamento jurídico existente, que os emprega, e nas emissões de interpretações, pareceres e decisões referentes às prescrições dos referidos diplomas.

O referido Regulamento foi elaborado para complementar e clarificar a Lei do Serviço Militar e, como tal, apresenta definições castrenses para termos importantes que possuem significado popular diverso e/ou incompleto. Lá, encontra-se que classe é o conjunto dos brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de um mesmo ano, designado pelo ano de nascimento dos que a constituem; que classe convocada representa o conjunto dos brasileiros, de uma mesma classe, chamado para seleção para a prestação de Serviço Militar, quer inicial, quer sob outra forma e fase; que conscritos são os brasileiros que compõem a classe chamada para a seleção, tendo em vista a prestação do Serviço Militar Inicial Obrigatório; que convocação é o ato pelo qual os brasileiros são chamados para a prestação de Serviço Militar; e que convocação à incorporação ou matrícula (designação) denota ato pelo qual os brasileiros, depois de julgados aptos em seleção, são designados para incorporação ou matrícula, a fim de prestar Serviço Militar[34].

---

[33] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar.

[34] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar – cf. art 3º.

Dessa forma, os brasileiros, uma vez satisfeitas as condições de seleção, serão considerados convocados à incorporação ou matrícula; já a incorporação é o ato de inclusão do convocado ou voluntário em uma Organização Militar da Ativa (OMA) das Forças Armadas; e a matrícula é o ato de admissão do convocado ou voluntário em Órgão de Formação de Reserva, bem como em certas Organizações Militares da Ativa – Escola, Centro, Curso de Formação de militar da ativa.

Assim, a expressão "convocado à incorporação", constante do Código Penal Militar[35], aplica-se ao selecionado para convocação e designado para a incorporação ou matrícula em Organização Militar, à qual deverá se apresentar o cidadão, no prazo que lhe for fixado.

Isso posto, fica claro quem deve ser entendido ou o que deve ser entendido quando utilizado o termo "conscrito" nas legislações, normas e ordenamentos legais, pareceres e decisões jurídicas relativas à cassação do universal direito de voto inerente à cidadania. Não são os conscritos em geral, isto é, aqueles que pertencem a uma ou mais "classes convocadas", e sim o "conscrito incorporado ou matriculado" ou o recruta que corresponde ao universo dos "marinheiros-recrutas, recrutas, soldados-recrutas e soldados-de-segunda-classe" que se encontram incorporados às FFAA para a prestação do SMIO, inclusos, por similitude, nesse universo, os alunos nos Cursos de Formação de Oficiais da Reserva e os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar obrigatório. É ao "recruta", um cidadão fardado, a quem, de fato, o Estado brasileiro impõe o fardo do Serviço Militar Inicial Obrigatório e brinda com o impedimento do direito de voto. Recrutas que representam um efetivo de cerda de 100.000 jovens e menos de 10% do contingente de indivíduos genericamente denominados conscritos, pertencentes à classe convocada, anualmente, para a submissão à seleção para o SMIO. Se assim não fosse, a cassação de cidadania pelo impedimento do voto estaria sendo imposta não apenas aos 100.000, como de fato é, mas a mais de 1.500.000 cidadãos de uma ou mais classes anual-

[35] Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 − Código Penal Militar – art. 183 − Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação; Pena - impedimento, de três meses a um ano; [...]; § 1º - Na mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento.; [...]; § 2º A pena é diminuída de um terço: a) pela ignorância ou a errada compreensão dos atos da convocação militar, quando escusáveis; b) pela apresentação voluntária dentro do prazo de um ano, contado do último dia marcado para a apresentação [...].

mente chamadas para a seleção e designação, e não apenas aos incorporados ou matriculados, conforme se faz. Então, esse "conscrito" e cidadão fardado que vê o seu direito de voto cassado é aquele que está aliado aos conceitos de designação e incorporação ou matrícula, especificados nas legislações pertinentes e exaustivamente comentados em parágrafos anteriores.

Evidente está o emprego inadequado da terminologia inerente ao grupo militar pelos legisladores e/ou emissores de pareceres e decisões, que substituem a correta especificação, ou seja, os "conscritos incorporados ou matriculados", pelo genérico e quantitativamente mais amplo designativo, isto é, o "conscrito", tomando o todo pela parte.

Com base nessa observação é que este trabalho, aproveitando a existência de condições de se evitar esse tipo de erro causado por um reducionismo instintivo e/ou originado no desconhecimento das especificidades militares, adotou o emprego da simplificação proporcionada pelo termo "recruta". Isso permite clareza de linguagem, objetividade e economia de palavras inúteis, retirado da definição do que são "marinheiros-recrutas, recrutas, soldados-recrutas e soldados-de-segunda-classe" dada pelo art. 39 da Lei nº 6880/80 (Estatuto dos Militares). Ali estão especificados os elementos incorporados às Forças Armadas ou nela matriculados para a prestação do Serviço Militar Inicial, verdadeiramente qualificando aquele que é alvo da restrição do direito de voto no universo dos cidadãos fardados e deste estudo.

4.2. O processo de convocação

O Regulamento da Lei do Serviço Militar estabelece que a convocação para o Serviço Militar Inicial será regulada, anualmente, pelo Plano Geral de Convocação, elaborado pelo então Estado-Maior das Forças Armadas (EMFA), hoje Ministério da Defesa, com a participação dos então Ministérios Militares, hoje Comandos das Forças Singulares – Marinha, Exército e Aeronáutica[36].

A partir dessa imposição, o Presidente da República, por meio do Decreto nº 3.702, de 27 de dezembro de 2000, delegou competência ao Ministro da Defesa, sucessor do Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, para aprovar os Planos de Convocação para o Serviço Militar Inicial nas Forças Armadas, anualmente, dando o respaldo necessário, por exemplo, à Portaria

[36] Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 − Regulamento da Lei do Serviço Militar – cf. art. 67.

Normativa nº 16 / MD, de 07 de janeiro de 2008, que aprovou o Plano Geral de Convocação para o Serviço Militar Inicial nas Forças Armadas em 2011 (PGC 2011).

O Plano Geral de Convocação para o Serviço Militar Inicial nas Forças Armadas regula as condições de recrutamento dos brasileiros de uma determinada classe para a prestação do Serviço Militar Inicial Obrigatório nas Forças Armadas em um determinado ano.

Assim, por exemplo, o PGC 2011, a par de um detalhamento relativo a regras, responsabilidades e encargos diversos de alistamento e seleção, estabeleceu que, no ano de 2011, serão convocados à prestação do Serviço Militar Inicial todos os brasileiros da classe de 1992, e anteriores, ainda em débito com o Serviço Militar, cidadãos de outras classes a ela vinculados, no que diz respeito às atividades de alistamento, seleção, distribuição e incorporação ou matrícula em Organizações Militares da Ativa (OMA) e Órgãos de Formação de Reserva (OFR), respectivamente.

O mesmo PGC regulou que o Título de Eleitor do incorporado que já o possuísse não poderia ser recolhido, tendo em vista o prescrito no parágrafo único do art. 91 da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997[37]. Esse dispositivo estabelece normas para as eleições, modificando prática anteriormente estabelecida de remessa do título à zona eleitoral de origem do cidadão fardado que o possuísse e fosse alcançado pela restrição. A finalidade é garantir o cumprimento das sucessivas Cartas Magnas que impediam o alistamento de militares de diferentes graduações, sempre inclusos os recrutas nessa verdadeira cassação do direito de voto − embora, nesse caso, poucos possuíssem Título de Eleitor, em virtude do alistamento eleitoral, em épocas anteriores à Constituição de 1988, ser feito apenas a partir dos 18, e não 16 anos, como hoje se faz.

O PGC 2011 prescreveu, ainda, com base em entendimento do TSE, prolatado em sessão de 03 de novembro de 1989, informado por meio do Telex nº 3.927, de 4 de novembro de 1989, em resposta à consulta formulada pelo então Ministério do Exército, e dos ofícios nº 1.577 / SJ, de 28 de junho

[37] Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997 – art. 91 − Parágrafo único. A retenção de título eleitoral ou do comprovante de alistamento eleitoral constitui crime, punível com detenção, de um a três meses, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade por igual período, e multa no valor de cinco mil a dez mil UFIRs.

de 1995 e nº 2.643, de 26 de setembro de 1995, ambos do Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, e em atenção ao Ofício n° 1759/2007 (CGE), de 26 de junho de 2007, da Corregedoria-Geral da Justiça Eleitoral, que, anualmente, os OMA que incorporassem e OFR que matriculassem recrutas detentores de Título de Eleitor deveriam, em um prazo máximo de 30 dias após a incorporação ou matrícula, encaminhar às respectivas zonas eleitorais, organizadas por seção eleitoral, relações dos militares que deixariam de votar, por estarem enquadrados na restrição prevista no § 2º do art. 14 da Constituição, de acordo com entendimento daquele Tribunal e da Corregedoria-Geral da Justiça Eleitoral[38].

4.3. Um paradoxo no Estado Democrático de Direito

Inegavelmente, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, denominada Constituição Cidadã e considerada a Constituição da explicitação dos direitos, das garantias e das liberdades individuais, inovou ao possibilitar que, ao universo dos militares alistáveis e votantes, se incorporassem os cabos e soldados estabilizados, reengajados ou engajados, isto é, voluntários para permanência no serviço ativo como profissionais, após o cumprimento do ano de serviço militar inicial obrigatório.

O Plano Estratégico de Defesa Nacional[39], elaborado pelo Ministério da Defesa e pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, foi aprovado pelo Presidente da República em 9 de setembro de 2008, estabelecendo como uma de suas cinco metas assegurar a identificação das Forças Armadas com a Nação e prevendo, como um dos pilares para isso, a manutenção do serviço militar obrigatório, por ser considerado um nivelador republicano, no qual a Nação se encontra acima das classes.

---

[38] Plano Geral de Convocação para o Serviço Militar Inicial nas Forças Armadas em 2009 – [...] 8.4. O Título de Eleitor dos conscritos incorporados não poderá ser recolhido tendo em vista o prescrito no parágrafo único do art. 91 da Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições. 8.5. Os conscritos detentores de Título de Eleitor deixarão de votar no ano da prestação do Serviço Militar Inicial por estar enquadrados na restrição prevista no § 2° do art. 14 da Constituição [...] deverão ser encaminhadas às respectivas zonas eleitorais as relações dos conscritos detentores de Título de Eleitor, organizadas por Seção Eleitoral, num prazo máximo de 30 (trinta) dias após a incorporação/ matrícula e licenciamento/engajamento [...].

[39] Política de Defesa Nacional – Disponível em: Defesa - <https://www.defesa.gov.br/pdn/index.php?page= home> e Plano Estratégico de Defesa Nacional – Disponível em: DEFESA BR - <http://www.defesabr.com/MD/ md_estrategia.htm>. Acesso em: 07 nov. 2008.

Infere-se que inexistem ou poucos são os lugares onde um jovem trava contato com tais embasamentos para a vida em sociedade na qual está inserido e para o exercício de sua cidadania, compreendendo seus direitos e deveres − e, portanto, qualificando-se para exercê-la em sua plenitude, justamente a partir dessa época, e não antes, como lhe é facultado a partir dos 16 anos. Entretanto, o que se constata é quão desconhecido é o universo militar para importantes camadas e setores da população, permitindo a legisladores desavisados e temerários formadores de opinião construírem assertivas sem qualquer embasamento lógico e/ou documental. De igual forma constata-se quão difícil é a compreensão dos efeitos que um simples artigo, parágrafo ou inciso de um texto constitucional podem gerar, quando Constituintes, no afã de regular todas as relações da nacionalidade, o tornam complexo e ditador de norma desvinculada do próprio espírito que norteou a Carta Magna.

A normalidade da construção de uma regra que traria profundos efeitos jurídicos, particularmente se destinada a cercear direitos de uns em relação a outros, induz à crença de que, nas discussões realizadas em torno das propostas de regulações que deveriam constar da nova Carta, em 1987, seria encontrado o juízo primitivo, isto é, o pensamento original e a razão em que se fundamentou o Constituinte para ditar a proibição do exercício do direito de voto ao cidadão que cumpre o Serviço Militar Inicial Obrigatório. Triste engano, pois as pesquisas realizadas encontraram apenas percepção de ignorância ou posicionamento dúbio dos legisladores que compuseram a Assembleia Nacional Constituinte a respeito do universo militar e do tema em destaque, o qual foi obscurecido por outros, como o direito de voto a partir dos 16 anos, sem interligá-los, permitindo que, agora, se façam presentes verdadeiros conflitos.

A emenda ao anteprojeto do Relator da Comissão, que tramitou na Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantias das Instituições, apresentada em 29 de maio de 1987 pelo deputado Paulo Delgado (PT-MG), foi rejeitada com base no Parecer do Relator, que revela o "conhecimento" dos políticos − ou melhor, o "desconhecimento" que impera sobre o universo militar, quer seja sobre os indivíduos, quer seja sobre o seu emprego e sobre o alcance a ser atribuído ao direito de voto, considerado o cidadão fardado.

O parecer do relator afirmou:

> [...] A Emenda do nobre Constituinte Paulo Delgado, pretende estender, também aos conscritos, o alistamen-

> to eleitoral, logo a elegibilidade. O anteprojeto avançou, na questão dos militares, até o ponto desejável. Permitiu o alistamento e a elegibilidade, em condições específicas, a todos os militares, sendo que a elegibilidade só alcança aqueles com mais de dez anos de serviço ativo. Sabiamente, excluiu os que estão no serviço inicial, para preservar os quartéis da politização. Além disso, os conscritos são, exatamente, aqueles que, na eventualidade da intervenção das Forças Armadas para a manutenção da ordem, durante o processo eleitoral, por solicitação da Justiça Eleitoral, serão mobilizados para cumprir interesse nas eleições [...]. [ênfase nossa].

Verifica-se existir um arrazoado que demonstra um tratamento superficial para a questão.

Outrossim, verifica-se, em matéria sobre o alcance do direito de voto, publicada no jornal "O Globo", edição de domingo, 18 de outubro de 1987, seção "O País", p. 8, ao se considerar o cidadão fardado, que existem fundamentadas razões para se considerar como raiz do problema em estudo a ignorância sobre o universo sobre o qual se legislava, tanto ao se procurar liberalizar quanto ao se fazerem restrições aos direitos dos militares, sem amparo no espírito liberalizante de elaboração da atual Constituição.

Na oportunidade, o jornal informou que, na Comissão de Sistematização, foi mantida a proibição do voto para quem estivesse prestando o serviço militar obrigatório, embora se derrubasse a exigência da idade mínima de 18 anos para candidatos a vereador e juiz de paz – em atitude antagônica às considerações relativas ao caso.

Por sua vez, uma proposta permitindo o voto dos conscritos foi apresentada pelo deputado Nélton Friedrich (PMDB-PR) e defendida pelos deputados Paulo Ramos (PMDB-RJ) e Celso Dourado (PMDB-BA), argumentando que:

> [...] com a aprovação, na véspera, do voto a partir dos 16 anos de idade e, afirmando que aquela Assembléia não podia, depois de ter concedido o direito de voto aos maiores de 16 anos, cassá-lo num momento importante como o de servir à Pátria, porque nenhum cidadão podia ser privado de seus direitos políticos, nem mesmo os conscritos [...]. [ênfase nossa].

Contra a proposta, falaram o deputado Oswaldo Lima Filho (PMDB-PE) e o líder do PFL, deputado José Lourenço (BA), alegando incompatibilidade com a disciplina militar, a necessidade de evitar que a política seja discutida dentro dos quartéis, bem como e defendendo a despolitização das Forças Armadas, com a afirmação de que "no dia em que os quartéis se politizarem novamente, vão prevalecer os argumentos da força, jamais os da razão".

Erraram os constituintes que afirmaram estar evitando, com tal restrição, a discussão da política dentro dos quartéis e defendendo a despolitização das Forças Armadas. Isso seria mais uma tentativa inútil de policiar o pensamento e a sua expressão, a qual se faz em todos os demais círculos militares profissionais, sem restrições, obedecidos os ordenamentos castrenses. Melhor seria terem considerado que, onde não se manifesta a força da razão, particularmente pelo direito de sufrágio, manifesta-se a razão da força.

A única alteração aprovada no texto do substitutivo foi a retirada do dispositivo que estabelecia em 18 anos a idade mínima para candidatura a vereador, exercício de cidadania de muito mais elevada responsabilidade direta e exigente de um efetivo amadurecimento psicossocial, revelando dois pesos e duas medidas.

Assim foi que o desconhecimento ou interesses políticos criaram uma situação *sui generis* com vários paradoxos e permissiva com relação aos maiores de 16 anos. Deram-lhes o direito de se alistarem e de optarem por votar ou não, sem visualizar que estavam gerando, paralelamente, uma nova forma de impedimento ou de cassação do exercício da cidadania para uma importante parcela desse mesmo universo, justamente a que, por desejo ou não, é incorporada ou matriculada em Organizações Militares da Ativa e Órgãos de Formação de Reserva, respectivamente, para servir à Pátria.

O primeiro paradoxo surge quando um jovem que, tendo completado 16 anos, se alistou eleitoralmente, teve a oportunidade de votar e vem a se tornar um recruta, isto é, na oportunidade devida, se apresenta à convocação, é selecionado e se torna um conscrito incorporado para a prestação do SMIO, com a duração de um ano. Esse jovem vê seus direitos políticos cassados por meio de interpretação constitucional do TSE que o impede de votar, mesmo em caso de já haver exercido esse direito.

Um segundo paradoxo ocorre quando um jovem que, tendo completado 16 anos, se alistou eleitoralmente e, pela opção que lhe é facultada ou pela

falta de coincidência com eleições pertinentes, não votou antes de se tornar um recruta em SMIO. Esse também vê seus direitos políticos cassados na mesma interpretação constitucional do TSE, que o impede de votar a partir desse momento.

Em um terceiro paradoxo, um jovem que, por opção ou não, se alistou eleitoralmente, no uso do direito que lhe foi dado, e, ao completar 18 anos, se apresentou na forma da lei à convocação para a prestação do SMIO, foi selecionado e veio a se tornar um recruta, passa à condição de impedido de se alistar eleitoralmente por força constitucional. Consequentemente, nesse caso, vê-se impedido de votar, o que representa uma pura e simples cassação de direitos políticos já adquiridos e uma incoerência referente ao "espírito do legislador" vigorante, expresso em diferentes oportunidades na atual Carta Magna.

Outrossim, é interessante destacar o quanto é desigual o tratamento dado ao jovem cidadão que presta serviço à Pátria, por meio do serviço militar inicial obrigatório, citando as situações opostas que são gozadas sem qualquer razão concreta para tal, constituindo-se em paradoxos ainda mais absurdos.

Primeiramente, vê-se privilégio no caso de um jovem que, incluso em quaisquer das situações anteriores, é, no processo de seleção, dispensado do serviço militar inicial obrigatório, por excesso de contingente, problema de saúde pessoal ou problema social. Aos 18 anos, gozando da plenitude do direito de sufrágio, tem a oportunidade de votar em eleições para todos os níveis e até mesmo candidatar-se e, eventualmente, eleger-se vereador, sem que se questione a sua maturidade psicossocial ou o seu vínculo ativo ou passivo com os grotões do interior ou com os guetos sociais que lhe possam retirar a independência.

Depois, vê-se privilégio no caso de um jovem que, incluso em quaisquer das situações anteriores, é, no processo de seleção, dispensado do serviço militar inicial obrigatório, por excesso de contingente, e do serviço alternativo ao serviço militar, por falta de programas governamentais específicos, e, aos 18 anos tem a mesma oportunidade supramencionada, em gozo pleno de cidadania.

Finalmente, vê-se privilégio no caso de um jovem que, incluso em quaisquer das situações anteriores, não se submete à igualdade de direitos e deveres

que deve reger a nacionalidade e alega imperativo de consciência, por convicção religiosa ou ideológica contrária à prestação do serviço militar, como justificativa para recusa de ações de defesa e a execução de serviços compensatórios à Pátria comum a todos. Esse, aos 18 anos, não tem seus direitos políticos cassados, goza da plenitude do direito de sufrágio, vota em eleições para todos os níveis e, ainda, candidata-se e, eventualmente, elege-se vereador. A isso se poderia atribuir omissão, desídia ou prevaricação política do Ministério da Justiça, a quem cabe a efetivação de ato de cassação de direitos políticos, em cumprimento ao dispositivo constitucional prescrito no inciso IV do art. 15, e/ou decisão de mesmo quilate da Presidência da República, pois, desde 1988, ao arrepio da Constituição, nenhum cidadão teve seus direitos políticos cassados em virtude de tal recusa. Talvez motivado por viés ideológico inepto, confuso e avesso a qualquer ideia de cassação de direitos políticos, independentemente das razões subjacentes, tem havido até reversão de processos e suspensão de cassações anteriores, realizadas de acordo com a lei, conforme se pode compulsar em inúmeras publicações do Diário Oficial da União.

Resta presente dessa maneira que, associados todos os casos apresentados, se apresenta um enorme paradoxo nas Diretrizes do Estado de Direito Democrático Republicano brasileiro, pois, se o art. 5º da Constituição Federal de 1988 assegura direitos e garantias individuais ao cidadão e afirma que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, asseverando uma garantia formal do princípio da igualdade como direito fundamental do homem comum − uma vez que, no Estado de Direito Democrático, "a igualdade constitui o signo fundamental da democracia e não admite os privilégios e distinções"[40] –, sob os nortes apresentados e seus elementos fundamentais – povo, cidadão, exercício do sufrágio, soberania popular – pode-se afirmar que as limitações de exercer direitos de cidadãos infringem as diretrizes desse Estado.

Note-se bem que, antes do alistamento militar obrigatório, a Lei Magna já confere ao cidadão a faculdade de exercer seus direitos inalienáveis, na medida em que o voto é um elemento facultativo entre os 16 e os 17 anos. Todavia, ao ser convocado e recrutado para prestar o serviço militar, esse mesmo cidadão passa a ter os seus direitos políticos cassados, apesar de o sentido de cidadania conduzir à imediata reprovação do aparente absurdo

[40] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 211.

que representa essa forma de perda de cidadania, conduzindo a uma situação na qual esses cidadãos sejam, de fato, cidadãos de segunda classe ou até uma subespécie social.

5. CONCLUSAO

A ciência jurídica possibilita que o operador normativo participe de sua construção, ao estar diretamente envolvido com sua práxis, possibilitando que este não se mantenha inerte às arbitrariedades injustificadas existentes na regulamentação das relações sociais.

A Constituição da República de 1988, considerada a Constituição da explicitação dos direitos, das garantias e das liberdades individuais, inovou ao possibilitar que, ao universo dos militares alistáveis e votantes até então, se incorporassem os cabos e soldados estabilizados, reengajados ou engajados, isto é, voluntários à permanência no serviço ativo, com mais de um ano de serviço militar, ou seja, após o SMIO, nas condições ou nas limitações impostas na legislação e regulamentação específicas.

Entretanto, foi criada uma situação *sui generis* e permissiva com relação aos maiores de 16 anos, aos quais a Constituição de 1988 deu o direito de se alistarem e de votar ou não, isto é, sem qualquer obrigatoriedade, enquanto estabelece em corolário uma absurda e nova forma de impedimento do exercício da cidadania para os recrutas do SMIO.

Grande foi o discernimento da Corregedoria Regional Eleitoral do Estado de Goiás ao analisar a proibição de votar imposta aos conscritos alistados antes da conscrição, com base na vedação de, uma vez conscritos, se alistarem. Preciso foi o argumento de que não poderia existir o elastério que é dado a normas infraconstitucionais anteriores não recepcionadas, assim como a posteriores nulas, inclusive jurisprudências, por enfrentarem a Carta Magna, em face do princípio de hermenêutica de que a Constituição não pode ser interpretada ampliativamente.

A proibição de o conscrito votar não é mais e nem menos que a suspensão temporal de direitos políticos acrescida ao *caput* que expressa vedação, embora não se inclua nesse dispositivo legal a perda ou suspensão para o conscrito que regularmente se inscreveu no cadastro eleitoral, inclusos aí os profissionais liberais de que cuida a Lei nº 5.292, de 08 de julho de 1967 (LMFDV).

Infelizmente, o problema não se limitou ao impedimento constitucional textual, que, justo ou não, deve ser cumprido de acordo com a letra fria da lei, até mudança constitucional pertinente. Mas se ampliou, porque, após a aprovação da Constituição de 1988, os diversos questionamentos submetidos ao TSE para definição dos efeitos e alcances do texto implicaram em decisões que parecem uma nova e agravante forma de impedimento do exercício da cidadania, em que não interessam os argumentos, e, sim a forma da reiterada jurisprudência que o Tribunal tenha expedido, jamais reconhecendo um eventual deslize.

Deve-se destacar, ainda, o tratamento desigual dado ao cidadão fardado, que pode ser observado quando um jovem inicialmente incluso em qualquer das situações descritas anteriormente é dispensado do serviço militar inicial obrigatório, por excesso de contingente, por problema de saúde ou problema social; ou do serviço alternativo ao serviço militar, por falta de programas governamentais específicos; ou, ainda, por não se submeter a qualquer dos casos acima, mas que, por alegação de imperativo de consciência, se vê livre do SMIO. Esses, aos 18 anos, gozando da plenitude do direito de sufrágio, votam, obrigatoriamente, em eleições para todos os níveis, sem que se questione:

- a maturidade psicossocial;

- a decisão influenciável pelo vínculo ativo ou passivo com os grotões do interior;

- a eventual condição de excluído social, submetido e controlado pela contravenção, a violência e o narcotráfico; ou

- a possível condição de iludidos pelas promessas populistas de toda natureza, nas áreas carentes urbanas e periféricas contemporâneas. Apesar de todas essas considerações que lhes seriam desfavoráveis ao alistamento e ao voto, podem, ainda, até se candidatar e se eleger para o cargo de vereador.

Deparamo-nos, então, com um conflito explícito no curso deste trabalho. Caso seja dispensado por quaisquer das hipóteses anteriores, o jovem não terá sido designado para incorporação ou matrícula. Portanto, os comandos militares não encaminharam seu nome à listagem dos impedidos de votar. Contudo, se a letra fria da lei o denomina e, por decorrência, o impede de

votar, porque conscrito é o mero convocado, os votos de todos os homens que componham a classe chamada para seleção são inconstitucionais.

Outrossim, permanece um problema de interpretação do art. 6° do Código Eleitoral, que afirma que o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de um e outro sexo, salvo quanto ao voto, no que interessa, para os funcionários civis e os militares em serviço que os impossibilite de votar. Tal não é o caso do conscrito incorporado, exceto em situação de emprego de tropa para garantir as eleições. Nessa situação, a "desobrigação" que se institui por interesse maior da sociedade, e não por impedimento legal, atingirá a todos os militares de todos os níveis, isto é, oficiais e praças envolvidos no cumprimento da missão, e não apenas aos recrutas.

Destaca-se a necessidade do perfeito entendimento e da definição correta do procedimento a ser efetivado pelos militares em geral e outras categorias de servidores que, em serviço, imposto por força maior, estejam impossibilitados de votar. Essa razão deve deixar de ser arguida para justificar, também, a supressão do direito de voto para os recrutas, como se um fato isolado, que normalmente atinge uma pequena parcela do todo e que possui procedimento consagrado, pudesse servir de base para argumentos falaciosos.

Destaque-se, ainda, a consideração subsidiária à decisão de que o fator idade confere, sob o ângulo constitucional, capacidade, ou seja, maturidade psicossocial aos menores de 16 anos para que, até a data limite, façam o seu alistamento eleitoral, desde que venham a completar a idade mínima exigida para a prática do voto até a data da eleição. Ora, qualquer cerceamento dessa ação seria exclusivamente de aspecto burocrático, enquanto se nega essa capacidade a cidadãos fardados de 19 até 27 ou mais anos que prestam o Serviço Militar Inicial Obrigatório.

Verifica-se, então, que o problema não se limita ao impedimento constitucional textual, que, justo ou não, deve ser cumprido de acordo com a letra fria da lei, até mudança constitucional pertinente. O problema amplia-se porque, após a aprovação da Constituição de 1988, diversos questionamentos foram submetidos ao TSE para definição dos efeitos e alcances do texto, tendo implicado decisões que até ampliaram a restrição. De fato, instituiu-se uma nova e agravante forma de impedimento do exercício da cidadania pelo jovem que, tendo completado 16 anos, se alistou eleitoralmente e, eventualmente, votou ou que, tendo-se alistado, não votou também por opção ou falta de coincidência com eleições pertinentes, antes de se tornar

um recruta, isto é, de se apresentar à convocação e se tornar um conscrito incorporado ou matriculado para a prestação do serviço militar inicial obrigatório. Este, no entendimento do TSE, está impedido de votar, mesmo em caso de já haver exercido esse direito.

Deve-se destacar que, de acordo com decisões do TSE, expostas nas resoluções apresentadas neste estudo, segundo a Lei do Serviço Militar[41], também são considerados integrantes de tal categoria, ou seja, dos conscritos, os alunos de Órgãos de Formação da Reserva. Logo, estão afastados do exercício do voto, ainda que eleitor, alistado eleitoralmente antes da matrícula no órgão de formação, os matriculados em Centros e Núcleos de Preparação de Oficiais da Reserva (CPOR/NPOR). Nessa mesma linha, os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários convocados para o serviço militar inicial obrigatório, segundo a Lei nº 5.292, de 08 de junho de 1967[42], também estão inclusos nessa proibição, embora não tão jovens e/ou imaturos, pois alguns poderão estar com até 27 anos de idade ou mais.

Infelizmente, essa excrescência legal não foi corrigida até agora, por incompreensão do que se estudou neste trabalho. A proibição de alistamento dos conscritos não se sustenta perante uma análise mais ampla, inferindo-se a inserção na presente Carta por cópia das anteriores, derrogadas pela liberalidade adotada na atual Lei Magna com relação aos demais fatores que, ao longo do tempo, restringiam o voto de diferentes universos militares e civis.

Dessa forma, ao serem compulsados os textos constitucionais que já vigoraram no Brasil, verificou-se que a tradição legal foi transformando as restrições impostas ao exercício do direito de voto pelos cidadãos, por meio das sucessivas Cartas. Manteve-se, todavia, um tratamento sempre diferenciado e mais restrito para o universo militar, contrariamente às liberalizações outorgadas até para mendigos e analfabetos, que lhes deu a faculdade de votar, sem qualquer preocupação com os ontem votantes de cabresto dos grotões do interior ou os hoje votantes submetidos e controlados pela contravenção, a violência e o narcotráfico; ou mesmo os iludidos pelas promessas populistas nas favelas e em outras áreas carentes urbanas e periféricas contemporâneas.

---

[41] Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964.

[42] Lei de Prestação do Serviço Militar pelos estudantes de Medicina, Farmácia, Odontologia e Veterinária e pelos Médicos, Farmacêuticos, Dentistas e Veterinários (MFDV).

Com tantos questionamentos facilmente identificáveis, foi natural que, promulgada a Constituição de 1988, a polêmica surgisse. Diversas dúvidas vinculadas ao problema estudado geraram processos em instâncias inferiores e, finalmente, foram submetidas ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para definição dos efeitos e alcances do texto constitucional. Isso implicou em decisões interpretativas que foram bastante realçadas, porque, de fato, são elas que impuseram a atual proibição do voto para o cidadão fardado que esteja cumprindo o Serviço Militar Inicial Obrigatório.

Na verdade, firmou-se a percepção da ignorância e de intenções confusas por parte dos legisladores que compuseram a Assembleia Nacional Constituinte, na qual parece que o tema foi obscurecido por outros, como o voto a partir dos 16 anos. O texto final acabou conduzindo a que, hoje, se chegasse a esse conflito com o espírito constitucional.

Essa restrição parece vinculada à preocupação dos constituintes com o temor da politização e/ou do uso político da tropa, embora os direitos e os deveres dos militares os façam escravos dos regulamentos, e não de homens. Incontestavelmente, tal visão foi maximizada pela participação dos militares em momentos políticos expressivos ao longo de toda a história do Brasil, inclusive da mais recente, embora, em alguns, o tenham feito no estrito exercício de suas cidadanias e/ou de suas imposições constitucionais de *ultima ratio regis*, em que o Estado substitui o Rei. É compreensível que assim tenham pensado os legisladores em uma associação ao milenar receio da "fúria das legiões" e em uma inevitável reação à presença do Poder Militar no conjunto do Poder Nacional, que o constituinte deveria se preocupar em tornar harmônica. Contudo, por falta de conhecimento das idiossincrasias militares, aquele procura controlar e se faz parcial e tendencioso, retirando o caráter genérico que deve ter toda lei e apartando uma parcela expressiva dos cidadãos do pleno exercício da cidadania. Isso tudo agravado pelo fato de que estão, temporariamente, nessa condição sem escolha, para a prestação de um serviço à Pátria.

Surpreendentemente, com a devida vênia, a desfavorável vinculação de interpretações do TSE à Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que institui o Código Eleitoral, associada a um exercício aquém do esperado direito e do dever de interpretar o espírito dos constituintes e descobrir que a restrição ao alistamento eleitoral mais se parece com um deslize ou receio de proibição direta do voto − erro subconsciente e/ou intencional de integrantes da Assembleia Nacional Constituinte − encontra-se em franca obsolescência em relação

à Constituição em vigor. Erro que, infelizmente, não foi corrigido até agora, por incompreensão do que se estudou neste trabalho. A proibição do alistamento dos "conscritos" não se sustenta perante uma análise mais ampla, inferindo-se a sua inserção na presente Carta por cópia das anteriores, derrogada pela liberalidade imposta com relação aos demais fatores que, ao longo do tempo, restringiram o voto de diferentes universos militares e civis.

Em cronologia lógica com o raciocínio desenvolvido no presente trabalho, somente resta concluir que a restrição eleitoral imposta ao universo militar presente no § 2º do art. 14 da Constituição Federal de 1988 está desconectada do espírito que a norteou, em sua aplicabilidade normativa, sem ligação lógica com qualquer outra prescrição constitucional. Em suma, não se justifica, necessitando ser extirpada.

6. REFERÊNCIAS

BASTOS, C. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, C. e MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2º Vol., 2004.

BASTOS, C. **Teoria do Estado e Ciência Política.** 5. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, J. M. **Bernardo Pereira de Vasconcelos**. 1. ed. São Paulo: Editora 34. 1999.

DJi - Direito & Justiça Informática Ltda. **Índice Fundamental do Direito**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constitucional/nacao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2008.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, A. **Curso de Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Coleção, Constituições Brasileiras**; v. 1 a 7. Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966.** Regulamento da Lei do Serviço Militar. Dispõe sobre a regulamentação da Lei do Serviço Militar. SICON. Pesquisa Portal (Legislação) <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 21 set. 2005.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal Militar. Dispõe sobre o Código Penal Militar. SICON. Pesquisa Portal (Legislação) <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 16 abr. 2005.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980.** Estatuto dos Militares. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. SICON. Pesquisa Portal (Legislação) <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 15 abr. 2005.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei n° 8.239, de 4 de outubro de 1991.** Lei de Prestação do Serviço Alternativo. Dispõe sobre a regulamentação do Art. 143, § 1 e 2 da Constituição Federal, que dispõe sobre a Prestação de Serviço Alternativo ao Serviço Militar Obrigatório. SICON. Pesquisa Portal (Legislação) <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 15 jan. 2006.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Dispõe sobre o estabelecimento de normas para as eleições Obrigatório. SICON. Pesquisa Portal (Legislação) <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 07 ago. 2005.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 4.375**, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Dispõe sobre o Serviço Militar. SICON. Pesquisa Portal (Legislação) <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 17 mai. 2005.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.** Código Eleitoral. Dispõe sobre o Código Eleitoral. SICON. Pesquisa Portal (Legislação) <http://www6.senado.gov.br/sicon/PreparaPesquisaLegislacao.action>. Acesso em: 07 ago. 2005.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Plano Estratégico de Defesa Nacional.** Disponível em: DEFESA BR <http://www. defesabr.com/MD/md_estrategia.htm>. Acesso em: 07 nov. 2008.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Plano Regional de Convocação para o ano de 2009.** Disponível em Comando da 11ª Região Militar. <http://www.11rm.eb.mil.br/download/ssmr/recrutamento/PRC2009.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2008.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Política de Defesa Nacional.** Disponível em: Defesa <https://www.defesa.gov.br/pdn/index.php?page=home>. Acesso em: 07 nov. 2008.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Portaria Normativa nº 16 / MD**, de 07 de janeiro de 2008. Plano Geral de Convocação para o Serviço Militar Inicial nas Forças Armadas em 2009. Disponível em: Dedesa < https://www.defesa.gov.br/bdlegis/index.php?page=lista_pesquisa >. Acesso em: 07 nov. 2008.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 15.099**, de 09 de março de 1989. Relator: Ministro Antônio Vilas Boas Teixeira de Carvalho. Brasília, DF. Lex: Jurisprudência do TSE. Disponível em: < http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>. Acesso em: 12 jul. 2007.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 15.850**, de 03 de novembro de 1989. Relator: Ministro Roberto Ferreira Rosas. Brasília, DF. Lex: Jurisprudência do TSE. Disponí-

vel em: < http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>. Acesso em: 12 jul. 2007.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 15.945**, de 16 de novembro de 1989. Relator: Ministro Luiz Octávio P. e Albuquerque Gallotti. Brasília, DF. Lex: Jurisprudência do TSE. Disponível em: < http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>. Acesso em: 13 jul. 2007.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 4.371**, de 26 de maio de 1994. Relator: Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. Brasília, DF. Lex: Jurisprudência do TSE. Disponível em: < http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>. Acesso em: 13 jul. 2007.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução TSE nº 20.165**, de 07 de abril de 1998. Relator: Ministro Nilson Vital Naves. Brasília, DF. Lex: Jurisprudência do TSE. Disponível em: < http://www.tse.gov.br/internet/jurisprudencia/index.htm>. Acesso em: 12 jul. 2007.

SILVA, D. P. **Vocabulário jurídico.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Wikipédia, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://www.portalgv.com.br/enciclope-dia.asp> Acesso em: 04 out.; e 08 nov. 2008.

A justiça restaurativa como concretização do garantismo positivo. Um estudo panorâmico

Ilana Martins Luz
Mestranda em Direito Público, na linha Constituição, Estado e Direitos Fundamentais, grupo "Repensando o Direito Penal contemporâneo" pela Universidade Federal da Bahia.
Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu (IDPEE).
Pesquisadora em Justiça Restaurativa pela Universidade Federal da Bahia, sob orientação da professora Doutora Selma Pereira de Santana.
Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, advogada criminalista.

"O importante não é apenas o que acontece, mas também o modo como se chega à decisão. A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá pra casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça." [1]

RESUMO: O presente trabalho é uma abordagem sobre o novo paradigma de resolução dos conflitos penais, a Justiça Restaurativa, enquanto meio de concretização de um garantismo penal positivo. Trata-se de estudo que visa a legitimar a aplicação de práticas restaurativas, que necessitam ser formuladas com vistas a diminuir a repressão penal. Para o desenvolvimento da temática, abordaram-se os temas relativos ao paradigma punitivo, ao nascimento do paradigma restaurador, aos direitos fundamentais e sua evolução e ao sistema penal integrado, que resguarda tanto direitos de primeira como de segunda geração. Ao final, apresentou-se a resposta ao problema posto, no sentido de que o paradigma restaurador concretiza os direitos de primeira e segunda geração, ao passo que realiza uma intervenção positiva no fenômeno delitivo, livrando o infrator do destino de uma pena aflitiva e reparando o prejuízo sofrido pela vítima do crime.

PALAVRAS-CHAVES: Justiça restaurativa. Direitos fundamentais. Dimensões de direitos fundamentais. Garantismo positivo.

---

[1] ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 192

ABSTRACT: This work is an approach to the new paradigm of criminal conflict resolution, restorative justice as a means of achieving a positive criminal guaranteed. It was a study that seeks to legitimize the use of restorative practices, which need to be formulated to diminish the criminal prosecution. For the development of the theme, addressed are the issues related to punitive paradigm, the birth of the restorative paradigm, fundamental rights and their evolution, and the integrated criminal justice system that protects the rights of first and second generation. In the end, had to answer to the problem posed in the sense that the paradigm of restorative realize the rights of first and second generation, while performing a positive intervention in the criminal phenomenon, relieving the offender of the dreadful fate of a pen and repairing the injury suffered by the victim of crime.

KEYWORDS: Restorative justice. Fundamental rights. Generation of fundamental rights. Positive criminal guaranteed.

SUMARIO: 1. Considerações introdutórias − 2. Do paradigma punitivo ao paradigma restaurador: a mudança da racionalidade penal moderna − 2.1. O paradigma punitivo e a sua justificação: racionalidade penal moderna − 2.2. A justiça restaurativa: conceito, características e fundamentos − 2.3. A mudança da racionalidade penal. Da racionalidade que obriga à punição àquela que faculta a punição − 3. A evolução dos direitos fundamentais. Berço do ideal de garantismo penal positivo − 3.1. Direitos fundamentais: conceito formal e material e dimensões de direitos fundamentais − 4. A justiça restaurativa e a concretização do garantismo positivo − 5. Considerações Finais − 6. Referências

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O presente trabalho objetiva demonstrar que a Justiça Restaurativa, novo paradigma de resolução dos conflitos penais, concretiza um modelo de direito penal positivamente garantista, que respeita, a um só tempo, os anseios das vítimas do delito e as garantias dos infratores aos bens jurídicos resguardados pelo ordenamento.

A justificativa para a escolha do tema reside nas críticas mais comumente ofertadas à Justiça Restaurativa, no sentido de que esse novo modelo de gestão dos conflitos penais atinge algumas das garantias substanciais e processuais do acusado, a exemplo da culpabilidade, porquanto, alega-se, não estaria preocupado com a busca da verdade processual, e sim com o retorno à justiça de cunho privatista. O objetivo do estudo é demonstrar que o novo paradigma de gestão dos conflitos, ao revés, representa um modelo integrado de ciências penais, que prega a proporcionalidade entre a proteção dos bens jurídicos e o direito de liberdade do cidadão.

O intuito, neste ensaio, não é uma abordagem completa da questão, até mesmo por conta dos limites desta publicação. Para o desenvolvimento dessa problemática, faz-se necessário, preliminarmente, apresentar breves comentários sobre o surgimento da Justiça Restaurativa, intrinsecamente conectado à crise do paradigma anterior, punitivo. Em um segundo momento, apresentar-se-á o conceito e as características do novo paradigma de gestão do conflito penal.

Fixadas as premissas da Justiça Restaurativa, far-se-á uma breve digressão sobre o conceito e o surgimento dos direitos fundamentais e sobre a evolução desses direitos, consubstanciada nas dimensões apontadas pela doutrina constitucionalista. Nesse ponto, será imprescindível uma abordagem mais aprofundada sobre o direito geral de liberdade e o direito à proteção, na perspectiva esboçada por Alexy.

Por fim, tratar-se-á da real questão posta neste trabalho, demonstrando por que e como a Justiça Restaurativa se coaduna com essa perspectiva de proteção positiva garantística atribuída ao Direito Penal.

2. DO PARADIGMA PUNITIVO AO PARADIGMA RESTAURADOR: A MUDANÇA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA

2.1 O paradigma punitivo e a sua justificação: racionalidade penal moderna

Antes de cuidar das características do paradigma restaurador e da revolução que ele propõe na resolução do crime, impende tecer alguns comentários acerca do paradigma punitivo e da racionalidade penal na qual se funda o paradigma.

Nesse sentido, o paradigma punitivo de resposta ao delito é aquele no qual a única resposta fornecida ao crime é a resposta verticalizada, aflitiva e punitiva. Nesse modelo de solução, qualquer finalidade que se confira ao Direito Penal será sempre almejada por meio da punição. Pode-se destacar, enquanto paradigma punitivo, dois modelos tradicionais de resposta ao delito – o modelo dissuasório e o modelo preventivo.

O modelo dissuasório ou punitivo-retributivo de resposta ao delito é aquele que vem sedimentado na ideia precípua de retribuição, punição e castigo.

No modelo dissuasório clássico, o intuito é retribuir a ofensa praticada pelo sujeito, por meio da imposição de um castigo. A finalidade do sistema penal − e, portanto, o elemento que justificaria todo o aparato intrínseco a esse sistema − seria a busca pela punição daquele que se desviou das normas de conduta socialmente estabelecidas.

Depreende-se, pois, que, se o modelo dissuasório visa, majoritariamente, ao castigo, qualquer outra finalidade que se queira extrair do sistema penal − a respeito da reparação da vítima, ou da pacificação social − é considerada meramente acessória, e não deve nortear o funcionamento desse sistema.

O modelo ressocializador, por seu turno, é aquele no qual a preocupação do sistema penal estaria, em princípio, voltada para a melhora da pessoa do delinquente. Consoante bem destacou Garcia-Pablos, é um paradigma que "reclama uma intervenção positiva no condenado, que facilite o seu retorno digno à comunidade, isto é, sua plena reintegração social"[2].

A finalidade, então, afirmam os favoráveis a essa ideia, não seria a mera execução do castigo, e sim a incorporação de ideais de prevenção especial positiva, de sorte a orientar a execução do castigo, para que este possa atingir uma utilidade para a pessoa do delinquente[3].

Ao nosso juízo, apesar da contradição que possa ser verificada aprioristicamente, ambos os modelos podem ser enquadrados enquanto paradigma punitivo de resposta ao delito. Isso porque, malgrado os dois sistemas mencionados busquem finalidades aparentemente distintas entre si, ambos incorrem no mesmo erro, que é a utilização exclusiva da punição como meio de alcançar os objetivos. De fato, ainda que o sistema ressocializador intente "melhorar" o delinquente, por meio da questionável "terapia social" com fins humanitários, ele não busca enfrentar a raiz problemática da justiça penal, que é a visão da pena como a solução para todos os males, como a única forma "capaz de colocar ordem na desordem, afastar o caos e a ambivalência, para fazer prevalecer a razão"[4] [5].

---

[2] GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, GOMES, Luiz Flávio. Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 369.

[3] Ibidem. p. 369.

Dessa maneira, por focarem em uma resposta unívoca, que a realidade demonstra fracassada, é que ambos os sistemas podem ser incluídos dentro do paradigma punitivo.

Fincada essa premissa, cumpre neste momento cuidar das razões fundantes do paradigma punitivo, que podem ser identificadas na racionalidade penal moderna. Com efeito, a racionalidade penal moderna, de acordo com Álvaro Pires[6], consiste em uma maneira particular de conceber a Justiça Penal, que começou a ser construída a partir do século XVIII – o que justifica a utilização do adjetivo moderna. A racionalidade moderna consubstancia um sistema único de regras jurídicas, constituídas com finalidades e valores próprios, que fazem do Direito Penal um subsistema peculiar dentro do direito[7].

Tem-se, dessa forma, que a referida racionalidade penal moderna assume a função de construir todo um arcabouço dogmático, que faz do Direito Penal um subsistema apartado, com características unívocas e particulares no interior do Direito.

Estabelecido o conceito inicial de racionalidade penal moderna, convém tratar dos fundamentos dessa racionalidade. Sob tal perspectiva, saliente-se que o subsistema criado pela racionalidade penal construiu uma "estrutura

---

[4] SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 41.

[5] Consoante bem destacado por Leonardo Sica, "Desde o ultimo século, a partir das teorias da pena, a idéia de prevenção penetrou os dois primeiros modelos, incorporando definitivamente o segundo (prevenção especial) e estabelecendo, então, um modelo preventivo, cuja principal intenção teórica seria erradicar o retributivismo, reservando-o, no máximo, à função de delimitar a punição em parâmetros proporcionais à culpa do infrator. Porém, como esse suposto modelo preventivo continuou operando sobre mecanismos e práticas eminentemente punitivas, parece mais adequado classificá-lo como preventivo-punitivo (por mais paradoxal que pareça a construção, o fato é que esse termo é revelador e adequado, pois o discurso dos operadores do sistema é voltado para a prevenção, mas a prática resume-se ao exercício do poder punitivo)". (Grifos acrescidos) SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime.p. 37.

[6] PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004. pp. 39-60.

[7] *Op. cit*. p. 40.

normativa telescópica"[8], na qual se vislumbra a existência de normas de comportamento (preceito primário) conectadas, inexoravelmente, às normas de sanção (preceito secundário), de maneira que ambas formam um todo inseparável.

Em outros termos, o que se observa é que, para a racionalidade penal moderna, a violação a uma norma de comportamento deve, sempre, ser seguida da aplicação de uma norma de sanção, consubstanciada em uma pena aflitiva. Disso resulta a conclusão de que as normas de comportamento e de sanção representarão um todo unitário, sem que uma possa prescindir da outra: havendo crime, haverá pena – e não outra resposta.

A unificação das normas de comportamento e das normas de sanção, em uma estrutura única e indispensável, ocasiona, consoante explanou Pires, alguns inconvenientes. Preliminarmente, observa-se que a natureza do crime será vislumbrada somente quando for possível identificar a presença de uma pena; se esta não existir, o ilícito perpetrado possuirá natureza diversa da penal[9].

O outro inconveniente, que decorre do anterior, consiste no fato de que tanto as normas de conduta como as normas sanção deverão, sempre, ser aplicadas ao caso. Por certo, se ambas representam um todo indivisível, conclui-se que ambas devem incidir no caso concreto, de maneira que, quando houver uma violação da norma de comportamento, o Estado estará obrigado a aplicar uma sanção penal. Há, portanto, a necessidade de sanção punitiva. Nas palavras de Pires:

> A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma obrigação ou necessidade. [...]. No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas aflitivas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do

[8] Idem, ibidem. p. 41.

[9] Nas palavras de Pires: "No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (aflitiva), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra". PIRES, Álvaro. *Op. cit.* p. 42.

> Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir mas também para não punir, buscando alternativas à penalidade. No quadro da racionalidade penal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente[10].

Demais disso, além da assertiva anteriormente disposta, tem-se que a obrigação de o Estado aplicar uma sanção penal consubstancia a exigência de que "entre o crime e a sanção deve haver uma identidade de natureza"[11], de maneira que, se o crime é um mal, a pena deve ser, igualmente, um outro mal, tendente a anular o primeiro. A estrutura de punição é, portanto, sempre negativa.

Verifica-se, da união entre as normas de conduta e as normas de sanção, que o Direito Penal começa a ser estruturado, unicamente, com a presença de penas aflitivas – de preferência, privativas de liberdade −, fator esse que impede, obstaculiza a construção de novas respostas do Direito Penal, distintas da pena – como, por exemplo, a reparação, propugnada pela Justiça Restaurativa.

Cria-se, outrossim, o mito de que a pena é a melhor forma de assegurar a observância das normas de comportamento, o que faz do saber penal uma ciência voltada para o punitivismo, "em que o procedimento penal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime"[12]. É por isso que, consoante assinalado, tanto o modelo dissuasório quanto o modelo preventivo podem ser enquadrados dentro do paradigma punitivo, uma vez que, nessas duas situações, é perceptível a utilização da pena como resposta – seja a pena como um fim em si mesma, ou seja, com o fim de castigar, seja a pena com o fim de "inocuizar" ou "curar" o infrator.

Por via de consequência observa-se que a racionalidade penal moderna constitui uma cláusula de barreira, porquanto contribui para "naturalizar a

---

[10] *Op. cit*. p 44.

[11] Ibidem. p. 42.

[12] PIRES, Álvaro. *Op. cit.* p 43.

estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal"[13], de sorte que qualquer modificação que se almeje realizar será, de pronto, afastada pela lógica racional penal atual.

Em vista do exposto, partindo-se da concepção construída pela racionalidade penal moderna – unicidade das normas de comportamento e de sanção, com obrigatoriedade de aplicação de ambas, aflitivamente –, é imprescindível a existência de um sistema de freios à necessidade punitiva.

Não é necessário muito esforço intelectivo para constatar que o atual paradigma punitivo, e a racionalidade que o fundamenta, encontram-se em crise, ocasionada, especialmente, pela ausência de legitimação do modelo.

Sem adentrar muito na problemática da crise do paradigma punitivo, que não é o objetivo precípuo deste estudo, impende assinalar que o atual modelo preponderante de gestão do crime não se sustenta mais, por causa de três fatores principais: a crise da razão essencialmente punitiva, a falência da ideologia do tratamento e o esquecimento da vítima[14].

Todos esses fatores preponderantes, acima listados, contribuem para a crise, que ocasionou o esgotamento do sistema criminal com o funcionamento de hoje, que clama por uma mudança urgente.

2.2 A justiça restaurativa: conceito, características e fundamentos

Consoante assinalamos no tópico anterior, o modelo atual de resolução dos conflitos penais concebe o crime como uma ofensa ao Estado soberano, focando sua preocupação na pessoa do delinquente e na sanção que o Estado deve lhe aplicar. Ficam relegados a segundo plano (quando muito) os inte-

[13] PIRES, Álvaro. *Op. cit.* p. 40.

[14] Com relação ao esquecimento da vítima, impende assinalar que a noção objetivada de bem jurídico contribui para a negligência ao ofendido pelo crime. Nesse sentido, é impossível não concordar com Selma Pereira de Santana, quando aduz que "com a noção de 'bem jurídico', surgiu uma objetivação da figura da vítima. Deixou-a de ser o sujeito sobre o qual recairia a ação delitiva, que sofreria a conduta delituosa, passando a ser o sujeito portador de um valor, o bem jurídico, exatamente o que, realmente, vem a ser lesado". SANTANA, Selma Pereira de. O "redescobrimento" da vítima: Uma esperança. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 12, nº 142, p. 4-5, Setembro de 2004.

resses da vítima e da sociedade ofendidas pela conduta delitiva. Consoante nos ensina Howard Zehr[15], no paradigma retributivo, o crime é uma violação à lei, e, dessa sorte, a meta para se alcançar a justiça, dentro desse modelo, é a descoberta do infrator, para que possa ser estabelecida a culpabilidade e um castigo justo, que inflija dor no condenado.

Verificamos, ainda, que o paradigma punitivo atual, fundado na racionalidade penal moderna de Beccaria, traz uma conexão lógica entre o preceito primário incriminador da norma e o preceito secundário, sancionador desta. Em outros termos, quando houver a demonstração da ocorrência de uma violação ao preceito primário – e não estejam presentes causas de exclusão da tipicidade, de ilicitude do fato, da culpabilidade ou da punibilidade do agente[16] – o Estado deve aplicar uma pena ao transgressor.

Justiça Restaurativa, em uma primeira aproximação, pode ser explicitada como um novo paradigma de resolução dos conflitos penais, fundado, em linhas gerais, na inclusão da vítima, do ofensor e, quando apropriado, da comunidade, em um processo de diálogo conciliatório, que busca outra resposta para o crime, distinta da comumente oferecida pelo sistema retributivista.

Na Justiça Restaurativa, o foco é distinto. Verificamos, aqui, uma alteração do que Howard[17] chama de "lentes", aquelas que utilizamos para enxergar o mundo a nossa volta. Sob esse viés, o modelo restaurativo pretende alterar os pressupostos sobre o crime e a justiça, com vistas a solucionar alguns problemas que não foram satisfatoriamente respondidos no modelo punitivo.

Estabelecidos esses critérios, cumpre asseverar que o primeiro passo para entender o conceito de Justiça Restaurativa é a redefinição do conceito de crime, o qual, no sistema restaurativo, assume uma nova conotação. No modelo punitivista de hoj e, o delito sempre foi considerado uma transgressão a um preceito legal (tipo penal) estatuído por uma norma; para a Justiça

---

[15] ZEHR, Howard. Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a Justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 78.

[16] Importa aqui sinalizarmos, neste ponto, que estamos de acordo com a teoria quadripartida do crime, que o define enquanto fato típico, antijurídico, culpável e punível. A ausência dos requisitos de quaisquer dessas categorias exclui, portanto, o conceito de crime.

[17] *Op. cit*. pp. 167 e 168.

Restaurativa, o delito assume uma dúplice conotação para ser, além de uma conduta contrária à norma penal, um ato que afeta pessoas, causando danos e estremecendo relacionamentos.

Essa nova compreensão do fenômeno delitivo é essencial para que se possa compreender a mudança proposta pelo paradigma restaurador. É o conceito de crime, enquanto lesão pessoal, o ponto de partida de todos os demais elementos restaurativos. Como decorrência da redefinição do conceito de crime, com vistas a considerá-lo como uma violência a pessoas, tem-se que a filosofia central desse novo modelo, consoante aduziu Sérgio Ramirez, são os três "R":

> Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctma, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de victima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos com la sociedad a la que también se há dañado com el ilícito[18].

Os três "R" destacados por Ramirez são bem elucidativos. A restauração é baseada na ideia de minorar ou curar as consequências advindas com o delito. Dessa forma, se o crime é mais do que uma violação legal, é um ato que ocasiona problemas concretos, conclui-se que o foco da justiça não é mais a violação à lei e às regras do Estado, ou a punição do infrator; o foco da justiça, aqui, no novo paradigma, é a melhoria dos efeitos negativos do delito. Partimos, então, do suposto de que a concentração excessiva nas regras processuais, na ofensa à norma, e na busca pelo culpado, desperdiça a energia que deveria ser dirigida para reparar o dano à vítima e à coletividade[19].

---

[18] "Responsabilidade, restauração e reintegração (responsabilidade, restauração e reintegração). Responsabilidade do autor, porquanto cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que também se prejudicou com o delito". (Tradução Livre). *Apud* SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo. Curitiba: Juruá, 2009. p. 145.

[19] "Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser 'o que devemos fazer ao ofensor?', ou 'o que o ofensor merece?', mas sim 'O que podemos fazer para corrigir a situação?'. Em vez de definir a justiça como retribuição, nós a definiremos como restaura-

Assim sendo, havendo uma lesão causada pelo delito, o objetivo precípuo de um sistema de gestão de crime deveria ser a restauração dos efeitos dessa lesão. Essa é a distinção básica entre a "velha" (paradigma punitivo) e a "nova" resposta (paradigma restaurador): enquanto a justiça retributiva visa à punição e ao estabelecimento de culpa como forma de justiça, o modelo restaurador objetiva recuperar os interesses da vítima, em uma visão prospectiva[20].

Estabelecida a premissa de que um dos focos da Justiça, nesse modelo restaurativo, é a reparação do dano causado, cumpre assinalarmos o modo pelo qual deverá ser realizada essa restituição. O primeiro passo para vislumbrarmos a reparação do prejuízo é a avaliação das necessidades da vítima. E, decerto, para que possa haver uma avaliação dos interesses do ofendido, é imprescindível a participação deste no processo.

Cumpre salientar, outrossim, que o processo de reparação de danos não pode – nem deve – se restringir ao âmbito material-financeiro. Não há como olvidarmos que muitos delitos ocasionam enormes prejuízos materiais para as vítimas, e devem ser reparados; não obstante, a reparação a que a Justiça Restaurativa faz menção vai além da meramente financeira, para abarcar uma dimensão simbólica e psicológica, como, por exemplo, a prática de

---

ção. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime. É impossível garantir a recuperação total, evidentemente, mas a verdadeira justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual este processo pode começar." ZERH, Howard. *Op. cit*. pp. 175-176.

[20] Esse entendimento também se coaduna com o exposto pela rede europeia de pontos de contato nacionais para a Justiça Restaurativa: "Artigo 2.º Definição e formas de justiça restaurativa: Para efeitos da presente decisão, o termo 'justiça restaurativa' refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de idéias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infractores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo". Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf>. Acessado em: 15 ago. 2009.

atividades do ofensor em favor da vítima ou da comunidade ou uma petição de desculpas[21].

Estabelecida a meta da restauração, insta assinalarmos que o paradigma restaurador propõe, ainda, a responsabilização do ofensor. Essa característica é importante, e deve ser mencionada, para demonstrar que a adoção de práticas restaurativas não significa impunidade, tampouco leniência com o infrator. Com efeito, a Justiça Restaurativa não deixa de conceber que o crime gera obrigações para o ofensor, que deve ser responsabilizado, e deve, na medida do possível, reparar o dano causado a sua vítima.

Inclusive, a nova concepção do crime, aqui já salientada, auxilia na compreensão das obrigações do ofensor com relação a sua vítima. Com efeito, no paradigma punitivo, o infrator acredita que seu único interlocutor é o Estado, esquecendo-se, por completo, da sua vítima. Ao deparar-se com o ofendido, no processo restaurativo, nasce a concepção de que o Estado é meramente secundário e de que as responsabilidades do ofensor são voltadas para a sua vítima concreta. O infrator, então, nessa nova perspectiva, deixa de ver sua conduta como uma mera abstração formal (tipo penal), para perceber que o seu ato trouxe lesões a uma pessoa concreta. A partir dessa nova visão, ele pode, portanto, "compreender e reconhecer o dano e agir para corrigir a situação"[22].

A responsabilidade, no contexto restaurador, difere substancialmente daquela que ocorreria dentro de um paradigma de natureza punitiva, porquanto, nesse caso, a responsabilização se perpetraria por meio da punição do infrator, ou, consoante explanou Howard Zehr, por meio do rebaixamento do "ofensor ao nível onde foi parar a vítima", uma "tentativa de vencer o malfeitor anulando sua alegação de superioridade"[23]. Essa dor infligida ao condenado, contudo, não produzirá qualquer bem à vítima, tampouco recuperará o seu prejuízo[24]. E, além de não trazer consequências positivas ao ofensor e ao ofendido, não produz, decerto, justiça[25].

---

[21] PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 89.

[22] ZEHR, Howard. *Op. cit.* p. 189.

[23] *Op. cit.* p. 182.

[24] Nesse sentido, ver ROLIM, Marcos. A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI. Zahar, Rio de Janeiro, 2006. p. 246.

[25] Consoante bem aduziu Marcos Rolim: "Em alguns casos, especialmente em crimes graves praticados com violência, o sofrimento do infrator pode oferecer algum tipo de 'conforto'

No caso do modelo de gestão do crime ora em comento, o que se observa é que a responsabilização é realizada com base na tentativa de soerguer a vítima a sua posição anterior, sem que o agressor necessite ser rebaixado. As atenções são voltadas para amenizar o sofrimento e as perdas causadas à vítima. Temos, verdadeiramente, uma mudança radical de conceitos.

Por fim, cumpre mencionar a reintegração. Esse último critério diz respeito à tentativa de restabelecer os relacionamentos lesados com a ocorrência do delito. Com propriedade, é inteligível que o delito causa danos não só à vítima, mas também à comunidade e ao ofensor.

Causa prejuízos à comunidade, porque esta se vê desarmonizada, insegura e amedrontada com a ocorrência do crime; e, em outros termos, causa prejuízos também ao ofensor, que, em regra, necessita de apoio emocional para aprender a lidar com as consequências dos seus atos.

Por meio da reintegração, os envolvidos devem tentar, com ajuda de mediadores, uma reaproximação, com vistas a fortalecer os relacionamentos lesados. Afirme-se que o objetivo precípuo da reintegração é afastar ideias maniqueístas sobre o crime – tais quais as defendidas no sistema punitivo tradicional.

Por óbvio, como salientou Howard Zehr, essa reintegração pode não ser total, mas qualquer ponto entre a extrema hostilidade e um forte relacionamento já é um progresso em termos de reintegração social[26]. Para finalizar essa primeira etapa, cumpre transcrever as elucidativas palavras de Marcos Rolim, que bem sintetiza o assunto:

> Para a Justiça Restaurativa o procedimento padrão das sentenças criminais contemporâneas impede que esse

à vítima. Nos EUA, por exemplo, familiares de pessoas que foram assassinadas possuem o direito de assistir à execução dos condenados à morte. Nesse ponto, o que devemos nos perguntar é se esse sentimento de conforto moral não é exatamente o mesmo que vingança e se, por decorrência, uma sociedade que permite que seus instrumentos de justiça sejam identificados com a vingança pode produzir, de alguma forma, Justiça. Na verdade, o que as punições produzidas pela Justiça Criminal permitem é que ambos, infrator e vítima, fiquem piores. A retribuição tende a legitimar a paixão pela vingança e, por isso, seu olhar está voltado, conceitualmente, para o passado. O que lhe importa é a culpa individual, não o que deve ser feito para enfrentar o que aconteceu e prevenir a repetição do que aconteceu" (grifos aditados). *Op. cit.* p. 247.

[26] *Op. cit*. p. 177.

> infrator seja colocado em face das circunstâncias de dor e prejuízo produzidas por seu ato. No processo criminal moderno, ele jamais se obrigará a conhecer essa realidade. Tampouco será confrontado pelo desafio de fazer algo que permita diminuir a dor da vítima ou repor o prejuízo que ele próprio causou. Em um sistema retributivo, o que se espera do infrator é que ele suporte sua punição; para a Justiça Restaurativa o que importa é que ele procure restaurar ativamente a relação social quebrada. Para isso, os procedimentos restaurativos deverão considerar a situação vivida pelo infrator e os problemas que antecederam e agenciaram sua atitude. Assim, paralelamente aos esforços que o infrator terá que fazer para reparar seu erro, caberá à sociedade oferecer-lhe as condições adequadas para que ele possa superar seus mais sérios limites como, por exemplo, déficit educacional ou moral ou condições de pobreza ou abandono[27].

Ultrapassada a questão tripartida da resposta restaurativa, qual seja, a busca pela restauração, responsabilização e reintegração, cumpre observar que, não só pela resposta, o novo modelo se distingue da velha. Por certo, não se pode olvidar que, além de oferecer uma solução distinta, o principal traço desse novo modelo restaurativo é a forma como essa nova resposta será construída.

Ao contrário do que se concebe no sistema retributivo – no qual a resposta é verticalizada, imposta pelo Estado-juiz ao delinquente, sem qualquer participação da vítima e/ou da comunidade indiretamente[28] afetada pelo crime –, no novo modelo, a resposta tem de ser construída, mediante o diálogo entre as partes do conflito. Reapropriação do conflito para os seus verdadeiros

[27] *Op. cit.* p. 245.

[28] No que concerne aos delitos cujos bens jurídicos são supraindividuais, atingindo toda a sociedade, existe discussão na doutrina acerca da admissibilidade dos procedimentos de justiça restaurativa. Isso porque, uma vez que os mencionados delitos não possuem vítima certa, e ocasionam prejuízos à coletividade, não haveria, em tese, a possibilidade de realização de acordo, mediante ofendido e ofensor. Segundo nos parece, malgrado sejam necessárias adaptações do procedimento restaurativo nos mencionados delitos, não se pode excluir a possibilidade de implementação de programas de restauração, nesses casos, porquanto a reparação dos danos e minoração das consequências danosas, bem assim as alternativas ao cárcere, são soluções que beneficiam toda a sociedade. Trata-se, contudo, de assunto que não é pacífico e que extrapola os limites do presente estudo, de modo que se trouxe à baila apenas a título ilustrativo.

"donos", sem, no entanto, significar um retorno à justiça privada vingadora, é, sem dúvidas, uma principal característica desse novo modelo.

Quando cuidamos do paradigma punitivo, destacamos a questão da marginalização da vítima e da sociedade no processo criminal. Isso porque, naquele modelo de gestão do crime, a vítima seria um expectador do processo, que atuaria neste apenas como uma simples informante, pouco importando suas reais aspirações e necessidades que nasceram com a prática delitiva. Em outros termos, a vítima era vista como coadjuvante de todo o processo, como um personagem que poderia, unicamente, assistir e observar outros decidirem o justo castigo do sujeito causador do "problema".

No paradigma restaurador, a concepção é diametralmente oposta. A preocupação com a construção da resposta é fundamental, e demonstra a necessidade de empoderamento das partes do conflito. O ofensor, a vítima e a comunidade devem tentar, mediante um processo restaurativo, encontrar a melhor solução que o caso determine[29].

Por conseguinte, diante de tudo que foi assinalado, é perceptível a revolução que o paradigma restaurativo propõe. Há que se afirmar, contudo, que o objetivo precípuo do modelo restaurador não é a resolução de todos os problemas que advêm da criminalidade. Trata-se de uma nova visão, que procura solucionar os conflitos mais prementes, mais urgentes, que não foram sanados pelo "paradigma punitivo tradicional"[30].

---

[29] Essa forma de resolução participativa da justiça penal foi assinalada pela ONU, como um dos princípios da justiça restaurativa: Os programas de justiça restaurativa baseiam-se na crença de que as partes do conflito precisam estar ativamente envolvidas na resolução e na mitigação das consequências negativas deste. São baseados, também, em alguns casos, na vontade de retornar à decisão local, construída pela comunidade. Esses princípios são também vistos como uma maneira de encorajar a pacificação do conflito, para promover a tolerância e inclusão, construindo respeito pela diversidade e promovendo práticas de responsabilização comunitária. (Tradução livre do autor) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Handbook on restorative justice programs.Nova York, 2006. p. 05.

[30] Consoante bem salientou Leonardo Sica: "A justiça restaurativa não tem como objetivo principal reduzir a criminalidade, mas reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos, sem quaisquer aspirações retributivas ou pseudo-preventivas. [...] o novo conceito é simples: as balanças da justiça não são mais vistas como uma ponderação entre o dano causado pelo criminoso e a aflição infligida ao criminoso em seguida, pois isto só aumenta a soma total e dano e aflição no mundo (1992, p. 525). O paradigma restaurativo, assim, é construído a partir das falhas do sistema vigente, pois sua proposta é evitar o pior do velho sistema (o punitivo), sem introduzir novos problemas". SICA, Leonardo. *Op. cit*. p. 37.

Cumpre destacarmos, outrossim, o caráter complementar do modelo em questão. Isso porque não se trata o presente paradigma de gestão do crime, na etapa de desenvolvimento atual, de um método substitutivo ao Direito Penal tradicional. De fato, o modelo restaurador é um modelo de justaposição, que deve ser colocado ao lado do modelo tradicional punitivo.

Com efeito, não se olvida que, para situações-limite, cometidas por ofensores verdadeiramente temerários – crimes graves –, para os casos de crimes sem vítima e para aquelas situações nas quais as partes não queiram, voluntariamente, adotar o processo restaurador, é necessário que exista um direito punitivo e repressor, que deve atuar com humanidade, pautado na legalidade estrita, na proporcionalidade, e deve, de igual sorte, permitir à vítima o direito de se manifestar sobre as consequências do ato danoso.

Não obstante, para as ofensas cotidianas, de menor gravidade, que efetivamente não coloquem em risco a sobrevivência da sociedade, ou seja, para a criminalidade normal e ordinária, que ainda ocorre em maior número na sociedade, é necessário pensarmos em uma nova resposta, que consiga resolver os problemas, em vez de criar tantos outros.

Essa dialética da justaposição é fundamental para modificar a forma como a sociedade concebe o crime e, decerto, contribuir para melhoria das condições em que (sobre)vivem ofensores e ofendidos. Por conta disso é que afirmamos, no início, que o paradigma restaurador é parcialmente modificador do paradigma punitivo.

Para finalizar, cumpre esboçar um conceito de Justiça Restaurativa que sintetize tudo que já foi exposto. Nesse diapasão, afirme-se que se entende por Justiça Restaurativa um novo modelo de gestão do crime, que se foca numa redefinição do fenômeno delitivo, com vistas a criar para o ofensor a obrigação de restaurar, material e simbolicamente, o dano causado ao ofendido e à comunidade. Essa responsabilização do ofensor será construída mediante um processo de diálogo conciliatório, que vai envolver todos aqueles que foram diretamente ofendidos com a prática delitiva. Ao final desse processo, buscar-se-á a reintegração das relações sociais lesadas pelo crime.

Conclui-se, portanto, que a concepção restaurativista aqui apresentada é aquela focada no processo e na finalidade, é dizer, é uma visão construída

por meio de "processos negociados e finalidades restaurativas"[31], em uma visão mais "restrita de Justiça Restaurativa". Malgrado existam outras duas concepções de Justiça Restaurativa, fundadas no processo ou na finalidade, segundo nos parece, a visão minimalista, aqui adotada, é a que mais se coaduna com o ideal restaurador de mudança de paradigma.

2.3 A mudança da racionalidade penal. Da racionalidade que obriga à punição àquela que faculta a punição

A racionalidade penal que fundamenta o paradigma punitivo em vigor é uma razão que obriga a aplicação de uma pena sempre que houver a confirmação de um preceito primário incriminador, propugnando a unicidade entre a norma primária e a norma secundária, unidas entre si como um todo indissolúvel.

Sem quaisquer dúvidas, esse todo indissolúvel, antes demonstrado, conduz à incansável preocupação com a pena e com a necessidade de justificá-la, uma vez que é a pena a resposta primordial ao acontecimento delitivo[32].

A mudança de paradigma da Justiça Restaurativa é decorrente de uma nova forma de enxergar e efetivar o funcionamento da justiça penal. Em outros termos, a Justiça Restaurativa transforma a racionalidade que obriga a punição na racionalidade que faculta a punição àqueles estritos casos nos quais não seja possível outra alternativa de responsabilização do infrator. A Justiça Restaurativa visa, portanto, a desconstruir o mito de Beccaria, segundo o qual é necessária a existência de pena certa, proporcional, aflitiva[33].

---

[31] JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. Em, SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 171.

[32] "O foco na pena traz outro efeito pouco estudado: a desvalorização do preceito, ou a supervalorização da sanção em detrimento do preceito, o que resulta numa evidente falha de comunicação: 'matar alguém' ou 'subtrair coisa alheia móvel' são considerados problemas apenas pelo fato de serem condutas às quais se comina uma pena e não pelo fato de a vida e o patrimônio serem valores dignos de respeito e proteção." SICA, Leonardo. *Op. cit*. p. 42.

[33] "Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude do juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável

A modificação da unidade entre as normas de comportamento e de sanção, típica da racionalidade penal moderna, é o objeto precípuo da modificação restaurativa, que visa a afastar parcialmente, em casos especificados, o modelo tradicional de gestão do crime, no qual a principal responsabilização do infrator ao preceito primário ocorre por meio de um diálogo conciliatório no qual ele, a vítima e a comunidade participam e podem opinar sobre a melhor solução para reparar a lesão ocasionada com o crime.

Sem quaisquer dúvidas, o que Justiça Restaurativa propõe é a inclusão de garantias positivas ao cidadão, como limite ao irrefreável desejo de punir do Estado. Em vez de punição, responsabilização; no lugar de aflição de dor, restauração da paz jurídica e das consequências advindas com o crime; no lugar de conflito, diálogo.

O afastamento da obrigatoriedade de punição culmina com a ruptura antes propugnada entre as normas de comportamento e de sanção, para a aceitação da possibilidade de existência de crime sem pena, mas com uma responsabilização que atenda aos interesses dos reais afetados pelo delito. Verifica-se, de fato, uma modificação do arcabouço doutrinário do Direito Penal para a construção de uma nova racionalidade penal, na qual o Direito Penal passe a ser, mais que tudo, Direito, e menos penal.

3. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. BERÇO DO IDEAL DE GARANTISMO PENAL POSITIVO

3.1 Direitos fundamentais: conceito formal e material e dimensões de direitos fundamentais

O tema dos direitos fundamentais comporta muitos pontos para discussão e explanação, sobretudo com relação ao seu surgimento histórico e ao seu conteúdo. Infelizmente, pela exiguidade deste trabalho, não será possível uma abordagem profunda do tema, até mesmo para não incorrer em exagerada redução da problematização. Desse modo, as considerações feitas limi-

causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade." BECCARIA, Césarie. Dos delitos e das penas. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acessado em: 02 dez. 2009. p. 213.

tar-se-ão ao conceito formal e material de direitos fundamentais e às duas primeiras dimensões doutrinariamente aceitas dos direitos fundamentais, de essencial apresentação para o desenvolvimento do problema aqui proposto.

No que concerne à conceituação, é imprescindível assinalar, primeiramente, que os direitos fundamentais representam, na sua perspectiva formal, a positivação no ordenamento interno dos países dos Direitos Humanos, consagrados por tratados internacionais ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, os quais resultaram de um consenso[34] acerca de quais direitos são imprescindíveis ao homem enquanto tal.

O critério acima utilizado, justamente por sua natureza formal, representa uma fórmula abstrata, que necessita de uma complementação para que a categoria dos direitos fundamentais seja apreendida na sua totalidade. Nessa perspectiva, importante trazer à colação o conceito apresentado por Dirley da Cunha, que materializa a formalidade dos direitos fundamentais com lastro no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, fundamentais seriam todos os direitos que concretizam o valor dignidade da pessoa humana, ou seja, que servem ao homem enquanto meio para tornar real a sua dignidade. Nas palavras do autor:

> [...] podemos conceituar os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas. De um modo mais amplo, podemos concebê-los como princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. São fundamentais porque sem eles a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, não sobrevive[35].

A temática dos direitos fundamentais e o seu efetivo reconhecimento demandou a busca por um fundamento que justificasse a adoção, a ratificação e a positivação desses direitos. Bobbio assinala que, por influências jusna-

---

[34] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 26.

[35] CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 538.

turalistas, por muito tempo se perquiriu acerca de um fundamento absoluto para os direitos do homem, invariável e imutável, que devesse "ser obedecido sem questionamentos"[36]. Com o tempo, foi possível perceber que esse fundamento absoluto era impossível de ser alcançado.

Impossibilidade de fundamento absoluto dos direitos fundamentais decorre da própria relatividade valorativa e histórica a que estão submetidas as necessidades mais prementes observadas em cada época. Assim, é possível concordar com Dirley da Cunha quando assinala que os direitos fundamentais "se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais"[37].

Se as necessidades sociais são mutáveis, dependendo dos valores mais caros em contexto social e, sobretudo, da conformação do Estado que os adota, a fundamentação absoluta, universal e imutável, almejada pelos jusnaturalistas não se justifica, devendo-se partir de uma perspectiva de fundamentos relativos.

Partindo-se dessa premissa de direitos fundamentais enquanto representação dos valores sociais colocados como mais importantes em cada período histórico, é preciso tratar das dimensões de direitos fundamentais.

O surgimento dos direitos fundamentais em Constituições positivadas remonta ao Estado liberal, construído sob a filosofia do liberalismo econômico, que pregava a abstenção máxima do Estado na vida dos cidadãos. O Estado só poderia atuar em casos marginais, expressamente designados. A filosofia do momento era justificada pelo período histórico anterior, absolutista, no qual os abusos da excessiva atuação do Estado causaram repulsa e necessidade de mudança.

Tendo em vista esse contexto social, os direitos fundamentais foram preliminarmente desenvolvidos como direitos de liberdade do cidadão em face da atuação do Estado. Sua função era não intervir no desenvolvimento das relações econômicas e sociais travadas entre os cidadãos, mas garantir o livre exercício delas, sem embaraços.

---

[36] BOBIO, Norberto. *Op. cit*. p. 16.

[37] *Op. cit.* p. 580.

Ocorre que a história foi, aos poucos, demonstrando que a abstenção quase total do Estado nas relações travadas entre os particulares ocasionava a própria desestabilização dessas relações. No campo econômico, verifica-se que a ausência do Estado comprometeu gravemente as relações do modelo capitalista de produção, uma vez que propiciou a aparição do capitalismo de grupo, o qual representava a junção do poder do capital apta a dominar o mercado. Essa dominação do mercado na mão de poucas *holdings* ou cartéis ocasionou um desequilíbrio na livre concorrência e, por via de consequência, a imposição arbitrária de preços de produtos e de remuneração de mão de obra. Em longo prazo, a consequência veio a se verificar na crise mais gravosa do capitalismo, com a quebra da Bolsa norte-americana em 1929. A partir de então, restou sobejamente comprovado o quão invisível, para não dizer inexistente, era a mão que Adam Smith propugnava, de modo que ficou clara a necessidade de uma atuação proativa do Estado, para regular o mercado e salvar o capitalismo dos próprios capitalistas[38].

No plano social, a situação era ainda mais perturbadora, uma vez que os abusos do capital impediam o próprio desenvolvimento das classes menos abastadas. Os cidadãos pertencentes a essas classes, por não contarem com uma atuação estatal, viam-se privados, em muitas ocasiões, da sua própria dignidade humana, visto que não dispunham de meios para a aquisição de bens essenciais, duráveis e não duráveis, e, até mesmo, para a aquisição de meios de sobrevivência, a exemplo de meios de concretização do seu direito à saúde e à alimentação.

Esse panorama social ocasionado pela postura nula e absenteísta do Estado propiciou, entre os cidadãos, a aparição de visíveis desigualdades fáticas que não podiam ser sanáveis por meio da igualdade jurídica clássica do Estado liberal. Nesse aspecto, foi igualmente perceptível, tal como no plano econômico, que o Estado necessitava intervir para diminuir as desigualdades criadas pelo abuso do capital, tomando posturas positivas "para realizar a libertação do indivíduo dessa opressão"[39].

[38] "E sendo certo que empresas unidas num mesmo grupo econômico se tornam bem mais poderosas pelo volume de capital existente e penetração no mercado consumidor, o capitalismo de grupo foi responsável por desencadear a rivalização do poder econômico privado em face do poder público. (...) O surgimento do Direito Econômico, destarte, está umbilicalmente preso à transformação do capitalismo atomista para o capitalismo de grupo, movimento acompanhado da atávica tendência das empresas de dominar mercados para praticar preços abusivos, inclusive com a adoção de práticas anticoncorrênciais; tendência, por sua vez, determinante de maior fiscalização do Estado." SILVA NETO, Manoel Jorge e. Direito Constitucional Econômico. São Paulo: LTr, 2001. pp. 24-25.

[39] CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Op. cit*. p. 585.

Surgem, nesse contexto fático, os direitos de prestação do indivíduo, exigíveis em face do Estado, os quais, de acordo com as lições de Alexy[40], podem ser de três espécies: os direitos à organização e procedimento; os direitos a prestações em sentido estrito; e, por fim, os direitos a proteção, que mais interessam ao presente estudo.

Com relação aos direitos à organização e procedimento e os direitos à prestação em sentido estrito, imprescindível se faz um comentário breve, para assinalar que os primeiros correspondem aos direitos do cidadão em face do legislador, para que esse edite uma norma apta a instrumentalizar a prática de um direito constitucionalmente assegurado. Os direitos à prestação em sentido estrito correspondem àqueles devidos aos cidadãos que não dispõem de meios financeiros para adquiri-los de outros particulares, a exemplo de "direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação"[41]. Consoante já ressaltado, essas duas espécies não interessam diretamente ao escopo do trabalho, de modo que a análise delas se exaure neste ponto, após a sua conceituação.

Com relação aos direitos de proteção, por seu turno, esses podem ser vislumbrados como os direitos de que gozam os cidadãos de serem protegidos por atuações de terceiros, particulares, com potencial lesivo aos seus respectivos bens jurídicos fundamentais. Nas palavras de Alexy:

> Por "direitos à proteção" devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Direito a proteção podem ter os mais diferentes objetos. Desde a proteção contra homicídios na forma mais tradicional, até a proteção contra os perigos do uso pacífico da energia nuclear. Não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais: por exemplo, a dignidade, a liberdade, a família e a propriedade. Não menos diversificadas são as possíveis formas de proteção. Elas abarcam, por exemplo, a proteção por meio de normas de direito penal, por meio de normas

[40] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 444.

[41] Idem, ibidem. p. 499.

> de responsabilidade civil, por meio de normas de direito processual, por meio de atos administrativos e por meio de ações fáticas[42].

Esses direitos interessam ao desenvolvimento da problemática deste estudo porquanto representam o próprio ideal de proteção penal, consubstanciada no direito dos cidadãos de exigir do Estado uma conduta proativa, de proteção de condutas atentatórias aos seus bens jurídicos penalmente relevantes.

Aqui, compete um adendo. As normas penais de repressão já existiam desde antes da aparição da segunda dimensão de direitos fundamentais, de modo que não se pode fazer uma leitura errônea, para afirmar que é nesse momento que surge o Direito Penal. Consoante é cediço, desde o Estado Absoluto, que o Direito Penal existe e se justifica. A segunda dimensão de direitos penais traz mais um fundamento para essa repressão penal, no sentido de que esta não é feita só por vontade do soberano e só para atingir um objetivo abstrato de proteção de normas, mas sim para exigir o respeito a bens pertencentes a pessoas concretas e reais.

As classes de direitos fundamentais devem, portanto, ser consideradas enquanto princípios a serem realizados pelo Estado Social e Democrático de Direito.

Diante dessa evolução na consagração e tipificação dos direitos fundamentais, o Direito Penal, enquanto ramo integrante da ciência jurídica, não poderia ficar alheio ao fenômeno das dimensões de direitos.

Assim é que a finalidade do sistema penal deve respeitar essa síntese complementar de direitos, criando um sistema teleologicamente orientado para a ponderação entre a proteção de bens dos cidadãos e os direitos de liberdade a que todos também fazem jus sob a égide de um Estado Social e Democrático de Direito.

Roxin, com o seu funcionalismo teleológico racional, já sinalizava para essa necessidade, apontando que a função do Direito Penal no contexto do Estado Social e Democrático de Direito é a proteção subsidiária de bens jurídicos, nos limites da prevenção geral e especial, respeitando os direitos e as garantias constitucionalmente assegurados.

[42] Idem, Ibidem. p. 450.

Na visão do autor em comento, o Sistema Penal precisa ser teleologicamente orientado, para resguardar, com os meios sancionatórios que lhes são próprios, "uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas"[43].

Isso quer significar que, ao Direito Penal, cabe a função subsidiária de efetiva proteção da sociedade – dos bens que a sociedade, em consenso, considera mais importantes –, por meio da aplicação de uma sanção ao ofensor, respeitando todos os direitos individuais a que este faz jus.

Expostas as bases que conduzirão à resolução do problema posto, faz-se mister um novo tópico, conclusivo, para solucionar o problema posto.

4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A CONCRETIZAÇÃO DOS GARANTISMO POSITIVO

Neste ponto final do trabalho, impende apresentar em que medida a Justiça Restaurativa, com seus procedimentos próprios, pode representar um equilíbrio, resultante da ponderação entre os direitos de primeira e segunda dimensão.

Para a solução da problemática, faz-se imprescindível, novamente, utilizar-se do contraponto entre o paradigma punitivo e o paradigma restaurador, para demonstrar por que este último, nos limites da sua aplicação – voluntariedade e potencialidade lesiva dos crimes – cumpre com a proporcionalidade entre os direitos de primeira e segunda geração, ao passo que o modelo predominantemente vigente não o faz.

Consoante se assinalou, a racionalidade penal moderna privilegia um garantismo penal fechado e negativo. Isso se justifica pelo fato de que essa racionalidade constrói um sistema obcecado pela punição – junção obrigatória de normas de comportamento e de sanção – e, por consequência, dependente de garantias formais negativas e inflexíveis. Dessa maneira, essa forma tradicional de pensar o saber penal não admite qualquer resposta que não seja a punitiva, alcançada mediante um processo pré-determinado, de regras imutáveis.

[43] ROXIN, Claus. Estudos de Direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 32.

Da premissa de que a única resposta concebível é a pena, os juristas, que propugnam um direito de defesa do cidadão ao *jus puniendi*, limitam-se a asseverar que é preciso a criação de mais e mais garantias processuais, de cunho negativo para o ofensor, sem se preocupar com a efetiva participação da vítima no processo, tampouco com a reparação dos danos sofridos por esta.

O garantismo fechado que decorre da racionalidade penal moderna, se respeitado, introduz poucas garantias de proteção concretas aos cidadãos, em especial aos cidadãos diretamente imiscuídos no evento delitivo.

No que concerne ao ofensor, observa-se que as garantias que lhes são asseguradas no bojo do paradigma punitivo, se observadas de forma irrestrita, o conduzirão apenas "à certeza da punição severa", mantendo o sistema penal de "característica autoritária, fechada, repressiva e obsoleta"[44]. Em outros termos, o que o garantismo permite é a defesa dos direitos do acusado no bojo do processo crime, para, ao termo, submeter esse acusado a uma pena aflitiva, dolorosa, imposta de forma verticalizada, a qual, na maioria das vezes, não é adequada para solucionar caso em concreto. Consoante afirma Leonardo Sica, rebatendo na contracrítica aos críticos da Justiça Restaurativa:

> Por paradoxal, parte-se de uma premissa garantista para assegurar a manutenção da intervenção penal além da mínima. No fundo, a doutrina garantista é utilizada para legitimar uma intervenção penal repressiva e obsoleta, alimentando o 'desejo psicossocial do castigo', e a necessidade de sempre punir com pena de prisão ou suas penas alternativas, sem outra saída. Essa visão fecha as portas do direito penal a alternativas de não punição, despenalização, reparação, perdão, aplicação de sanções não aflitivas, etc. O mais grave, contudo é que como tais alternativas passam a ser tidas como antigarantistas, só é aceitável o sistema inflexível: prisão ou, talvez, alguma pena alternativa (sequer concebida como principal)[45].

[44] *Op. cit.* pp. 131 e 132.

[45] O*p. cit*. p. 122.

Em outros termos, a racionalidade penal moderna conduz à obrigatoriedade de punição e, por conseguinte, cria um círculo de garantias negativas hermeticamente fechadas, sem possibilidade de alteração. Por consequência, essas garantias fechadas só têm a função de conduzir o acusado a uma pena aflitiva, que nada tem de garantidor, tendo em vista que a pena, em especial a privativa de liberdade, não tem cumprido sua finalidade de prevenção especial negativa, tampouco positiva.

Por outro lado, o sistema penal tradicional, que trata o Estado como prejudicado pelo crime, por meio da violação da norma, negligencia a sua vítima, porque não olha para as suas necessidades concretas, não a inclui no processo e, sobretudo, porque não promove como medida precípua o seu ressarcimento patrimonial e moral. Visa a proteger a vítima com o castigo do ofensor, o que, nem sempre, corresponde aos seus desejos efetivos de justiça[46], tampouco a protege das lesões ao seu bem jurídico.

No novo paradigma, no qual se observa a construção de uma responsabilização consensuada, é possível que se construa uma releitura das garantias negativas – mormente quanto à sua forma de aferição, de modo a se permitir a adoção de resultados que culminem, a um só tempo, com a satisfação da vítima e com o afastamento do estigma e do sofrimento que o processo penal tradicional e o cárcere trazem consigo[47].

[46] "Em alguns casos, especialmente em crimes graves praticados com violência, o sofrimento do infrator pode oferecer algum tipo de 'conforto' à vítima. Nos EUA, por exemplo, familiares de pessoas que foram assassinadas possuem o direito de assistir à execução dos condenados à morte. Nesse ponto, o que devemos nos perguntar é se esse sentimento de conforto moral não é exatamente o mesmo que vingança e se, por decorrência, uma sociedade que permite que seus instrumentos de justiça sejam identificados com a vingança pode produzir, de alguma forma, Justiça. Na verdade, o que as punições produzidas pela Justiça Criminal permitem é que ambos, infrator e vítima, fiquem piores. A retribuição tende a legitimar a paixão pela vingança e, por isso, seu olhar está voltado, conceitualmente, para o passado. O que lhe importa é a culpa individual, não o que deve ser feito para enfrentar o que aconteceu e prevenir a repetição do que aconteceu." ROLIM, Marcos. A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI. Zahar, Rio de Janeiro, 2006. p. 247.

[47] No âmbito do paradigma punitivo, devemos deixar claro que nossa posição é que a ponderação deve pender, sempre, para os limites e as garantias individuais, porquanto a imposição de uma pena aflitiva é uma consequência por demais gravosa na esfera de liberdade, de modo que deve ser aplicada para a proteção de bens jurídicos no respeito incondicional ao devido processo e ao garantismo negativo assinalado por Ferrajoli. Isso não implica, por óbvio, que a proteção de bens jurídicos seja anulada ou negligenciada, mas sim que haja uma progressiva conscientização dos agentes estatais, sobretudo da polícia investigativa, de que essa proteção tem de ser limitada ao direito de liberdade. A colheita de provas, a prisão de indiciados e outros expedientes para a formação do convencimento devem ser feitos de modo a se assegurar o direito de indiciados.

A Justiça Restaurativa surge da finalidade de melhorar a condição penal, transformando a racionalidade que obriga à punição na racionalidade que faculta à punição, naqueles estritos casos nos quais não seja possível alternativa de responsabilização do infrator. A Justiça Restaurativa visa, portanto, a desconstruir o mito de Beccaria, segundo o qual é necessária a existência de pena, certa, proporcional, aflitiva[48].

Essa mudança da racionalidade de punir – da obrigação para a faculdade – oferece garantias positivas para a sociedade e para as vítimas, ao mesmo tempo em que oferece garantias positivas e negativas para o ofensor, concretizando um sistema integrado de proteção de direitos.

No paradigma restaurador, o ofensor é incluído em um processo trilateral e consensual, que possui formas distintas de averiguar a responsabilidade penal, mas que, ao final, culmina com uma solução que o responsabiliza, embora, ao mesmo tempo, o livre do destino certo e seguro da pena aflitiva e invasiva.

Com relação à vítima, o paradigma restaurativo oportuniza a sua inclusão no processo consubstanciando um verdadeiro acesso à justiça, por meio do qual a vítima vive todo o processo decisivo, expondo seus motivos, seus anseios e, ao final, acordando com a melhor forma de responsabilização, que efetivamente repare os prejuízos emocionais e materiais que lhes foram causados. Decerto, não parece haver melhor garantia de proteção para qualquer sujeito do que a satisfação com o resultado final do processo e com a reparação de todo o prejuízo que fora sofrido.

Esse ideal positivo de proteção alcançado pela Justiça Restaurativa foi bem sintetizado por Selma Pereira de Santana, nas lições abaixo transcritas:

> A reparação do dano, segundo esta compreensão, não constitui uma questão jurídico-civil, mas algo que contribui fundamentalmente para a realização dos fins da pena: ela possui um importante efeito ressocializador,

[48] "Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude do juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade." BECCARIA, Césarie. Dos delitos e das penas. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acessado em: 02 dez. 2009. p.213.

> na medida em que obriga o autor do delito a enfrentar-se com as conseqüências de sua atitude, como, outrossim, a conhecer os legítimos interesses da vítima; viabiliza o fomento do reconhecimento das normas; pode conduzir a uma reconciliação entre autor-vítima, e, conseqüentemente, facilitar a reintegração do primeiro deles; contribui para a prevenção integradora, ao oferecer um caminho de restauração da paz jurídica, pois 'só quando se haja reparado o dano, a vítima e a comunidade considerarão eliminada – amiúde, inclusive, independentemente de um castigo –, a perturbação social originada pelo delito[49].

A despeito do pouco tempo de aplicação dos modelos restaurativos e, ainda, das práticas incipientes, é possível se verificar resultados já relatados em algumas pesquisas que confirmam a ideia de garantismo penal positivo, consoante nos informa Leonardo Sica.

Sem embargo, Sica[50] aponta pesquisas realizadas na Inglaterra, durante um período de dois anos em que foram monitorados 29.000 ofensores em três forças policiais distintas: Sussex e Warwickshire – onde se utilizam métodos tradicionais punitivos – e na região do Vale do Tâmisa – onde a polícia utiliza cautelas restaurativas. Em todas as jurisdições, foi possível vislumbrar uma queda nos níveis de reincidência, mas, no Vale do Tâmisa, a queda na taxa de reincidência foi significativamente maior. Sica considera ser prematuro atribuir às quedas de reincidência a aplicação unicamente da Justiça Restaurativa – uma vez que em todos os locais houve decréscimo –, mas atenta para a observação de que "não há qualquer evidência de que práticas restaurativas aumentem a reincidência, o que é significante, pois as práticas prisionais já demonstraram que são causas de aumento da reincidência"[51].

Outra pesquisa realizada, desta vez na Nova Zelândia, também conduziu à assertiva de que as práticas restaurativas não aumentam as taxas de reincidência, e que, além disso, a satisfação das partes do processo mediativo é significativamente alta, de maneira a aumentar a "percepção de justiça naquelas comunidades (no programa Roturua, 83% das vítimas ficaram sa-

[49] *Op. cit.* pp. 103 e 104.

[50] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 140.

[51] Ibidem, pp. 140 e 141.

tisfeitas com o acordo e 95% satisfeitas com a oportunidade do encontro; 90% dos ofensores cumpriram o acordo satisfatoriamente)"[52].

De acordo com Sica, contudo, o estudo mais relevante concernente aos efeitos positivos da Justiça Restaurativa foi produzido na Austrália – "Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments". Esse estudo foi realizado com jovens envolvidos em crimes violentos. Ao final da pesquisa, restou comprovado que os jovens encaminhados a programas de Justiça Restaurativa "reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à Justiça Penal"[53].

Observe-se, ainda, outro dado interessante. Em pesquisas realizadas no centro de mediação vítima-ofensor do Central Valley[54], nos quais as vítimas foram perguntadas sobre aspectos da mediação, na quase totalidade das respostas, observaram-se aspectos positivos. A primeira pergunta realizada às vítimas concernia à satisfatoriedade do acordo: em um contexto de 200 vítimas entrevistadas, 168 delas responderam que o acordo foi muito satisfatório. Questionou-se, ainda, às vítimas, se o encontro as havia ajudado na busca de respostas para o que lhe aconteceu e, demais disso, se o encontro as havia ajudado a melhorar os sentimentos fragilizados com a ocorrência do crime. No primeiro quesito, no contexto das 200 vítimas, 146 responderam que a mediação fez com que encontrassem respostas positivas; no segundo quesito, de 150 vítimas perguntadas, 132 informaram que seus sentimentos melhoraram após o processo mediativo.

Ainda de acordo com a pesquisa do Central Valley, em um contexto de 200 vítimas entrevistadas, 170 delas afirmaram que recomendariam a mediação a amigos e familiares que fossem vítimas de crimes similares.

A pesquisa também procurou saber a opinião dos ofensores que aceitaram participar do processo de mediação penal[55]. No concernente à quesitação relativa à satisfatoriedade do acordo, dentre os 150 ofensores entrevistados, 135 responderam que o acordo foi muito satisfatório. Perguntou-se, ainda,

[52] SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal. O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 141.

[53] Ibidem, p. 141.

[54] Disponível em: <http://vorp.org/docs/1994-2003%20v%20evals.pdf>. Acessado em: 05 dez. de 2009.

[55] Disponível em: <http://vorp.org/docs/1994-2003%20o%20evals.pdf>. Acessado em: 05 dez. de 2009.

aos ofensores, se o acordo os havia ajudado a "acertar as coisas com as vítimas". Dentre os 150 entrevistados, em torno de 134 também responderam que sim, que a mediação havia proporcionado a oportunidade de atuar beneficamente em favor da vítima. Percebe-se, nesse ponto, a tomada de consciência dos ofensores em relação às suas responsabilidades mediante a vítima, e não mediante o Estado.

Trata-se, em verdade, de um precioso avanço no sentido de legitimação do processo de mediação, porquanto este passou a ser vislumbrado como procedimento que introduz valores positivos e atende aos anseios de vítimas e ofensores com o sistema penal, bem diferente do que ocorre com o sistema punitivo, no qual o resultado nem sempre satisfaz as necessidades prementes dos envolvidos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi assinalado, é possível concluir que:

1. O Direito Penal moderno funda-se nos paradigmas punitivos de resolução do delito, que correspondem ao modelo dissuasório – que visa combater o mal do crime com o mal da pena – e ao modelo reabilitador – que concebe a pena como instrumento de recuperação social do delinquente;

2. Ambos os modelos acima destacados são punitivos porque não concebem outra resposta ao delito distinta da aplicação de uma medida aflitiva e verticalizada, correspondente, na maioria dos casos, à pena privativa de liberdade;

3. Os modelos punitivos salientados ocasionaram uma crise de legitimação do Direito Penal, uma vez que a tradicional resposta aflitiva e sancionatória ao delito não mais satisfaz os anseios sociais. De fato, os fatores mais notórios que conduziram à mencionada crise de legitimação são a crise da razão essencialmente punitiva, a falência da ideologia do tratamento e o nascimento da vitimodogmática;

4. A Justiça Restaurativa é o novo paradigma de resolução dos conflitos penais pautado na existência de responsabilização do ofensor, restauração do prejuízo causado à vítima e reintegração das relações sociais lesionadas com a ocorrência do delito. O novo modelo visa a soluções prospectivas, mais

preocupadas em minorar as consequências sociais advindas da ocorrência do crime do que com ideias punitivas, retrospectivas, que visam à imposição de culpa e pena. Trata-se, por conseguinte, de uma nova visão do crime, que procura solucionar os conflitos mais prementes advindos do delito, em vez de assumir preocupações pseudopreventivas, que, em tese, almejam a exterminação do delito;

5. O modelo restaurador opera uma mudança copernicana no modo de gerir o crime, uma vez que se preocupa com outra responsabilização do infrator, com vistas a restaurar a paz jurídica. Preocupa-se, sobretudo, em reparar os interesses lesionados com a prática delitiva, conferindo maior valor ao preceito proibitivo do que à sanção que dele deveria decorrer. Por conta disso, o paradigma restaurador opera uma quebra na unicidade entre as normas de comportamento e as normas de sanção, proposta pela racionalidade penal moderna;

6. Após a exposição das características dos dois modelos, punitivo e restaurador, tratou-se dos direitos fundamentais, da sua conceituação enquanto Direitos Humanos positivados no ordenamento dos países, os quais servem à concretização da dignidade da pessoa humana. Assinalou-se que os aludidos direitos fundamentais sofrem evoluções intrinsecamente conectadas à evolução dos valores e interesses mais prementes em cada contexto social. Assim é que os direitos de primeira dimensão, positivados após o declínio do Estado absolutista, propugnavam a total abstenção do Estado nas relações privadas entre os indivíduos, privilegiando a liberdade destes. Com o passar dos anos, foi possível perceber que a ausência do Estado ocasionou diversos problemas no campo social e econômico, de modo que era preciso uma inclusão de direitos positivos, com a atuação do Estado destinada a minorar os danos existentes. Nesse contexto, surgiram os direitos de proteção, que objetivam uma proteção do Estado às lesões aos bens do indivíduo;

7. Feita a digressão sobre os direitos fundamentais, afirmou-se que o Direito Penal, enquanto ramo mais interventivo do Estado, deve resguardar um equilíbrio entre a proteção dos bens do cidadão e as garantias do indivíduo;

8. Ao final, concluiu-se que o paradigma então vigente apresenta um desequilíbrio na política de proteção integral de direitos – positivos e negativos –, porque se funda exclusivamente na punição e na presença de garantias negativas para os acusados, sem se preocupar com garantias positivas para estes e para as vítimas lesadas com o crime. O paradigma novo, restaurador,

por seu turno, nos limites que lhes são próprios – voluntariedade e gravidade dos crimes –, substitui parcialmente o paradigma vigente e concretiza direitos positivos tanto para o acusado – de afastamento da pena e de ressocialização – quanto para a vítima – que passa a ser respeitada e ganha voz no processo de responsabilização do ofensor.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BOBBIO, N. **A era dos direitos.** Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2010.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., GOMES, L. F. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos; introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais.** 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. G. P., org., 2005. **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Handbook on restorative justice programs**.Nova York, 2006.

PALLAMOLLA, R. P. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática.** São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIRES, A. **A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos.** Novos Estudos CEBRAP, nº 68. São Paulo: CEBRAP, 2004. pp. 39-60

ROLIM, M. **A Síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI.** Zahar: Rio de Janeiro, 2006.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALIBA, M. G. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo.** Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, S. P. **A reparação como conseqüência jurídico-penal autônoma do delito.** 2006.533f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Coimbra, Lisboa, 2006.

SANTANA, S. P. **O "redescobrimento" da vítima: Uma esperança.** Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 12, nº 142, p. 4-5, Setembro de 2004.

SICA, L. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal.** O novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA NETO, M. J. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: LTr, 2001.

ZEHR, H. **Trocando as lentes. Um novo foco sobre o crime e a Justiça.** Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas.** Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acessado em: 02 dez. 2009.

Pesquisas realizadas no centro de mediação vítima-ofensor do Central Valley. Disponível em: <http://vorp.org/docs/1994-2003%20v%20evals.pdf>. Acessado em: 05 dez. 2009.

Rede europeia de Pontos de contacto nacionais para a Justiça Restaurativa <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf>. Acessado em: 15 ago. 2009.

Análise da significação dos termos "Forças Auxiliares" e "Reserva", constantes no artigo 144, § 6º, da Constituição Federal de 1988

Jorge Cesar de Assis
Promotor da Justiça Militar.
Angela Saideles Genro e Renata Ribas
Acadêmicas de Direito, estagiárias do Ministério Público Militar,
todos lotados na Procuradoria da Justiça Militar em Santa Maria (RS).

RESUMO: O art. 144 da Constituição Federal de 1988 define as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares como "forças auxiliares" e "reserva" do Exército. Impende analisar, entretanto, o âmbito de alcance de tais expressões. Para tanto, é cabível, inicialmente, proceder-se a um exame sobre a evolução histórica dos mencionados termos, bem como da função ocupada por tais instituições, com fulcro no compêndio legislativo brasileiro. A partir de tal análise, faz-se necessário verificar qual a efetiva definição atual de tais termos em relação às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros e suas consequências em concreto.

PALAVRAS-CHAVES: Abrangência. Forças auxiliares. Reserva. Exército. Constituição Federal.

ABSTRACT: Article 144 of 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil sets the military police and the fire brigade as "auxiliary armed forces" and "army reserves". However, it is important to analyze the meaning of these legal terms. So, it is necessary to perform an evolutionary and historical analysis of those legal terms as well as of the functions of those state institutions, based on Brazilian legal system. From this analysis, it is necessary to verify the current definition of those legal terms applied to military police and fire brigade and their factual consequences.

KEYWORDS: Meaning. Auxiliary Armed Forces. Reserve. Army. Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema – 2. Evolução histórica do termo – 3. Limites, abrangência e oportunidade de aplicação de força auxiliar e reserva do Exército – 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu artigo 144, a definição de Polícias Militares e de Corpos de Bombeiros Militares como forças auxiliares e reserva do Exército. Em tal aspecto, mostra-se oportuno realizar uma análise a respeito do significado aplicado a tais termos, bem como da evolução na legislação brasileira nesse sentido. Assim, o texto legal da norma vigente dispõe:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> I - polícia federal;
> II - polícia rodoviária federal;
> III - polícia ferroviária federal;
> IV - polícias civis;
> V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.
> (...)
> § 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, **forças auxiliares** e **reserva** do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Em uma primeira análise, cabe fazer referência ao significado atribuído a tais termos na língua portuguesa. De acordo com os conceitos trazidos pelo Dicionário Aurélio, tem-se as seguintes definições para as palavras ora em destaque:

> **Auxiliar** (ss). [Do lat. auxiliare] Adj. 2 g. 1. Que auxilia; auxiliador; auxiliário. 2. Pessoa que auxilia; auxiliador, assistente, ajudante.

> **Reserva** [De reservar] S. f. **1**. Ato ou efeito de reservar (-se); reservação. **2**. Aquilo que se reserva ou guarda para as circunstâncias imprevistas. **3. Os cidadãos**

> **que cumpriram os requisitos legais do serviço militar e/ou que dele foram dispensados, mantendo-se, porém, sujeitos a incorporar-se às fileiras, caso o exijam as circunstâncias. 4. Tropa disponível para servir de reforço durante o combate. 5.** A árvore ainda em crescimento, que não se abate durante o desmatamento. **6.** Parque florestal administrado pelo Estado, e que se destina a assegurar a conservação das espécies animais e vegetais; reserva natural. **7.** A quantidade de minério, de carvão, de petróleo, etc., disponível numa jazida, numa região, num país, etc. **8**. Ato de garantir com antecipação lugar para assistir a um espetáculo, acomodação para viajar em transporte coletivo, quarto para se hospedar em hotel, etc. **9.** Ant. Parte do feudo explorada diretamente pelo senhor, em geral por meio de corvéias. **10.** Fig. Retraimento, recato, circunspeção. **11.** Fig. Exceção, restrição, ressalva. **12**. Fin. Parte dos lucros obtidos por uma sociedade não distribuídos como dividendos, nem incorporados ao capital. **13**. Bras., N. Lugar cercado, com pastagem e água abundantes para o gado; reservo. **14.** Bras. No futebol e noutros esportes em que atuam equipe, atleta que substitui o efetivo em caso de necessidade; suplente, banco.

Os termos "auxiliares" e "reserva", portanto, induzem a um caráter de subsidiariedade das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares, **pressupondo, no aspecto estritamente militar**, a ideia da existência de uma força tida como principal, no caso, o Exército brasileiro.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TERMO

A terminologia referente à mencionada reserva do Exército passou a ser expressamente prevista, no âmbito constitucional, a partir do advento da Constituição da República de 1934[1]. Em tal diploma normativo, a supracitada referência encontrava-se sob a égide do Título VI, intitulado "Da Segurança Nacional", restando a previsão contemplada em seu artigo 167, o qual prelecionava que:

---

[1] A história das Polícias Militares confunde-se com a história dos estados a que pertencem. São instituições híbridas, possuindo, de um lado, uma estrutura militar com base na hierarquia e na disciplina, e, de outro, uma atividade policial, de natureza civil, destinada ao exercício da polícia ostensiva e à preservação da ordem pública.

> Art. 167. As policias militares são consideradas reservas do Exercito e gozarão das mesmas vantagens a este attribuidas, quando mobilizadas ou a serviço da União.

Na Constituição brasileira decretada em 10 de novembro de 1937, por sua vez, não se vislumbra qualquer dispositivo que mencione os termos ora em comento, no que tange às Polícias Militares[2]. Entretanto, cabe consignar a existência de lei, editada em 17 de janeiro de 1936, a qual possuía por finalidade a reorganização, pelos estados e pela União, das Polícias Militares, sendo estas consideradas como reservas do Exército. Nesse sentido, assim, os ditames do artigo 1º, da Lei nº 192 de 1936, cujo conteúdo é a seguir transcrito:

> Art. 1º As polícias militares serão reorganizadas pelos Estados e pela União, na conformidade desta Lei, e são consideradas reservas do Exército, nos termos do art. 167 da Constituição Federal.

Seu artigo 2º estabelecia a competência das Polícias Militares, quais sejam: a) exercer as funções de vigilância e garantia da ordem pública, de acordo com a lei vigente; b) garantir o cumprimento da lei, a segurança das instituições e o exercício dos poderes constituídos (**as duas primeiras funções de segurança pública, de natureza policial, civil**); e c) atender à convocação do Governo Federal em casos de guerra externa ou grave comoção intestina, segundo a Lei de Mobilização (**função de defesa da Pátria, de natureza estritamente militar**).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946, houve a implementação de dispositivo legal em que constava, de forma expressa, o emprego dos dois termos ora em análise, "forças auxiliares" e "reserva", concernentes à instituição da Polícia Militar. Tal previsão constava do que definia o artigo 183 do mencionado diploma jurídico, o qual se achava incorporado ao Título VII da Carta Constitucional em questão, sob o título "Das Forças Armadas". Nesses termos, verifica-se a seguinte redação conferida à norma em tela:

---

[2] Inicialmente, os Corpos de Bombeiros Militares eram Unidades das Polícias Militares, delas fazendo parte. Posteriormente, os Corpos de Bombeiros Militares passaram a se tornar independentes. Atualmente, somente nos estados de São Paulo, do Rio Grande do Sul, do Paraná e da Bahia, os Bombeiros Militares fazem parte da Polícia Militar.

> Art. 183. As polícias militares, instituídas para a segurança e a manutenção da ordem nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, são consideradas, como fôrças auxiliares, reservas do Exército.

Ainda, os vocábulos em questão foram igualmente previstos, no que se refere às Polícias Militares, pela Carta Magna de 14 de janeiro de 1967. O diploma legal trazia, em seu texto, dispositivo orientado no mesmo sentido anteriormente adotado pelas Constituições anteriores. Entretanto, a referida norma encontrava-se localizada no Capítulo III do compêndio legislativo em análise, no título "Da Competência dos Estados e Municípios". O artigo em comento prelecionava de tal forma:

> Art. 13. Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:
> I – os mencionados no art. 10, nº VII;
> II – a forma de investidura nos cargos eletivos;
> III – o processo legislativo;
> IV – a elaboração orçamentária e a fiscalização orçamentária e financeira, inclusive a aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios;
> V – as normas relativas aos funcionários públicos;
> VI – proibição de pagar a deputados estaduais mais de dois terços aos subsídios atribuídos aos deputados federais;
> VII – a emissão de títulos da dívida pública fora dos limites estabelecidos por lei federal.
> (...)
> **§ 4º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados fôrças auxiliares, reserva do Exército.**

Cabe consignar, nesse sentido, a alteração superveniente da supracitada norma, por meio do Ato Complementar nº 40, de 30 de dezembro de 1968, que conferiu nova redação ao seu § 4º, o qual passou a dispor:

> § 4º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Ter-

> ritórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados fôrças auxiliares, reserva do Exército, não podendo os respectivos integrantes perceber retribuição superior à fixada para o correspondente pôsto ou graduação do Exército, absorvidas, por ocasião dos futuros aumentos, as diferenças a mais, acaso existentes[3].

Por sua vez, na Constituição Federal de 1969, a questão restou tratada no Capítulo III, denominado "Dos Estados e Municípios", localizado no Título I - "Da organização Nacional", sendo o texto disposto da seguinte forma:

> Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:
> I – os mencionados no item VII do artigo 10;
> II – a forma de investidura nos cargos eletivos;
> III – o processo legislativo;
> IV – a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e a financeira, inclusive a da aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos municípios;
> V – as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximos de remuneração estabelecidos em lei federal;
> VI – proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias;
> (…)
> **§ 4º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros**

[3] Após o advento da Carta Magna de 1988 e a respeito da discriminação salarial, foi registrado em ASSIS, Jorge Cesar de. **Justiça Militar Estadual**. Curitiba: Juruá, 1992, p. 48: "Extingue-se, da mesma forma, outra odiosa discriminação, que contava no § 4º do art. 13 da Carta de 1969, que era a proibição de que os integrantes das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares pudessem ter remuneração superior à fixada para os postos de graduação do Exército, que, em muitos Estados, por interesses indecifráveis, passou a ser entendido como obrigação de 'ganhar bem menos', eis que impunha-se aos milicianos uma capitis diminutio profissional, injusta, face aos grandes serviços prestados aos Estados e à Pátria".

> **militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo seus postos ou graduações ter remuneração superior à fixada para os postos e graduações correspondentes no Exército.**

A Constituição Federal de 1988 manteve a essência da definição trazida pelas anteriores, no que tange às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros, não mais se referindo à questão salarial. Nesse aspecto, no entanto, deve-se ressaltar a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 18/1998, que alterou o título da seção sob o qual estavam previstas as mencionadas instituições, modificando a expressão "Dos Servidores Públicos Militares" para "Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios", excluindo de sua abrangência a previsão concernente às Forças Armadas. Os dispositivos referentes a esta passaram, por meio da emenda em questão, a serem previstos no artigo 142 da Constituição Federal de 1988, que se encontra no capítulo "Das Forças Armadas".

Desse modo, as previsões constitucionais referentes à organização e ao regime sob os quais estão submetidas as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros se encontram atualmente previstas no Capítulo VII (intitulado "Da Administração Pública", o qual, antes do advento da citada emenda, subdividia-se em "Dos Servidores Públicos Civis" e "Dos Servidores Públicos Militares"), na Seção III, denominada "Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios", como antes referido. Verifica-se, nessa senda, que as alterações realizadas por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, pareceram ressaltar uma diferenciação entre as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros em relação às Forças Armadas, ao promover uma segregação entre os dispositivos constitucionais que se referem a ambas.

A Carta política de 1988, ainda no que tange aos militares estaduais, prevê, no § 6º do artigo 144, a subordinação das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares aos governadores dos estados, do Distrito Federal e dos territórios, definindo-as, como nos diplomas constitucionais anteriores, como **forças auxiliares** e **reserva** do Exército. Tal dispositivo localiza-se no Título V ("Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas"), Capítulo III (intitulado "Da Segurança Pública"). O mesmo título abrange capítulo concernente às Forças Armadas (Capítulo II - "Das Forças Armadas"), o que salienta a diferenciação realizada pelo constituinte, ao buscar segregar as normas referentes aos militares estaduais das referentes aos militares federais.

Portanto, a posição topográfica das expressões "forças auxiliares" e "reserva", sob a ótica constitucional, estiveram, em 1934 e 1946, tratadas no mesmo espaço destinado às Forças Armadas. Em 1967 e 1969, houve uma mudança considerável em que a questão passou a ser tratada juntamente com a competência dos estados e municípios. A Constituição Cidadã, por sua vez, colocou tais expressões no capítulo destinado à Segurança Pública.

3. LIMITES, ABRANGÊNCIA E OPORTUNIDADE DE APLICAÇÃO DA CONDIÇÃO DE FORÇA AUXILIAR E RESERVA DO EXÉRCITO

Cumpre consignar que não se pretende, obviamente, por meio do presente estudo, fixar os limites, a abrangência e a oportunidade da aplicação da condição de **forças auxiliares** e **reserva** do Exército das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares. A realização de definições em tal sentido seria demasiado pretensiosa, entendendo-se que outros poderão fazê-lo com mais propriedade. Destarte, almeja-se tão somente, por meio da análise em comento, atentar os estudiosos do assunto para as questões presentemente ventiladas.

É forçoso concluir que uma devida análise dos termos a que se visa esclarecer partirá, obrigatoriamente, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional vigente. Nessa senda, mostra-se oportuno no momento deixar de lado a vetusta Lei nº 192, de 1936, voltando-se as atenções para o Decreto-Lei nº 667, de 02.07.1969[4], o qual não se pode olvidar que "surgiu no cenário jurídico em um período de exceção, sob a égide de uma outra constituição e em momento em que o Poder Executivo legislava. Surgiu, pois, sob a disciplina do Ato Institucional 5 (AI-5), por todos nós conhecido"[5].

O Decreto-Lei nº 667, de 1969, sob o enfoque da teoria da recepção, deve ser concebido como recepcionado pela Constituição Federal de 1988, com força de lei ordinária, somente no que concerne às matérias expressamente transcritas no inciso XXI do art. 22 da nossa Carta Magna. Ou seja, se a

[4] Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos estados, dos territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

[5] ASSIS, Jorge Cesar de; NEVES, Cícero Robson Coimbra; CUNHA, Fernando Luiz. **Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas**, 6. edição, Revista, ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 37.

Constituição dispõe que compete à União, privativamente, legislar sobre "normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares", não nos parece difícil visualizar que as previsões afetas à instrução, ao ensino, à justiça e à disciplina, que estavam previstas no art. 8º, inc. XVII, "v", da Constituição de 1969, irradiando-se posteriormente para o Decreto-Lei nº 667 e seu regulamento[6], não são mais aplicáveis atualmente, em face da manutenção do pacto federativo.

Ou seja, a União somente está autorizada a disciplinar, para as instituições militares dos estados e do Distrito Federal, as matérias enumeradas no rol do inciso XXI, do art. 22, da CF/88, sob pena de haver inconstitucionalidade material. Em razão disso, a conclusão que se impõe é que a aplicação dos termos "**forças auxiliares**" e "**reserva**", constantes do § 6º do art. 144 da Constituição brasileira, somente terão lugar quando a instituição militar estadual ou do Distrito Federal estiver devidamente mobilizada, total ou parcialmente, o que, aliás, estava expressamente previsto na Constituição de 1934. Tal situação, no entanto, somente ocorrerá nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fato que comprove a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa ou, ainda, declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira[7].

Por conseguinte, tem-se que, para o desempenho das atividades constitucionais específicas das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares – previstas no art. 144, § 5º da CF/88[8] –, as instituições estaduais e distritais não agem na condição de auxiliar e reserva do Exército. Nesse sentido, as referidas instituições aparecem como os principais instrumentos da preservação da ordem pública, bem como das atividades concernentes à defesa civil, sem nenhuma parcela de subsidiariedade[9].

---

[6] Decreto nº 88.777, de 30.09.1983 (R-200), regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

[7] CF, art. 137 – que dispõe sobre o estado de sítio.

[8] CF, art. 144, § 5º. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

[9] Nesse aspecto, cumpre lembrar a atuação da Inspetoria-Geral das Polícias Militares, criada pelo Decreto-Lei nº 317, de 13 de março de 1967. Atualmente, integra o Comando de Operações Terrestre do Exército Brasileiro e "com a criação da 3ª Subchefia, por meio da Port. Nr 160-EME-Res, de 22 Ago 05, a IGPM passou a ser uma Seção da mesma, mantendo a

4. CONCLUSÃO

À luz da Constituição Federal vigente – e da legislação infraconstitucional devidamente recepcionada por ela –, a conclusão que se impõe, ressalvados os entendimentos contrários e de todo respeitados, é a de que as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares somente serão empregados como forças auxiliares e reserva do Exército brasileiro em missões de natureza estritamente militar, que imponham a necessidade de mobilização e convocação das instituições militares estaduais e do Distrito Federal, e que autorizam o estado de sítio (CF/88, art. 137, incisos I e II)[10].

Afinal, "como já se disse nos idos de 1931, quando do centenário da Força Pública de São Paulo, a estética militar dessas instituições policiais não lhes retira a garantia de uma boa polícia. Essa estética militar dá-lhes bem a natureza de uma verdadeira força cívica e, em caso de necessidade, como não é apanágio só seu e sim de todos os brasileiros, o de força de guerra instruída e consequentemente, mas apta a vencer"[11].

Já em relação à ampla, nobre e difícil missão de preservação da ordem pública[12] e da incolumidade das pessoas, o que se faz por meio do exercício da polícia ostensiva e das atividades de defesa civil, as Polícias e os Corpos de Bombeiros Militares são os titulares de suas atividades, exercendo-as de acordo com a Constituição, as leis vigentes e as particularidades de cada unidade da Federação. Portanto, nesse aspecto relacionado à segurança pública, as Polícias e os Corpos de Bombeiros militares não são forças auxiliares nem reserva de ninguém.

---

sua estrutura com 2 (duas) Subseções: a 1ª desenvolvendo atividades de acompanhamento e controle da organização, dos efetivos, da legislação e das atividades das PM/CBM no exterior; a 2ª, acompanhando a administração de material bélico e a mobilização daquelas corporações, de acordo com o preconizado pela Constituição Federal/88" (Disponível em: <http://www.coter.eb.mil.br/html/3sch/IGPM/site%20IGPM/web%20site/html/Historico.htm>. Acessado em: 07 jun. 2011).

[10] A história brasileira irá revelar uma participação marcante das Polícias Militares em nossas revoluções internas, v.g., para ficar somente no século XX: a de 1924, 1930 e 1964.

[11] LAZARINI, Álvaro. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 40.

[12] CF, art. 144, referente ao capítulo III, intitulado: "Da segurança Pública".

Algumas considerações acerca da participação das Forças Armadas em operações, no cumprimento da lei e da ordem, notadamente em comunidades cariocas

Luciano Moreira Gorrilhas
Membro do Ministério Público Militar.

RESUMO: As Forças Armadas vêm, com certa frequência, atuando, no cumprimento da lei e da ordem, em vários segmentos sociais, notadamente na área de segurança pública. Desse modo, parte da sociedade brasileira vê nelas a solução para problemas de tráfico de drogas e crimes organizados, o que é contestado por alguns juristas, que consideram tal procedimento inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Lei e ordem. Forças Armadas. Comunidades cariocas. Competência. Ilícitos frequentes.

KEYWORDS: Law and order. Military Forces. Rio Communities. Competence. Freqquent illicit.

ABSTRACT: The Military Forces frequently acts in the Law and Order fulfillmen, in many social segments, notably in public security area. Thereby, part of brasilian society recognizes in the Military Forces the solution to the drug traffic and organized crime, wich is contested by some lawyers, that consider unconstitucional this procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. Históricos recentes de participações das Forças Armadas no cumprimento da lei e da ordem − 3. Teoria das janelas quebradas *versus* favelas localizadas no Rio de Janeiro − 4. É legal a utilização e a permanência das Forças Armadas em morros cariocas? − 5. Tipos de ilícitos mais frequentes praticados por civis contra a Força de Pacificação no Complexo da Penha e do Alemão − 6. Possível dilema na determinação da competência da Justiça Militar para julgar crimes ocorridos em operações envolvendo as Forças Armadas no cumprimento da lei e da ordem − 7. Considerações finais − 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Houve um tempo em que as Forças Armadas se destinavam, com exclusividade, à defesa da Pátria, implementando treinamentos militares específicos, voltados para o combate de guerra. De fato, com o passar dos tempos e devido às consequentes mudanças sociais, a expressão "Forças Armadas atuando na defesa da lei e da ordem", descrita no artigo 142 da Constituição Federal, outrora apenas uma norma figurativa no mundo jurídico, passou a fazer parte efetiva do atual cenário brasileiro e, até mesmo, internacional.

Vale enfatizar que a aludida locução (lei e ordem), também registrada nas Cartas Magnas anteriores, vale dizer, 1891, 1934, 1946, 1967 e 1969, exceto a de 1937, apresenta, segundo a doutrina, imprecisa e ampla conotação semântica, havendo, contudo, consenso que abarca contextos concernentes às condições mínimas para segurança pública, salubridade e tranquilidade pública.

Nesse sentido, vem descrita tanto no capítulo referente às Forças Armadas (art. 142 da CRFB) como no relativo à segurança pública (art. 144 CRFB).

Dúvidas não há, portanto, de que as diversas modalidades de polícias elencadas no art. 144 da CRFB, bem como as Forças Armadas, têm a missão constitucional de velar pela segurança pública. De observar-se, entretanto, que esta última deve atuar apenas de forma supletiva, conclusão que se chega, de plano, cotejando-se os sobreditos artigos, ou seja, a segurança pública dever ser exercida, primordialmente, por órgãos policiais e, na deficiência destes, subsidiariamente, pelas Forças Armadas.

2. HISTÓRICOS RECENTES DE PARTICIPAÇÕES DAS FORÇAS ARMADAS NO CUMPRIMENTO DA LEI E DA ORDEM

Históricos recentes de operações das Forças Armadas.	
OPERAÇÃO	MISSÃO
Operação Limite de Estados da Federação. (1985 a 1998)	Permitir a demarcação de áreas, pelo IBGE, entre os estados do Acre e de Rondônia, diante da iminência de enfrentamento entre a polícia dos dois estados.

Operação Companhia Siderúrgica Nacional. (7 de novembro de 1988)	Mediante ordem judicial, retirar grevistas do interior da Siderúrgica e garantir os bens da companhia.
Operação Eleições/1989. (setembro e novembro de 1989)	Por requisição do TSE, garantir a normalidade do pleito eleitoral.
Operação Eldorado. (1996 a 1997)	Em apoio ao governo do Pará, pacificar a área após o incidente de Eldorado dos Carajás.
Operação Relâmpago VI. (2002)	Desocupar a Fazenda Córrego da Ponte, de propriedade do Sr. Presidente da República, ocupada por elementos do MST, diante da indiferença da Polícia Militar de Minas Gerais.
Operação Guanabara. (2003)	Garantir a segurança no Rio de Janeiro durante o feriado de carnaval.
Missão das Nações Unidas para a estabilização no Haiti. (início: 2004)	Estabilizar o país; pacificar e desarmar grupos guerrilheiros e rebeldes; promover eleições livres e informadas; formar o desenvolvimento institucional e econômico do Haiti.
Operação Cimento Social. (2008)	Garantir a segurança do projeto cimento social para a reforma de casas no morro da Providência.
Operação de pacificação do Complexo do Alemão e da Penha. (início: 2010; término previsto para setembro de 2011)	Pacificação das comunidades do Complexo do Alemão e da Penha.
Operação permanente nas fronteiras do Brasil.	Patrulhar as fronteiras, proceder a revistas e prender em flagrante.

3. TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS *VERSUS* FAVELAS LOCALIZADAS NO RIO DE JANEIRO

A teoria das janelas quebradas preconiza que o abandono de um local leva ao cometimento de pequenos delitos, e a indiferença em relação a esses pequenos delitos pode levar à tolerância a crimes mais graves. Os autores da citada teoria registram a seguinte passagem:

> Imagine um prédio com algumas janelas quebradas. Se elas não forem consertadas, a tendência é que vândalos

> quebrem outras. Eventualmente, eles podem também invadir o imóvel e, se estiver desocupado, transformá-lo em abrigo ou incendiá-lo. Considere, ainda, uma calçada. Algum lixo se acumula nela. Logo, mais lixo virá. Aos poucos, as pessoas começarão a descarregar todo o seu lixo nessa calçada.

Assim sendo, a teoria em comento sintetiza o seguinte :

> O criminoso, longe de ser alguém que age por suas próprias razões, é alguém altamente sensível ao seu ambiente e influenciado pela sua realidade. Se ele vive num ambiente onde o crime é punido, independente da sua magnitude, então passa a considerar outras alternativas. Todavia, se o seu contexto sugere que não haverá obstáculo ou castigo por quebrar uma janela, bater uma carteira, roubar um banco, sequestrar ou exigir propina para assinar um contrato público, então a ocasião haverá de formar o ladrão.

A teoria das janelas quebradas guarda uma relação estreita e direta com as favelas localizadas na cidade carioca, uma vez que estas, além de terem sofrido um vertiginoso crescimento populacional, decorrente da ausência de uma política habitacional estatal, padeceram do abandono do poder público por quase um século. Desse modo, até o ano de 2006, segundo Carlos Alberto de Aguiar, o Rio de Janeiro somou 1.311 favelas, estando 971 situadas em região metropolitana.

O fato é que, com a ocupação desordenada das favelas, somada à indiferença do Estado, a criminalidade, diga-se o tráfico, apoderou-se daqueles territórios habitados, em sua maioria, por uma população menos favorecida. Destarte, ante a ausência do Estado, os traficantes implantaram, naquelas regiões, um poder paralelo, em que a cúpula do banditismo, a seu modo e valendo-se de "leis" próprias (as quais são temidas e respeitadas sem contestações pelos moradores), investiga, julga e executa aqueles que desobedecem, violam os preceitos por eles impostos ou se atrevem a imiscuir-se nos negócios escusos e rentáveis que ali se desenvolvem (relembre-se o caso rumoroso que envolveu a execução do jornalista Tim Lopes).

Por vezes, quando importunados pela ação pontual da polícia ou por facção inimiga, a atuação do tráfico ultrapassa os limites circunscritos aos morros

cariocas. Assim sendo, aterrorizam a população, promovendo arrastões e incendiando carros e ônibus nas principais vias da cidade. O ápice do terror orquestrado pelos traficantes ocorreu no final do ano de 2010, oportunidade em que, de forma emergencial, foi desencadeada uma operação conjunta envolvendo os órgãos de segurança pública e as Forças Armadas, que culminou com a invasão e a tomada do Complexo do Alemão e da Penha.

4. É LEGAL A UTILIZAÇÃO E A PERMANÊNCIA DAS FORÇAS ARMADAS EM MORROS CARIOCAS?

Em razão do acontecimento acima citado e atendendo exposição de motivos interministerial nº 00460/MD/GSI, de 02.12.2010, decorrente da solicitação do governador do estado, foi autorizado pelo governo federal o prosseguimento do emprego temporário de militares das Forças Armadas na preservação da ordem pública, nas comunidades do Complexo da Penha e do Alemão, nos termos da LC nº 97/2009 e do Decreto nº 3897/2001. Assim, por meio da Diretriz Ministerial, nº 15, de 04.12.2010, coube ao Exército brasileiro a espinhosa missão de organizar uma Força Pacificadora nas referidas comunidades, oferecendo recursos operacionais militares necessários (pessoal e material), com funções de patrulhamento, revista e prisão em flagrante.

Respeitando entendimentos diversos e sem a pretensão de esgotar o assunto, filiamo-nos à corrente doutrinária que sustenta não ser necessário um decreto de intervenção do governo federal para que as Forças Armadas atuem, de forma episódica e no menor tempo possível, na segurança pública local.

Com efeito, além de a intervenção federal denotar um caráter eminentemente punitivo de um ente federativo autônomo sobre outro, temos que uma interpretação sistemática da Constituição da República permite a cooperação, de um modo geral, entre União, estados, Distrito Federal e municípios, inclusive no campo da segurança pública. Vejamos, a respeito, os seguintes dispositivos constitucionais:

> Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
> IV – não-intervenção; (grifei)
> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os

> Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (grifei)
> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência... (grifei).
> Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (grifei).

Os mencionados artigos são autoexplicativos no que se refere à autonomia e à possibilidade de cooperação entre os entes da federação, valendo destacar que o princípio constitucional reinante, na espécie, é o da não intervenção.

O princípio da eficiência, segundo Modesto, dirige-se para a razão e o fim maior do Estado, a gestão dos serviços sociais essenciais à população, visando à adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum.

Para Modesto, o princípio da eficiência, traduzido pelo binômio economicidade e eficácia, compõe-se das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, participação dos serviços públicos da população e bem de qualidade.

Destarte, em nome do princípio da eficiência, as Forças Armadas podem e devem atuar, pontualmente, em auxílio à segurança pública.

Conforme já aventado, o art. 142 da CRFB e seu parágrafo legitimam a participação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. Trata-se de dispositivo constitucional de eficácia contida ou restringível, dado que, em regra, depende da intervenção do legislador ordinário para dar eficácia e aplicabilidade à norma.

De fato, em razão da mencionada lei constitucional, veio a lume, 11 anos depois, a supracitada Lei Complementar nº 97/1999,dispondo sobre as regras gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.

É interessante destacar a redação do art. 15, § 2, da referida lei, *in verbis*:

> A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal. (grifei).

A questão é tão complexa que a Lei Complementar nº 97/1999, após ter suas diretrizes fixadas pelo Decreto nº 3897/2001, foi alterada, por duas vezes, respectivamente, pelas Leis Complementares nº 117/2004 e 136/2010.

De fato, havia inquietantes lacunas na LC em comento a serem preenchidas,valendo destacar as seguintes:

1- Em que áreas e por quanto tempo deverão atuar as Forças Armadas na garantia da lei e da ordem?

2- Quando são considerados esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública relacionados no art. 144 da CRFB?

3- A atuação dos militares das Forças Armadas, no cumprimento da lei e da ordem, é considerada atividade militar, para fins de aplicação da legislação penal e processual militar?

4- A quem cabe o controle operacional da missão?

As respostas às indagações supra vieram, a nosso ver, ainda de forma insatisfatória, por intermédio de alterações constantes nas LC 117/2004 e LC 136/2010, *verbis*:

> Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes

> ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (Art. 15, § 3º da LC nº 117/2004).
>
> Na hipótese de emprego nas condições previstas no § 3o deste artigo, após mensagem do Presidente da República, serão ativados os órgãos operacionais das Forças Armadas, que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem. (Art. 15, § 4º da LC nº 117/2004) .
>
> Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins. (Art. 15, § 5º da LC nº 117/2004).
>
> Considera-se controle operacional, para fins de aplicação desta Lei Complementar, o poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais. (Art. 15, § 6º da LC nº 117/2004).
>
> A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. (Art. 15 §7º, LC nº 136/2010).

O ponto crucial da questão, a nosso sentir, não se restringe apenas às hipóteses acima; consiste também em responder às seguintes perguntas: as Forças Armadas estão preparadas para, de forma contínua e por considerá-

vel tempo, desenvolver atividade eminentemente policial no Complexo do Alemão e da Penha ou em outras comunidades, tendo em vista que lhes foi atribuído o controle operacional da missão? As abordagens aos transeuntes estão acontecendo de forma técnica? As revistas pessoais ocorrem dentro dos critérios estabelecidos na legislação processual penal militar (diante da suspeita de instrumento ou produto de crime e elementos de prova – art. 181 do CPPM)?

Preliminarmente, insta pontuar que, pelas características do mencionado local, o êxito da operação no Alemão e na Penha só foi possível com a imprescindível ajuda das Forças Armadas. Com efeito, não fossem os tanques poderosos da Marinha e o treinamento de guerra dos militares, os obstáculos naturais do lugar e os plantados pelo tráfico dificilmente seriam rompidos.

Todavia, em nossa concepção, a referida operação em conjunto envolvendo as Forças Armadas, a Polícia Militar e a Civil demanda uma análise que deve ser feita sob dois prismas. O primeiro refere-se à incursão no mencionado Complexo, na qual houve necessário apoio logístico e operacional dos militares federais; o segundo consiste na permanência das Forças Armadas no local, no qual Exército, embora atuando em parceria com outras polícias, assumiu a iniciativa e o total controle de ações tipicamente policiais (abordagens e revistas pessoais em transeuntes). Enfatize-se que tais procedimentos têm gerado insatisfações por parte dos moradores e frequentadores do Complexo, os quais não reconhecem a legitimidade de militares federais para tal mister (principalmente quando realizadas por jovens e inexperientes soldados).

Assim sendo, os procedimentos policiais em comento vêm suscitando desfechos não desejáveis, resultando em prisões em flagrante de civis por crime militar (desacato). Nesse sentido, alguns cidadãos que circulam pelo Complexo, insatisfeitos com a abordagem nem sempre necessárias de militares federais, ofendem verbalmente integrantes de patrulhas do Exército, oportunidade em que são presos em flagrante por desacato.

Alguns exemplos de prisões em flagrante, abaixo listados no item 5, propiciarão uma visão geral dos acontecimentos.

5. TIPOS DE ILÍCITOS MAIS FREQUENTES PRATICADOS POR CIVIS CONTRA A FORÇA DE PACIFICAÇÃO NO COMPLEXO DA PENHA E DO ALEMÃO

Amostragem de delitos praticados por civis contra Forças de Pacificação.

FATO GERADOR	AÇÃO DO EXÉRCITO	REAÇÃO DO CIVIL	RESULTADO
Som alto no carro de civil	Abordagem e revista pessoal	Xingamentos e ofensas	Civil denunciado por desacato
Briga entre marido e mulher	Abordagem e revista pessoal	Xingamentos e ofensas	Civil denunciado por desacato
Colisão entre veículos civis	Abordagem e revista pessoal	Xingamentos e ofensas	Civil denunciado por desacato
Civil, com uma garrafa de cerveja, ameaça arremessá-la contra militares	Abordagem e prisão em flagrante por desacato	Xingamentos e ofensas	Prisão flagrante por denunciado
Civis, no interior de veículo, próximo a um bar, onde se realizava um baile *funk*	Abordagem e revista pessoal	Populares que saíam do baile *funk* hostilizam a tropa e, quando contidos, um dos civis deu uma cabeçada no militar	Prisão por desacato e resistência
Veículo conduzido por civil em alta velocidade	Alertado pela patrulha do Exército para reduzir a marcha do veículo.	Acelerou veículo, pondo-se em fuga	Denunciado por desobediência
Equipe do Exército, em posto estático, é provocada por civis	Abordagem e revista pessoal	Xingamentos	Prisão por desacato
Abordagem pessoal	Revista pessoal	Luta corporal	Denunciado por lesão corporal e resistência
Briga entre civis em campo de futebol	Abordagem para separação dos contendores	Xingamentos e tentativa de agressão contra militar	Prisão por desacato

Militar verifica banheiro utilizado por civil, encontrando papelote de cocaína vazio	Abordagem e revista pessoal	Xingamentos	Prisão por desacato
Capitão do Exército vistoria com Agência Nacional do Petróleo estabelecimento comercial e encontra máquina de caça-níquel	Ordem de prisão ao civil, dono do estabelecimento	Xingamentos e tentativa de agressão contra o militar	Prisão por desacato

Verifica-se que o fato gerador de alguns flagrantes acima citados foi desencadeado por questões que, originariamente, não demandariam intervenções por militares federais, mas sim pelas Polícias Civil e Militar do estado, até porque essas instituições integram a Força de Pacificação.

Situação diversa acontece em relação aos militares das Forças Armadas que atuam nas fronteiras do Brasil. Nesses casos, fazendo às vezes da Polícia Federal, o Exército, muitas das vezes sem parcerias, assume o papel de patrulhamento, revistas pessoais e prisões em flagrante em delitos de quaisquer naturezas (comuns ou militares).

6. POSSÍVEL DILEMA NA DETERMINAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAR CRIMES OCORRIDOS EM OPERAÇÕES ENVOLVENDO AS FORÇAS ARMADAS NO CUMPRIMENTO DA LEI E DA ORDEM

Quando se trata de estabelecer a competência da Justiça Militar da União, quer no plano legislativo, quer no jurisprudencial, ocorrem verdadeiras "colchas de retalhos jurídicos", notadamente quando civis estão envolvidos no polo passivo ou ativo do delito.

Vale, nesse sentido, trazer à colação a Lei nº 9.299/96, que retirou a competência da Justiça Militar para julgar crimes dolosos contra a vida quando a vítima for civil.

> Art. 9º, parágrafo único: Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Pois bem, recentemente, foi aprovado, pelo Congresso Nacional, o PL 6615/09, que restabeleceu a competência da Justiça Militar para julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos no contexto de abate de aeronaves civis, na hipótese do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Temos, assim, dois pesos e duas medidas, posto que militares das Forças Armadas terrestres e marítimas que, porventura, num confronto inevitável, seja em uma comunidade, seja em fronteira do Brasil, venham a atingir mortalmente um civil (por hipótese, um traficante) responderão pelo crime perante o Tribunal do Júri.

Em outra esteira, oficiais da Força Aérea Brasileira, no mesmo cumprimento da lei e da ordem, ao dispararem contra uma aeronave hostil, pilotada, por exemplo, por traficante, serão processados e julgados pela Justiça Militar.

Relativamente ao civil no polo ativo do crime, embora o inciso III, alínea "d", do artigo 9º do Código Penal Militar considere crime militar aquele praticado por civil contra militar em função de natureza militar, na garantia e preservação da ordem pública, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior, as jurisprudências dos tribunais superiores vêm entendendo que a Justiça Militar da União não é competente para julgar tais crimes. Vejamos alguns julgados:

> "Habeas Corpus". Competência. Civis denunciados por crimes de resistência e desacato. Código Penal Militar, arts. 177 e 299. A polícia naval e atividade que pode ser desempenhada, igualmente, por servidores civis ou militares do Ministério da Marinha, de acordo com o parágrafo único do art. 269 do Regulamento para o Tráfego Marítimo (Decreto n. 87.648, de 24/9/1982). Crime militar e competência da Justiça Militar, "ut" art. 124, da Constituição de 1988. Relevante, na espécie, e o objeto do crime e não mais a qualidade do sujeito ativo. Compreensão do art. 142, da Constituição de 1988. Sendo o policiamento naval atribuição, não obstante privativa da Marinha de Guerra, de caráter subsidiário, por força de lei, não é possível, por sua índole, carac-

terizar essa atividade como função de natureza militar, podendo seu exercício ser cometido, também, a servidores não militares da Marinha de Guerra. A atividade de policiamento, em princípio, se enquadra no âmbito da segurança pública. Esta, de acordo com o art. 144, da Constituição de 1988, e exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por intermédio dos órgãos policiais federais e estaduais, estes últimos, civis ou militares. Não se compreende, por igual, o policiamento naval na última parte da letra "d", do inciso III, do art. 9º, do Código Penal Militar, pois o serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, ai previsto, de caráter nitidamente policial, pressupoe desempenho especifico, legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. "Habeas Corpus" deferido, para anular o processo a que respondem os pacientes, desde a denúncia inclusive, por incompetência da Justiça Militar, devendo os autos ser remetidos a Justiça Federal de Primeira Instância, no Para, competente, "ut" art. 109, IV, da Constituição, por se tratar de infrações em detrimento de serviço da União, estendendo-se a decisão ao denunciado não impetrante.
(HC 68928, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/1991, DJ 19-12-1991 PP-18710 EMENTA VOL-01647-01 PP-00055 RTJ VOL-00138-02 PP-00569)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DE DESACATO E DESOBEDIÊNCIA PRATICADOS CONTRA SOLDADO DO EXÉRCITO EM SERVIÇO EXTERNO DE POLICIAMENTO DE TRÂNSITO, NAS PROXIMIDADES DO PALÁCIO DUQUE DE CAXIAS, NO RIO DE JANEIRO. Atividade que não pode ser considerada função de natureza militar, para efeito de caracterização de crime militar, como previsto no art. 9º, III, d, do Código Penal Militar. Competência da Justiça Comum, para onde deverá ser encaminhado o processo criminal. Habeas corpus deferido.
(HC 75154, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 13/05/1997, DJ 05-09-1997 PP-41872 EMENT VOL-01881-02 PP-00203)

> CRIMINAL. DESACATO E RESISTÊNCIA PRATICADO POR CIVIL CONTRA SOLDADO DO EXÉRCITO EM OPERAÇÃO DO POLICIAMENTO CIVIL.
> COMPETÊNCIA. NÃO SE CARACTERIZA COMO MILITAR O POLICIAMENTO CIVIL, AINDA QUE EXERCIDO PELO EXÉRCITO EM CONJUNTA COLABORAÇÃO COM A POLÍCIA CIVIL.
> (CC 16.228/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DANTAS, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/05/1997, DJ 23/06/1997 p. 29043).

> PROCESSUAL PENAL. PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. DESACATO PRATICADO POR CIVIL CONTRA SOLDADO DO EXÉRCITO EM ATIVIDADE DE POLICIAMENTO EXTERNO DE TRÂNSITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.
> - Não sendo o desacato praticado contra soldado em exercício de função propriamente militar, não se trata de crime da competência da Justiça Militar. Conflito conhecido, declarando-se competente o Juízo suscitado.
> (CC 26.106/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/06/2000, DJ 14/08/2000 p. 135).

De consequente, mesmo diante da redação do art. 15, § 7º, da LC nº 136/2010 (que considerou atividade militar, para fins de julgamento pela Justiça Militar, a atuação da Forças Armadas no cumprimento da lei e da ordem), é factível que interpretações, no mesmo sentido dos julgados explicitados supra sejam adotadas em relação aos crimes perpetrados por civis no Complexo do Alemão, em outras comunidades ou nas fronteiras do Brasil, contra militares das Forças Armadas no cumprimento da lei e da ordem.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, podemos pontuar o seguinte:

a) As Forças Armadas, em razão de seu contingente e poderio bélico, têm sido vistas, por grande parte da sociedade, como solução para a resolução de diversos problemas de ordem social, em especial aqueles cuja incumbência

em primeiro plano, pela Carta Magna, seria de atribuição dos órgãos de segurança pública;

b) O conceito de lei e ordem é abrangente e pode dar azo a variadas interpretações pelo Judiciário;

c) O quadro demonstrativo de algumas das participações das Forças Armadas (item 2) demonstra que nem todas as ações dos militares federais ocorreram no cumprimento da lei e da ordem. Em algumas delas, verifica-se nitidamente um viés político;

d) É legal a participação das Forças Armadas no cumprimento da lei e da ordem, na segurança pública, desde que de forma supletiva, por curto período, nos casos em que se mostrem ineficientes os órgãos de segurança pública (equipamentos e pessoal);

e) É de bom alvitre que não haja a permanência prolongada de militares em comunidades, assumindo a iniciativa e o controle de ações tipicamente policiais, mormente quando atuem em conjunto com a Polícia Militar e Civil;

f) Tendo em vista que a Força de Pacificação no Alemão e na Penha é composta por policiais das Forças Armadas e outros órgãos policiais, faz-se necessário que haja uma triagem com divisões de tarefas, a fim de que o Exército atue nos casos mais complexos, ficando os desvios de condutas inerentes ao cotidiano de uma comunidade a cargo da Polícia Militar e Civil, a fim de serem evitados, pela ausência de prática dos militares federais, possíveis abusos de autoridade;

g) Embora lei complementar considere atividade militar as ações dos militares, no cumprimento da lei e da ordem, para fins de julgamento pela Justiça Militar, a competência dessa Justiça especializada só será efetivamente firmada após pronunciamentos dos tribunais superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal.

8. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, R. **Pequenos delitos e a Teoria das Janelas Quebradas.** Junho/2009. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/informese/artigos/pequenos-delitos-e-a-teoria-das-janelas-quebradas/30692>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 5 outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acessado em: jun. 2011.

AGUIAR, C. Alberto. **Contradições da Sociedade Brasileira e a Construção da Ordem Social**. Rio de Janeiro: Ed. Luzes, 2008.

BRASIL. **Lei Complementar nº 97/99**, de 10 de junho de 1999. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Diário Oficial da União de 10 de junho de 2009. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-complementares-1/leis-complementares-1/1999#content>. Acessado em: jun. 2011.

BRASIL. **Lei Complementar nº 117/2004**, de 03 de setembro de 2004. Altera a Lei Complementar nº 97, de 09 de junho de 1999, que "dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas".Diário Oficial da União de 03 de setembro de 2004 . Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-complementares-1/leis-complementares-1/2004#content>. Acessado em: jun. 2011.

BRASIL. **Lei Complementar nº 36/2010**, de 25 de agosto de 2010. Altera a Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999, que "dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas", para criar o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas e disciplinar as atribuições do Ministro de Estado da Defesa. Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2010.Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-complementares-1/leis-complementares-1/2004#content>. Acessado em: jun. 2011.

BRASIL. **Decreto 3.897/2001**, de 27 de agosto de 2001 de outubro de 1969. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União de 27 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/decretos1/decretos1/2001#content>. Acessado em: jun. 2011.

BRASIL. **Diretriz Ministerial nº 15**, de 04 de dezembro de 2010. Autorizou o prosseguimento do "emprego temporário de militares das Forças Armadas para a preservação da ordem pública nas comunidades do Complexo da Penha e do Complexo do Alemão". Disponível em: <https://www.defesa.

gov.br/index.php/noticias-do-md/2454026-04122010-defesa-diretriz-ministerial-no-152010.html>. Acessado em: jun. 2011.

MODESTO, P. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=343>. Acessado em: jun. 2011.

BRASIL. **Decreto-Lei 1.002**, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília, Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del1002.htm>. Acessado em: jun. 2011.

A inconstitucionalidade da Súmula nº 10 do STM

Luis Antonio Carvalho Vasconcellos
Estudante de Direto da Universidade Católica do Salvador.
Estagiário da Procuradoria de Justiça Militar da 6° Região Militar.

"Ainda tendo de conviver com a vigente tolerância com a subsistência do poder punitivo no interior do Estado de direito democrático, há de se exigir, no mínimo, que as regras que regulam o funcionamento do sistema penal se destinem a controlar e conter seu exercício; se pautem pela orientação de que muito mais importante do que investigar e punir a prática de condutas criminalizadas é proteger a liberdade; determinem que o sacrifício da liberdade, enquanto ainda admitido, só possa acontecer como exceção, em último caso e dentro dos limites estabelecidos nas normas fundamentais inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas. No campo das prisões provisórias essa exigência é ainda maior. Nesse campo, a contenção e a redução da violência, dos danos, dos enganos e das dores produzidas pelo sistema penal concretizador do poder punitivo fazem ainda mais urgente o efetivo compromisso com a máxima eficácia dos princípios e normas garantidores dos direitos fundamentais, fazendo ainda mais imperativa a reafirmação da prevalência da tutela da liberdade sobre o poder punitivo, exigindo a permanente efetivação da garantia da presunção de inocência."
(Karam, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 6. Lúmen Júris. p. VII).

ÁREA DO DIREITO: Penal. Processo Penal. Penal Militar. Processo Penal Militar.

RESUMO: Com este artigo, pretende-se demonstrar a absoluta inaplicabilidade da Súmula n°10 do Superior Tribunal Militar, em face da ordem normativa constitucional brasileira. Em que pese a inconstitucionalidade do assento jurisdicional saltar aos olhos, o pérfido entendimento sumulado vem sendo reiteradamente aplicado, disfarçando-se a sua verdadeira e nefasta função: antecipar a pena para punir um inocente à margem das garantias processuais.

PALAVRAS-CHAVES: Prisão. Liberdade provisória. Crime de deserção. Inconstitucionalidade. Súmula.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate the absolute inapplicability of 'Súmula' n.º 10 of the Superior Military Court, in face of the Brazilian constitutional normative order. Despite the fact that the unconstitutionality of the court's position strikes the eye, this execrable understanding is being consistently applied, disguising it´s true and iniquitous function: to anticipate the punishment of an innocent man on the sidelines of procedural safeguards.

KEYWORDS: Prison. Provisional liberty. Delict of abandonment. Unconstitutionality. Docket.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 1.1. O delito de deserção. Afirmação histórica, singularidades e conceituação − 1.2. Consequências jurídicas do crime − 2. Análise e crise do instituto da prisão provisória por deserção − 3. Conclusão − 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1. O DELITO DE DESERÇÃO. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, SINGULARIDADES E CONCEITUAÇÃO

A histórica classificação dos crimes militares como próprios e impróprios. Os primeiros são entendidos como condutas típicas ilícitas e culpáveis, que somente poderiam ser cometidas por militares[1]. Ainda, resgatando a concepção demasiadamente precisa que os romanos lhes atribuíam, são aqueles "que só o soldado pode cometer"[2], porque "dizia particularmente respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que devia ser o serviço, a disciplina a administração ou a economia militar" (Digesto, Liv. XLIX, Título XVI, L.2: *De re militare. ... Proprium militare est delictum quod quis uti miles admittit*). Os segundos caracterizam-se pela possibilidade de o sujeito ativo do delito, agindo sozinho[3], ser civil.

Em que pese a clássica diferenciação ser contemporânea dos mais rudimentares institutos jurídicos de nosso sistema normativo, herdados da cultura

[1] Lobão, Célio. Direito Penal Militar. 2. ed. p. 67.

[2] Esmeraldino Bandeira, Dir., Just., Proc., Militar, v.1. p. 26.

[3] Ressalva-se a possibilidade de cometimento de crime propriamente militar por civil, em coautoria com militar, quando as circunstâncias de caráter pessoal poderão se comunicar quando elementares do tipo. Art. 53, §1°, do CPM.

greco-romana, ainda pesa certa celeuma doutrinária a respeito da classificação. Todavia, no que se refere especificamente aos delitos de deserção (todas as modalidades descritas no Capítulo II do Título III do CPM, exceto o favorecimento a desertor, art. 193 do CPM), não subsiste dúvida, havendo quem lhe classifique como delito puramente militar, à vista de seu caráter personalíssimo.

O enunciado do art. 187 do CPM, por meio da locução "o militar", restringe o sujeito ativo do tipo àqueles que possuam essa condição. Não obstante, essa não é a única razão que nos faz crer que o delito de deserção é construção típica detentora de singularidade ímpar quando cotejada com os demais tipos penais do ordenamento.

A começar pela sua gênese, que data de tempos imemoriais, antecedendo até mesmo o Direito positivo, pode-se afirmar que a "deserção" é quase tão antiga quanto os confrontos belicosos. Afinal, o núcleo nevrálgico inspirador do tipo, é dizer, a pujante intenção de coibir a conduta, era a de evitar a evasão dos soldados em situação extrema de guerra. O povo espartano, sociedade antiga marcada, historicamente, pela militarização como nenhuma outra, elevou o escudo como aparato primordial de guerra, não em razão da conhecida falange, mas sim para impedir a evasão do soldado do campo de batalha. Afinal, para facilitar a fuga do conflito, naturalmente o soldado livrar-se-ia primeiro de seu robusto escudo, instituindo-se que o guerreiro de Esparta deveria voltar da guerra com seu escudo ou sobre ele (já sem vida), sob pena de ser declarado desonrado e indigno.

A seu turno, os povos bárbaros também adotaram intenso expediente moral para coibir a evasão de seus guerreiros, ao levarem para a retaguarda do campo de batalha suas esposas e filhos, de modo que o desertor, ao evadir-se de uma situação de iminente derrota, se defrontasse com seus entes mais queridos. Nessa ocasião as mulheres desnudavam os seios, de modo a rememorar as consequências da derrota ao pretenso desertor: estupro e assassinato de suas mulheres e crianças. Com efeito, findavam por revigorar-lhe o ímpeto e a coragem na guerra.

Sob a perspectiva jurídica contemporânea, observa-se claramente o resquício cultural legado dos povos antigos, quando se observa o art. 392 do CPM − deserção em presença do inimigo em tempo de guerra −, cuja pena máxima é a morte por fuzilamento. Causa espécie, ainda, que o Superior Tribunal Militar, dentre as suas nove súmulas vigentes, tenha instituído quatro

relativas ao crime de deserção (STM nº 3, 8, 10, 12), o que denota a quantidade de controvérsias que gravitam em derredor do delito.

À guisa de conceituação, toma-se por empréstimo a consagrada construção de Célio Lobão:

> Segundo o Código Penal Militar brasileiro, a deserção consiste no fato de o militar ausentar-se, sem autorização, da unidade em que serve ou do local onde deveria permanecer, por tempo superior a oito dias, ou estando legalmente ausente deixa de apresentar-se nesse mesmo prazo, depois de cessado o motivo do afastamento e, ainda, não se fez presente no momento da partida ou do deslocamento da unidade em que serve[4].

Noutro giro, Chrysólito Gusmão[5] (1915, p. 97), assevera que a deserção é ato do militar que rompe o laço que o liga à milícia, afastando-se dentro de certas circunstâncias de tempo da bandeira.

Eterno é o debate acerca da natureza do crime de deserção, havendo quem entenda tratar-se de crime formal, delito de mera conduta, ou, ainda, formal e de mera conduta ao mesmo tempo, e até mesmo formal, instantâneo e de mera conduta. Ou, finalmente, de caráter permanente[6], o que enseja implicações práticas na captura, dado ao perene estado de flagrância neste último caso.

A *vexata quaestio* não causa maiores reflexos no tema sob análise, pois mesmo considerando o crime como permanente, há de se observar que a prisão por captura é espécie de prisão processual; uma vez passado o momento do flagrante, a excepcionalíssima prisão não decorrente de ordem judicial é convertida em medida cautelar[7].

---

[4] Lobão, Célio. Direito Penal Militar, 2. ed. p. 229.

[5] *Apud* Assis, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar. 5. ed. 2ª tiragem. p. 342.

[6] Assis, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar. 5. ed. 2ª tiragem. p. 342.

[7] Karam, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 6. Lúmen Júris p. 28.

1.2. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME

Outra singularidade da deserção diz respeito ao rito procedimental diferenciado adotado na *persecutio criminis*, denominado "processo especial" (Título II, Capítulo I, do CPPM) direcionado, também, para os processos de insubmissão (Capítulo V).

O Código de Processo Penal Militar descreve minuciosamente as medidas a serem tomadas no momento da consumação do delito, a começar pela necessária lavra do termo de deserção, revestida de caráter de instrução provisória, destinada a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando desde logo o desertor capturado à prisão (arts. 451 c/c 243 e 452 do CPPM).

Consoante afirmado supra, não há harmonia doutrinária ou jurisprudencial acerca do estado de flagrância do desertor, o que *a priori* ensejaria a aparente inconstitucionalidade da prisão automática, sem ordem judicial ou flagrante delito. Todavia, a própria Carta Magna autoriza o ato de privação da liberdade nos crimes próprios e transgressões militares, sem os requisitos comuns aos demais delitos, conforme art. 5°, inciso LXI.

Não obstante, o CPPM, ao descrever o rito especial da deserção (arts. 451 *usque* 453), é silente a respeito da manutenção da prisão processual, assegurando, tão somente, a liberdade *ex vi legis* do acusado nos casos de "retardamento processual" (*nomen juris* do art. 453) a que não der causa. Configura, assim, uma garantia processual do acusado de ser posto em liberdade, obviamente, se preso ainda estiver, caso o processo exceda o prazo de 60 dias estipulado no Código. Senão, vejamos:

> Retardamento do Processo
> Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo.

Contudo, em que pese a inexistência de determinação legal expressa vedando a concessão da liberdade provisória ao desertor, que excetuaria a aplicabilidade da regra dos arts. 254 e seguintes do CPPM, o STM editou a Súmula nº 10, com o seguinte teor:

> STM Súmula nº 10 - DJ1 Nº 249, de 24.12.96
> Concessão de Liberdade Provisória a Preso por Deserção - Decurso do Prazo
> Não se concede liberdade provisória a preso por deserção antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM.

Com efeito, a referida interpretação do STM urge ser submetida a uma necessária filtragem constitucional, a começar pela análise do instituto processual da prisão provisória.

2. ANÁLISE E CRISE DO INSTITUTO DA PRISÃO PROVISÓRIA POR DESERÇÃO

A prisão decorrente da captura do desertor tem natureza de prisão cautelar, haja vista que o ato constritivo ocorre antes de uma sentença condenatória[8].

Nessa esteira, o termo de deserção, analogicamente ao auto de prisão provisória, constitui título para a prisão provisória.

Destarte, é imperioso adaptar os institutos do CPM e CPPM à observância dos princípios (constitucionais e supralegais) da não culpabilidade, presunção de inocência, devido processo legal, regra de responder ao processo em liberdade e dignidade da pessoa humana.

Assim, faz-se mister assentar as lúcidas e pertinentes colocações de Maria Lúcia Karam:

> As normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas que constroem a situação de inocência, reconhecendo-a a todos os indivíduos e assim proclamando a presunção de inocência (Declaração Universal dos Direitos Humanos art.11.1, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo 14.2 e CF/88 art. 5° LVII), revelam que é direito fundamental do indivíduo o de ser considerado e tratado como inocente enquanto não lhe for imposta uma condenação definitiva. Ninguém pode sofrer

[8] Nesse sentido, Esdras dos Santos Carvalho, Célio Lobão.

> os efeitos de uma condenação, sem que esta lhe tenha sido imposta, em um processo regularmente desenvolvido, por sentença que não mais se sujeite a qualquer recurso [9].

Com efeito, nos parece óbvio que a manutenção da prisão do desertor por 60 dias (1/3 da pena mínima prevista no tipo), sem qualquer justificação fundamentada, tampouco oportunidade de se manifestar, fere a presunção de inocência, além de ser flagrantemente desproporcional (não há necessidade nem adequação, pois inexiste decisão fundamentada, tampouco há proporcionalidade *stricto sensu* quando cotejado o período de privação provisória com a pena mínima prevista para o tipo, de modo a ocorrer uma verdadeira antecipação da punição).

O devido processo legal é um princípio que traz em seu feixe diversos outros, gerais ou específicos de cada processo, que são intensificados pelo primeiro. É dizer, ao se contrariar um princípio processual, a falta é dupla, pois macular-se-ia, igualmente, o princípio do devido processo legal. Pois bem, no processo penal, é garantido ao réu responder em liberdade, via de regra, conforme art. 5°, inciso LXI, c/c Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9.3). Portanto, ao se determinar a prisão automática do acusado de deserção, viola-se o devido processo legal e a garantia de se responder ao processo em liberdade, como regra, já que, racionalmente, para se excetuar a regra é preciso um motivo legítimo.

Assim,

> [...] evidentemente, não basta o juiz dizer que a prisão é necessária. Tem sim que apontar quais são efetivamente os comprovados fatos concretos que demonstram a apontada necessidade, explicitando os motivos que o convenceram a reconhecê-los e a decretar ou manter a prisão[10], considerando que a "mera realização de uma conduta objetivamente típica muito longe está a derivação do poder punitivo, porque muito longe ainda está a configuração de um crime em abstrato, como

[9] Karam, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 6. Lúmen Júris.

[10] Karam, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 6. Lúmen Júris.

> muito longe ainda está a caracterização do concreto fato punível, muito longe ainda estando, portanto, quer a existência quer a aparência do alegado direito do estado fazer valer aquele seu violento, danoso e doloroso poder[11].

Destarte, no nosso sistema normativo, o legislador não está autorizado a estabelecer prisões provisórias obrigatórias, muito menos o Judiciário deve interpretar a lei de modo a inovar no sistema, criando a repudiada prisão automática.

Em que pese o bem delineado sistema de garantias constitucionais, o entendimento do STM expresso na súmula n° 10, é de que o desertor deve permanecer preso pelo prazo de 60 dias, não se lhe concedendo a liberdade provisória, somente podendo ser posto em liberdade no caso de julgamento com absolvição (como se fosse tolerável manter um inocente preso), imposição que não encontra qualquer respaldo legal (*ex vi* do art. 453) e afronta a Constituição.

É preciso asseverar que, dentro do sistema acusatório encampado pela Constituição Federal, não é possível a decretação de prisão provisória somente por disposição legal[12]. Assim o Supremo vem declarando em diversos julgados vinculados a crimes hediondos, que merecem ser transcritos, mesmo que apenas *en passant*.

Eis, pois, recortes de decisões paradigmáticas do Supremo, utilizadas para resolver os casos-limites acerca da admissibilidade da liberdade provisória:

> [...] Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõem-se porém ao juiz, nesse caso, o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo. (HC 101.505, Rel. Min Eros Grau). (Grifos nossos).

[11] Idem.

[12] Carvalho, Esdras dos Santos. O direito Processual Penal Militar numa visão garantista. 2010.

> Lei do crime organizado. Art. 7° - Inadmissibilidade de sua invocação. [...] Cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de ofensa à presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. (HC 94.404, Rel. Min. Celso de Melo). (Grifos nossos).

> [...] Dizer 'peculiaridade do caso concreto' é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque a afirmação da dignidade da pessoa humana acode à paciente. A transgressão à lei é punida de modo que a lei (=direito) seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porque não era devido. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima no caso dos autos não é identificada. É a própria sociedade, beneficiária de vingança que como que a pacifica em face, talvez, da frustração que resulta da sua incapacidade de punir os grandes impostores. De vingança se trata, pois é certo que manter presa em condições intoleráveis uma pessoa doente não restabelece ordem, além de nada reparar. (HC 94.916, Rel. Min. Eros Grau). (Grifos nossos).

E, finalmente:

> Superados os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva, a liberdade provisória deve ser

> imediatamente concedida [...] A custódia cautelar baseada apenas na necessidade de manutenção da ordem pública não pode fundar-se em argumentos genéricos, devendo apresentar contornos concretos e individualizados. (HC 93.134. Rel. Min. Ricardo Lewandowsky).

Destarte, faz-se necessária uma decisão fundamentada em que o magistrado aponte a necessidade de se manter a prisão, analisando o caso concreto, atestando a existência do *periculum in libertatis* e do *fumus comissi delicti*, é dizer, a aparência segura da prática delitiva imputada ao acusado (em sua perspectiva analítica, ou seja, tipicidade da conduta, antijuridicidade e culpabilidade, o que, no caso da prisão por deserção, não ocorre, restringindo-se a autoridade judiciária a apreciar a tipicidade formal da conduta). Além disso, há de se averiguar a existência de sério risco de eventual prejuízo a bem jurídico penalmente tutelado, por conta da preservação da liberdade.

Com efeito, consoante anuncia Esdras dos Santos Carvalho, o STF, instado a manifestar-se a respeito do tema, concluiu pelo equívoco do STM:

> [...] para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentado e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental. (HC 89645/PA Rel. Gilmar Mendes). (Grifos nossos).

Por derradeiro, faz-se imprescindível mencionar a decisão da então juíza-auditora Maria Lúcia Karam, na IPD 288/97 da 2ª Auditoria da 1ª CJM, exarada em 08 de janeiro de 1998, que concede a liberdade provisória respaldada em apolínea fundamentação jurídica:

> Vale ressaltar que o enunciado trazido na Súmula nº 10 do Superior Tribunal Militar, aprovado em sessão de 12 de dezembro de 1996, consagra entendimento que, com a devida vênia, não se compatibiliza com os mencionados princípios e regras constitucionais garantidores da tutela da liberdade. Ao se estatuir que "não se concede liberdade provisória a preso por deserção

> antes de decorrido o prazo previsto no artigo 453 do CPPM", interpreta-se o dispositivo legal que, como exposto na decisão aqui transcrita, cuida tão somente de prazo para conclusão do processo em 1º grau, de forma contrária ao que determina a fórmula fundamental do devido processo legal, transformando-se a prisão provisória decorrente do termo de deserção em uma indevida antecipação de pena com a duração de 60 dias. (IPD 288/97 da 2ª Auditoria da 1ª CJM. Juíza-auditora Maria Lúcia Karam). (Grifos nossos).

3. CONCLUSÃO

À vista de todos os argumentos explicitados, é forçoso concluir pela impossibilidade da aplicação da súmula n°10 do STM. Já passou da hora de se mergulhar a resposta processual penal ao fato típico da deserção em um banho de racionalidade.

É preciso que os juízes-auditores parem de se portar como verdadeiros autômatos, aplicando e replicando uma fórmula absolutamente viciada e perversa, cabendo aos demais partícipes do processo, especialmente o MPM, desconstruir a aparência de licitude da vexaminosa prisão automática, e ao STM revogar a referida súmula, na direção vetorial já apontada pelo STF.

Conforme assentos jurisdicionais transcritos supra, o STF sequer reconheceu a prisão cautelar obrigatória nos crimes hediondos, à época legalmente prevista e amparada por tratado internacional (Pacto de Palermo). O que dizer, então, de uma prisão processual obrigatória fundada tão somente em uma interpretação de tribunal superior, claramente sem amparo legal? Ora, no que tange à redação do art. 453 do CPPM, é de lógica elementar que afirmar algo não significa necessariamente negar o oposto.

Registre-se, ainda, que jamais a conveniência da instrução criminal poderá ser valorada como superior à subsistência do Direito Fundamental à liberdade do cidadão inocente, *ex vi* Constituição Federal. O sofisma lamentavelmente comum de que "o desertor irá fugir à aplicação da lei penal" nada mais faz que subverter a presunção (relativa) de inocência em presunção (absoluta) de culpa, além de pressupor arbitrariamente um comportamento ilícito de um cidadão, por meio de exercício de "futurologia" − o que, de modo algum, tem respaldo legal.

Firmadas essas considerações, concluímos pela absoluta inaplicabilidade da Súmula n.° 10 do STM, à vista de sua manifesta incompatibilidade com o sistema jurídico, pelas razões a seguir elencadas:

a) A Súmula n° 10 do STM padece de flagrante atecnia, pois interpreta de forma excessivamente lata e prejudicial ao acusado o art. 453 do CPPM, contrariando a sua própria *ratio essend*i, que é a de erigir hipótese de liberação imediata do desertor, em caso de retardamento do processo, ensejando pedido de relaxamento de prisão. Antes de completos os 60 dias, a peça adequada é o pedido de liberdade provisória; após, pedido de relaxamento, *ex vi* da garantia legal que limita a prisão processual.

b) Por conseguinte, a Súmula n° 10 do STM padece de flagrante ilegalidade, já que se ressente de qualquer amparo legal, tratando-se de construção solipsista, arbitrária, em que o tribunal pretende substituir o legislador, criando norma absolutamente desarmonizada com o sistema castrense.

c) A Súmula n° 10 do STM é ainda inconstitucional, já que viola os mais elevados princípios constitucionais e processuais penais, tais como princípio da separação dos poderes, da não culpabilidade, do devido processo legal, da regra de responder ao processo em liberdade, da dignidade da pessoa humana, além dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, o art. 5°, LXVI.

d) Inconstitucional também por configurar violação a tratados internacionais de direitos humanos vigentes em nosso sistema normativo, tais como a DUDH, em seu art. 11.1, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 14.2, que consagram a presunção de inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, bem como o art. 9.3 deste último, que estabelece a liberdade como regra dentro do processo penal.

Por fim, cabe sinalizar acerca da necessidade de implantação de um expediente de justificação prévia do desertor, que ocorreria imediatamente à sua reinclusão nas fileiras da Força, possibilitando ao militar esclarecer acerca dos motivos e das circunstâncias da deserção, observado o direito de silenciar, com o desiderato de:

a) Somente então possibilitar uma averiguação do *fumus comissi delicti*, pelo conhecimento, ainda que superficial, da aparente antijuridicidade e culpabilidade da conduta, atendendo, destarte, à condição necessária de uma

eventual manutenção da prisão provisória, por meio de decisão fundamentada, atrelada ao caso concreto, elevando a justificação prévia a *conditio sine qua non* para manutenção da prisão;

b) Servir de fundamento para a imediata decretação da liberdade provisória *ex offício* do desertor, até posterior sentença condenatória transitada em julgado;

c) Servir, ainda, como mínimo lastro probatório para a deflagração da ação penal, constituindo-se em elemento de justa causa, reconhecida condição da ação penal, de modo a evitar a reiterada prática da "denúncia de ofício" por parte do MPM nos delitos de deserção, ou, em sentido oposto, possibilitar, desde logo, o arquivamento da IPD nos casos em que for manifesta a inocorrência de crime. Evita-se assim a "movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada e cruel[13]", como o Judiciário, especialmente na jurisdição criminal.

4. REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo. 3. ed. 2010.

ASSIS, J. C. **Comentários ao Código Penal Militar**. 5. ed. 2. tir.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**. 3. ed. Editora Renavam.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed.

CARVALHO, E. S. **O direito Processual Penal Militar numa visão garantista**. 2010.

CHOUKR, F. H. **Código de Processo Penal – Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. Lumen Juris. 3. ed.

DIAS, J. F. **Direito Penal parte geral**. Tomo I. 2. ed. 2007.

[13] Expressão de Amilton Bueno de Carvalho.

DOTTI, R. A. **Princípios fundamentais do direito penal brasileiro**.

JUNIOR, A. L. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. vol. I.

JUNIOR, A. L. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 5. ed. vol. II.

KARAM, M. L. **Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade**. vol. 6. Lúmen Júris.

LOBÃO, C. **Direito Penal Militar**. 2. ed.

LOBÃO, C. **Direito Processual Penal Militar**. 2. ed.

MIGUEL, C. A. e Coldibeli, N. **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. 3. ed.

NUCCI, G. S. **Manual de Direito Penal**. 3. ed.

NUCCI, G. Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed.

QUEIROZ, P. **Direito Penal parte geral**. 6. ed.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**. Editora Renavam.

Direito Penal e Direito Costumeiro em Angola

Luzia Bebiana de Almeida Sebastião
Angolana, casada, natural de Luanda. É mestre (2002) e doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, possui pós graduação em: Direitos Humanos (1991), pela Faculdade de Direito da Universidade de Lund, Reino da Suécia; Procuremment and Contract Manegment Administration, pelo International Law Institute of Washington DC (1992), Direito Penal Económico e Europeu, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra Portugal (2000). Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto - Angola. Exerceu a Advocacia (1991 a 2008) e exerce, actualmente, a função de Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional da Republica de Angola.
É professora auxiliar na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, com Regência da Cadeira de Direito Penal I (Teoria Geral da Infracção Penal) e Membro do Conselho Científico da Faculdade de Direito da mesma Universidade. Colaboradora permanente da Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Membro do Centro de Estudos e Investigação Científica da Universidade Católica de Angola, da Comissão Técnica para a elaboração do Novo Código Penal da República de Angola. É autora e coautora de publicações científicas, textos de apoio, artigos de revista e de relatórios apresentados em Angola e no Exterior.

RESUMO: O Direito assenta na cultura dos povos e a realidade cultural angolana é como disse Victor Kajibanga, polissêmica. Por isso levanta um conjunto de interrogações em torno da problemática do direito costumeiro, ou melhor, da relação entre Direito Costumeiro e Direito Positivo. A abordagem desta questão passa por uma leitura e tomada de posição sobre os conceitos "Costume" , "Direito Costumeiro" e ainda sobre o problema geral das Fontes do Direito. Angola é um Estado Constitucional, onde a Constituição vigora como "ordem-jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos, conferindo à ordem estadual e aos actos desses poderes medida e forma". Enquanto principal Fonte Formal de Direito, importa confrontar a Constituição com o Costume para delimitar a posição que este ocupa no contexto das Fontes do Direito Angolano. Por outro lado, importa ainda lançar um olhar sobre o reconhecimento do Costume na Ordem Jurídica Angolana e sua relevância no Direito Angolano em vigor e a constituir, particularmente no domínio do Direito Penal, em virtude da vigência de "Costumes" que não estão afirmados normativamente, mas exprimem o sociológico normal e são, de facto, reconhecidos e praticados pelas comunidades.

PALAVRAS-CHAVES: Direito. Costume. Fontes do Direito. Constituição. Direito Costumeiro. Direito Positivo.

ABSTRACTS: The Law has its foudation in the Cultures of the various peoples. Angola's cultural reality is, as Victor Kajibanga said, polisemic. This, therefore raises a series of questions regarding the issues surrounding Customary Law; that is to say the relationship between Customary Law and Positive Law.

KEYWORDS: Customary Law. Positive Law.

SUMÁRIO: 1. O Direito Costumeiro enquanto Direito − 1.1. O " Costume", Noção e Elementos − 1.2. As Fontes do Direito. O problema em Geral − 1.3. Classificação das Fontes do Direito − 1.4. A Constituição como Fonte Formal de Direito − 2. Evolução Histórica do Tratamento do Costume no Direito Angolano − 2.1. Situação actual do Costume no Direito Angolano − 2.2. Relevância do Costume no Direito Angolano a Constituir − 3. Necessidade de Intervenção do Estado − 3.1. Posição a Adoptar.

1. O DIREITO COSTUMEIRO ENQUANTO DIREITO

Victor Kajibanga[1], sociólogo, diria: "Uma reflexão em torno dessa realidade (cultural e étnica) polissêmica levanta algumas interrogações e inquietações em relação à problemática do direito costumeiro. A primeira consiste em saber se podemos falar, em relação a Angola, de um cânone de direito costumeiro, ou então encará-lo em função da especificidade dos espaços e das comunidades étnico-culturais; a segunda consiste em detectar as linhas de continuidade e descontinuidade no quadro do direito costumeiro tendo em atenção a realidade pluriétnica angolana; a terceira levanta o problema do diálogo (ou alternativa) entre direito costumeiro e realidade jurídica e sociológica do Estadual" (diga-se direito positivo).

De facto e, ainda segundo aquele autor, a realidade étnica e cultural de Angola é complexa e integra toda uma complexidade de direitos costumeiros de várias comunidades étnicas[2]. Não existe um sistema de direito escrito, por isso, o designado direito costumeiro é proverbial, assenta na oralidade e na experiência[3]. O direito proverbial é variável em razão do espaço e do

[1] Em seminário realizado em agosto de 2002 na Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, em um texto denominado "Espaços Socioculturais, Comunidades Étnicas e Direito Costumeiro (cinco notas avulsas para uma perspectiva de estudo e revisão do caso angolano) pp. 8-9.

[2] *Apud* VICTOR Kajibanga; COISSORÓ, Narana. 1966, "The Costumary Laws of Succession in Central África, Lisboa, Junta de Investigação do Ultramar, p. 412; do mesmo autor,

tipo de comunidade de que se trate. E altera-se conforme se trate de factos jurídicos, sociais, religiosos e supersticiosos, factores que têm influência na concepção de direito que vigore em cada comunidade[4]. Conclui o autor por considerar existir em Angola «variações» de Direito(s) Costumeiro(s) "que podem ser estudadas à luz dos processos constantes de composição, decomposição e recomposição das respectivas comunidades étnicas"[5]. Porém, devido à ocidentalização proveniente da construção do Estado Pós-colonial, esse(s) direito(s) tem vindo a "sofrer transformações e a passar pela crise da afirmação do Estado, reflectindo a tensão entre o tradicional e o estadual, o local e o nacional"[6].

Parece legítimo perguntar-se se o "Costume" é direito e, se sim qual o seu estatuto no quadro do sistema jurídico angolano.

1.1. O " COSTUME", Noção e elementos

A partir de uma concepção puramente jurídica, o costume é, a par da lei da jurisprudência e da doutrina, um dos possíveis modos de formação ou revelação de normas jurídicas que, "consiste na observância constante e uniforme de determinadas regras de conduta pelos membros de determinada comunidade social, com a convicção de obrigatoriedade"[7].

Assim, para que se possa falar em costume jurídico, segundo o entendimento da generalidade da doutrina, embora não pacifico, é necessário que essa prática social seja constante, mas acima de tudo a generalidade dos membros dessa comunidade a considere juridicamente obrigatória, no sen-

---

"As Instituição de Direito Costumeiro Negro-Africano, *in* Separata de Estudos Políticos e Sociais, V. II, nº 1, 1964, p. 8; COELHO, Antonieta. "A aplicação do Direito Costumeiro na Gestão dos Recursos Naturais – Uma reflexão sobre «custos e benefícios», comunicação apresentada ao Seminário sobre Terras e o Direito,Luanda, Faculdade de Direito, Universidade Agostinho Neto, texto policopiado, 2002, p. 34.

[3] VICTOR, Kajibanga. Espaços Socioculturais, p. 9.

[4] VICTOR, Kajibanga. Espaços Socioculturais, p. 9.

[5] VICTOR, Kajibanga. Espaços Socioculturais, p. 9.

[6] VICTOR, Kajibanga. Espaços Socioculturais, p. 9.

[7] VIEIRA CURA, António. "O Costume como Fonte de Direito em Portugal", *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, V. LXXIV, 1998, pp. 241-272, p. 241.

tido de uma regra correspondente a uma opinio iuris vel necessitatis[8], o que quer dizer que, só quando ao elemento material, que é a pratica, se juntar o elemento espiritual, a convicção de obrigatoriedade, se poderá falar em costume em sentido jurídico. Pois entende ainda Vieira Cura que, a falta do elemento espiritual, só permitirá falar em "costume de facto" ou então em "uso" dado que, a esses falta juridicidade própria e, consequentemente não podem assim consubstanciar um "modo autônomo de criação do direito"[9].

1.2. As fontes do Direito. O Problema em Geral.

O problema das fontes do direito é aquele que o pensamento jurídico traduz na questão de saber, de que modo, o direito vigente numa determinada comunidade histórica se constitui e se manifesta, ou seja, como é que ele aí se objectiva[10]. Problema que implica o próprio problema do direito em si mesmo considerado. Haverá entre os dois problemas uma relativa autonomia problemático-intencional, já que um respeita à filosofia do direito e o outro à teoria do direito. Contudo, verifica-se entre eles uma incindível conexão, uma vez que a concepção de direito implica sempre uma teoria das fontes e, esta encontra no direito a sua eminente expressão normativa[11].

A juridicidade do direito haverá de ser pensada como um "válido dever ser que é"[12]. Não há direito sem uma normativa vinculação ou obrigatoriedade e, esta não pode ser reconhecida como direito sem um fundamento de validade. Também não haverá direito se a sua normatividade for apenas intencional e não se assumir como dimensão constitutiva da pratica social e, por

[8] VIEIRA CURA, "O Costume .....", p. 241.

[9] REBELO DE SOUSA, Marcelo; GALVÃO, Sofia. "Introdução ao Estudo do Direito", 2ª edição, Lisboa, 1993, pp. 124-126, *apud*, VIEIRA CURA, António A. "O Costume", p. 242.

[10] CASTANHEIRA NEVES, António. "Fontes do Direito", Digesta, Coimbra Editora,1995, pp.7-94, p.7; BAPTISTA MACHADO, João. "Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador", Almedina, 13ª reimpressão, 2002, p. 154; BRONZE, Fernando José. "Lições de Introdução ao Direito", Coimbra Editora, 2002, p. 628; " Manual de Teoria del Derecho", obra coordinada por LÓPEZ MORENO, Ángeles; PUY MUÕZ, Francisco, Editorial COLEX, 1999, p. 344.

[11] CASTANHEIRA NEVES, António. "Fontes do Direito", p.7; BRONZE, Fernando José. "Lições ....", p. 628.

[12] CASTANAHEIRA NEVES, António. "Fontes do Direito", p. 8.

esta, efectivamente assumida, o que quer dizer, obter um especifico modo – de ser normativo – histórico, que é a vigência ou positividade[13].

É verdade que a compreensão do problema das fontes do direito passa pela busca de um elemento lingüístico e, consequentemente jurídico. Porém, a questão é muito mais profunda do que meramente semântica e, nem mesmo dentre os vários sentidos de entendimento possível da expressão, o sentido ou perspectiva político-constitucional, aquela que está na base da teoria tradicional das fontes do direito, dá resposta à essência da questão[14].

Com efeito, o problema da positivação do direito está estreitamente ligado ao problema da relação entre direito e poder político. Num Estado de direito, o direito vincula o poder do Estado.

Mas importante é salientar que, para vincular todos os órgãos do poder, para impor a sua "norma", o direito tem de assentar o seu último fundamento de validade "nos estratos mais profundos e permanentes do patrimônio cultural da humanidade, [que se situam] fora do alcance do poder político"[15]. Até porque a ordem jurídica vai buscar na idéia de justiça o primordial suporte da sua pretensão de validade[16].

Não pode, por conseguinte, o problema das fontes do direito ser resolvido a partir do que a lei dispõe, mas a partir da experiência jurídica concreta de determinado tempo histórico, sendo ela quem determina quais os actos constitutivos que concorrem para a criação do direito. Por isso que não podem ser defensáveis, as teses que entendem que o único acto constitutivo do direito é a Lei, porque se revela preponderante relativamente a outros actos constitutivos como o costume[17]. A relevância jurídica do costume, como fonte autónoma, "em nada depende do facto de ser acolhido, consagrado, ou sequer, tolerado, pela lei"[18].

---

[13] CASTANHEIRA NEVES, António. "Fontes do Direito", p. 8; BRONZE, Fernando José, "Lições, ..." pp. 630- 631; BAPTISTA MACHADO, João. "Introdução do Direito ...", p. 154.

[14] BRONZE, Fernando José. "Lições...", p. 630; CASTANHEIRA NEVES, António. "Fontes do Direito", pp. 12-13.

[15] BAPTISTA MACHADO, João. "Introdução...", p.157.

[16] BAPTISTA MACHADO, João. "Introdução...", p.157.

[17] VIEIRA CURA. "O Costume", p. 248.

[18] REBELO SE SOUSA, Marcelo;.GALVÃO. "Introdução...", p. 126.

1.3. Classificação das Fontes de Direito

As experiências jurídicas constituintes do direito podem classificar-se em: consuetudinárias, quando o direito tem a sua base constitutiva na tradição "costume"; legislativa, se a base é a legislação tanto através de actos legislativos ou de formais prescrições normativas e jurisdicionais, se a base constitutiva provier de decisões jurisdicionais ou juízos concretamente normativos[19].

Baptista Machado[20] acrescenta a essa classificação, a doutrina e os princípios fundamentais do direito e, em Portugal os assentos. Distingue ainda entre fontes voluntárias, aquelas que pressupõem um acto explicito de criação normativa à qual pertenceriam a lei, em sentido material, a jurisprudência e a doutrina e, as não voluntárias que integram os princípios fundamentais do direito costume.

Seguindo ainda Baptista Machado, o Código Civil[21] nos artigos 1º a 4º dispõe sobre fontes e distingue no artigo 1º entre fontes imediatas, as leis e as normas corporativas e no artigo 3º fontes mediatas, os usos, que, "não forem contrários ao principio da boa fé" e desde que "juridicamente atendíveis quando a lei o determine". No artigo 4º, a equidade é também para o Código Civil fonte de direito e, os tribunais podem a ela recorrer, quando haja disposição legal que o permita, quando haja acordo das partes numa relação jurídica não disponível ou ainda quando numa clausula compromissoria as partes tenham convencionado a ela recorrer[22].

1.4. A Constituição como Fonte Formal de Direito

Constrói-se, em Angola, um Estado de Direito Democrático e, por essa razão, assiste-se à ocorrência de alterações na legislação reguladora da ordem jurídica angolana, sendo de destacar, a que se tem sentido no domínio do

---

[19] GOMES CANOTILHO. "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", 3. ed., Almedina, 199, p. 241. Os sublinhados são do Autor.

[20] Refiro-me ao Direito escrito, e relativo ao período colonial, pois é relativamente a esse período que o nosso estudo incide.

[21] Seguirei de perto o texto de VIEIRA CURA. "Costume", de pp. 248-258.

[22] CASTANHEIRA NEVES, António. "Introdução', pp. 15-16.

maior relevo que se tem vindo a dar à protecção dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas e à intervenção das diferentes forças políticas no panorama político nacional. Em 5 de janeiro de 2010 foi aprovada a Constituição da República de Angola e é nesse contexto constitucional que me permito fazer o enquadramento da realidade que é o "Direito Costumeiro".

Porquê no quadro da Constituição?

Porque a Constituição vale e vigora como "ordem-jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos, confere à ordem estadual e aos actos dos poderes públicos medida e forma.... Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia.... [onde] o «primado do direito» do Estado de Direito encontra uma primeira e decisiva expressão[23].

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DO COSTUME NO DIREITO ANGOLANO[24]

Retomo a recepção no ordenamento jurídico angolano de 11 de novembro de 1975, para com ela receber a historia do direito português e a do costume nesse sistema jurídico[25]. Desde antes de meados do séc. XVIII até meados do séc. XVIII, o costume era fonte de direito. A partir de meados do séc. XVIII, mais concretamente em 1769, época do racionalismo e iluminismo, o costume conheceu um declínio com a entrada em vigor da "Lei da Boa Razão" que, condicionou a sua relevância, como fonte de direito, se, se verificassem três requisitos a saber: ser conforme a boa razão; não ser contrário às leis nacionais e, ter uma antiguidade superior a cem anos.

---

[23] BAPTISTA MACHADO, João. " Introdução", pp. 157-158.

[24] Recorde-se que o Código Civil que ainda vigora em Angola é o Código Civil Português de 1966.

[25] Posição que não é pacifica pois OLIVEIRA ASCENSÃO, José. "O Direito, Introdução e Teoria Geral (Uma perspectiva luso-brasileira), 10ª edição, Coimbra, 1997, pp. 250-251; SANTOS JUSTO, António. "Introdução ao Estudo do Direito", Porto, 1996. pp. 94-95 *apud*. VIERA CURA, António. "O Costume", p. 259, nota 55. entendem que, no rigor, a equidade não é uma verdadeira fonte de direito, ou seja, um modo de formação e revelação de normas jurídicas, mas um critério de decisão de uma caso concreto atentas às suas especificidades.

O Código Civil de Seabra, aprovado pela Carta de Lei de 1 de julho de 1867, veio retirar ao costume a sua natureza de fonte autônoma de direito e passou a trata-lo como fonte mediata ou indirecta de direito. Originário de uma concepção estatista-legalista do direito defendida pelo positivismo jurídico de tipo francês, segundo a qual o direito identificava-se com a lei que, era a expressão da vontade geral. A lei atribui-se a si própria o exclusivo da juridicidade e define o valor e os limites das demais fontes, particularmente o costume, já que tanto a jurisprudência como a doutrina não podem criar direito, porque não são mais do que a viva vox legis. A lei aparece assim na perspectiva político-constitucional do problema das fontes do direito como a "única e verdadeira fonte de todo o direito", ou talvez a "fonte decisiva".

O legislador do Código de Seabra, não levou a identificação do direito com a lei às ultimas conseqüências. Com efeito e, de acordo com o artigo 2º da Carta da Lei que aprovou o código, este só se aplicaria ao «continente do reino» e às «ilhas adjacentes», ou seja, Madeira e Açores. Quanto às «províncias ultramarinas», diga-se: Angola, Cabo Verde, Guiné, Moçambique e S.Tomé e Príncipe, o governo ficou autorizado a tornar o Código a elas extensivo desde que "ouvidas as estações competentes" e "fazendo [ao código] as modificações que as circunstancias especiais das mesmas províncias exigirem". Artigo 9º da Carta de Lei.

Foi o Decreto de 18 de novembro de 1869, que tornou extensivo o Código Civil de Seabra em 1 de julho de 1870. Através desse Decreto Ressalvou "os usos e os costumes das Novas Conquistas e os de Damão e Diu, coligidos nos respectivos códigos, e no que não se opusesse à moral e à ordem pública – o direito consuetudinário (ainda não codificado) das restantes colônias (art. 8º, § 1º), direito esse que mandava codificar imediatamente (§ 3º) e era aplicável «nas questões entre indígenas» (embora estes pudessem optar, «de comum acordo» pela aplicação do Código Civil)".

Mas os costumes codificados, foram enumerados de foram imperfeita, haviam muitas omissões, por exemplo não havia referencias dos indígenas angolanos, haviam "incorreções sobre a indicação das pessoas que deveriam continuara a reger-se pelos seus usos e costumes" e, por isso vários outros diplomas tiveram que ser publicados para corrigir as duvidas e incertezas. Dentre os vários diplomas corretores interessa destacar o Decreto nº 43.897 de 6 de setembro de 1961 que, no artigo 1º prevê que eram "reconhecidos os «usos e costumes locais reguladores de relações jurídicas privadas» (tivessem ou não sido objecto de compilação), insistindo-se, porém, na necessi-

dade de compilar os usos e costumes vigentes na regedorias, para assegurar a «certeza e a clareza do direito»; esses usos e costumes constituíam um estatuto pessoal (que devia ser respeitado em qualquer parte do território nacional), aplicando-se apenas nas relações de direito privado (com exclusão do direito de propriedade sobre bens moveis ou imóveis, que se regia sempre «pela lei escrita do direito privado» arts. 7º e 9º) entre pessoas com o mesmo estatuto, ficando a sua aplicação «limitada apenas pelos princípios morais e pelas regras fundamentais e básicas do sistema jurídico português» (art. 2º)"

O Código Civil de 1966 que entrou em vigor em 1 de junho de 1967, por forca do Decreto-Lei nº 47.344 de 25 de novembro, no continente e ilhas adjacentes em relação à matéria.

2.1. Situação Actual do Costume no Direito Angolano

O Ordenamento jurídico da Angola independente, recebeu, em 1975, o costume no estádio em que o código Civil de 1966 o deixou, ou seja, sem que a ele se fizesse qualquer referencia expressa como fonte, sequer mediata de direito, nem como regra de interpretação de normas jurídicas ou de critério de integração de lacunas da lei[26]. Na aplicação do Código às Províncias Ultramarinas pela Portaria nº 22.869 de 4 de setembro de 1967, foi reafirmada pelo Governo Português, a vigência do Decreto nº 43897 de 6 de setembro de 1961, ou seja, o reconhecimento da vigência do costume como estatuto pessoal.

Mas o Código Civil de 1966 não deixa de fazer referência ao costume, quando no artigo 348º nº1 atribui o ônus da prova a quem invoque direito consuetudinário[27].

A Lei Constitucional de 1975 não lhe faz qualquer referencia e, a Lei Constitucional de 1991, Lei nº12/91 de 6 de maio, tão pouco a ele se refere de forma directa. Com grande esforço interpretativo buscaríamos a sua presença no artigo 15º que refere que o Estado ".... Promove o desenvolvimento .... de uma verdadeira cultura nacional...". Actualmente, o artigo 7º da CRA

[26] VIEIRA CURA, António. "O Costume", p. 260.

[27] VIEIRA CURA, António. "O Costume", p. 260. Que considera não se tratar no caso propriamente do costume enquanto direito, mas do uso ou costume de facto.

estabelece: "É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana".

Temos aqui dois aspectos a considerar nesta disposição legal. Por um lado a Constituição reconhece o costume como válido e com força jurídica. Porém coloca duas limitações a essa validade. a) Não ser contrário à Constituição; b) Não atentar contra a dignidade da pessoa humana". O que significa que, sempre que um costume atente contra a dignidade da pessoa humana, ele não poderá nem ser válido, nem ter força jurídica. O que é que significa "atentar contra a dignidade da pessoa humana".

2.2. Relevância do Costume no Direito Angolano a Constituir

A nova realidade constitucional angolana, trouxe um texto que me parece ter aberto a porta para a aceitação, no ordenamento jurídico angolano, do costume como fonte imediata de direito.

No contexto Angolano, um país Africano que como bem caracterizou Victor Kajibanga e, agora o retomo, não para penetrar na sua dúvida sobre a existência ou não em Angola de um cânone do direito costumeiro, mas para reabrir a necessidade de "trazer um olhar dinâmico sobre a realidade étnica, cultural e jurídica de Angola"[28].

Este olhar permite-me trazer a preocupação fundamental. Com efeito, o Costume, segundo os juristas, e, ainda não estou a tratar o costume jurídico, ou seja aquele já afirmado normativamente, nas áreas jurídicas em que sobre eles já existe consenso dos membros da comunidade e que pela sua reiteração, veio a revelar-se juridicamente vinculante, quanto à regulação de certas relações sociais, porque é o reflexo das concepções sociais que reinam nessa comunidade[29]. Também não me estou a referir àqueles outros domínios jurídicos em que por insuficiência, ou indeterminação das normas existentes se deve recorrer ao direito que é criado pela comunidade.

---

[28] VICTOR KAJIBANGA. "Espaços Sócioculturais", p. 10. Corroboramos a idéia da urgente necessidade de se proceder a uma investigação, estudo, reflexão sobre os costumes dos espaços sócioculturais angolanos.

[29] VIEIRA CURA, António. "O Costume", p. 271.

A minha preocupação é anterior a este momento e, prende-se com a relação entre o Costume e o Direito Penal, sobretudo aqueles que não estão afirmados normativamente, que apenas exprimem o sociológico normal e são reconhecidos como facto[30].

3. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO ESTADO

Um exemplo, melhor permitirá apresentar a minha questão e trazer a dimensão do que pretendo tratar.

Em Angola, vigora, nas comunidades[31] a chamada "Festa da Puberdade", que, nas diferentes regiões etnográficas ou etnológicas recebe uma diferente denominação, mas que no fundo acaba por ser uma manifestação do mesmo tipo. Trata-se de uma cerimônia a qual devem participar todas as jovens do sexo feminino, quando aparece a primeira regra ou menstruação.

A cerimônia consiste na ruptura da membrana do ímen, que, uma vezes é realizada por uma mulher/mulheres, outras vezes por um homem/homens. Trata-se de uma cerimônia de iniciação sexual, preparação para o casamento.

Se em algumas jovens, pelo seu desenvolvimento, as primeiras regras aparecem aos 14 anos de idade, noutras, aparecem aos 11 e até aos 10 anos de idade. A pergunta é: Será que o Estado deverá manter-se afastado, não intervindo, com fundamento em que esse é um costume e, como tal deve ser aceite?

Será que em caso de intervenção, o meio deve ser o Direito Penal, com todo o seu mecanismo, ou serão mais eficazes meios alternativos de resolução social?

Em meu entender, a confirmar-se a existência desse costume, com âmbito nacional, ou com uma dimensão que envolva um âmbito considerável de comunidades, o Estado deverá intervir.

---

[30] CASTANHEIRA NEVES, António. "Fontes ...", pp. 18-19.

[31] Um inquérito antropológico será realizado para determinar com precisão as áreas e o âmbito desse costume e as motivações especificas de cada comunidade ou grupos de comunidades para a sua pratica.

Outro exemplo de outra área do direito. O Direito da família. A questão da sucessão por morte. Há áreas do País em que com a morte do marido, a mulher perde todos os bens, e ainda os filhos. Pela morte do marido, a mulher deve aceitar o irmão mais novo do marido como seu marido. Há zonas na Província do Namibe em que o roubo de gado por jovens adolescentes não é crime. Mas um acto de heroísmo.

3.1 Posição a Adoptar

Chegada a este ponto parece-me poder considerar a necessidade de intervenção do Estado para prevenir a lesão de um bem jurídico, que tem estado a ser posto em perigo pela existência de um costume à primeira vista ameaçador de direitos fundamentais.

Fazer intervir o Estado, significa, do meu ponto de vista, trazer toda uma maquina cuja existência que, por ventura os membros dessas comunidades, nem sequer conhecem da existência, os membros dessas comunidades talvez nem conheçam; ou, se conhecem, a sua acção, diga-se do Estado, não é eficaz, porque afinal aquelas comunidades regem a sua vida por um sistema paralelo de normas – o/os costumes que, acabam por não ser direito no sentido em que o Estado o entende, já que sendo embora a expressão do sociológico, não exprimem um dever ser, nem vêm regulados.

O seu reconhecimento como direito, no entendimento do Estado, teria que derivar de, no seu conteúdo se reconhecer aos costumes "a distanciação normativa" própria do direito em geral, relativamente à realidade social, mediante a assunção de um valor, de um principio regulativo, de um padrão normativo, que essa realidade se dirija numa exigência de dever-ser [já que] o direito só o será se transcender normativamente o facto"[32]. A normatividade decorre de o comportamento assimilar uma intenção de validade normativa em sentido próprio, um transcendente fundamento axiológico que constitua e se justifique com uma exigência de comportamento e um critério de dever-ser[33].

E se o que se pretende em Angola é a Construção de uma Nação, a Nação pressupõe a necessidade de um qualquer elemento aglutinador dos diferen-

[32] CASTANHEIRA NEVES. "Fontes do Direito", p. 20.

[33] CASTAHEIRA NEVES. "Fontes do Direito", p. 20.

tes elementos que a integram. Creio sem receio de errar que, o direito, será um desses elementos e que o Direito Costumeiro será, eventualmente, um ramo a considerar.

Controle da atividade de juízes e promotores de justiça pelo CNJ e CNMP

Manoel Jorge e Silva Neto
Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
Professor-convidado (*visiting-scholar*) da Universidade da Flórida – Levin College of Law (EUA).
Professor-convidado da Université François Rabelais (FRA).
Procurador do Ministério Público do Trabalho na Bahia.
Doutor e mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP.
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.
Ex-presidente da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT).

"O fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração."
Ruy Cirne Lima

Dedico este artigo ao inesquecível, inquieto, combativo e genial JOSÉ JOAQUIM CALMON DE PASSOS.

RESUMO: Este artigo tem o propósito de analisar as limitações à atividade de juízes e promotores de Justiça pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, examinando-as à luz do princípio da legalidade.

PALAVRAS-CHAVES: Constituição. Juízes e promotores de Justiça. Princípio da Legalidade.

ABSTRACT: This article has the proposal of making analyses of the limitations to judges' and public prosecutors' activities by the National Justice Council and by the National Public Prosecution Council concerning such limitations to the legal principle.

KEYWORDS: Constitution. Activity of judges and public prosecutors. Legal Principle.

SUMÁRIO: 1. Questões introdutórias − 2. O poder regulamentar do CNJ e do CNMP. O paradoxo da defesa do controle externo do Poder Judiciário − 3. Atividade do CNJ e do CNMP: atos fiscalizatórios concretos da atuação judicial e ministerial - Limites − 4. A Atividade do CNJ e do CNMP, as resoluções e o Princípio da Legalidade − 5. Conclusão − 6. Referências.

1. QUESTÕES INTRODUTÓRIAS

O signo república expressa muito mais do que se possa imaginar à primeira vista.

Quando a Constituição de 1988, no art. 1º, *caput*, enuncia a expressão República Federativa do Brasil, isso quer significar muito mais do que simplesmente um nome atribuído ao Estado brasileiro.

República é forma de governo amparada em duas ideias indissociáveis: eletividade/provisoriedade dos mandatos e responsabilidade dos agentes públicos.

Etimologicamente, república advém do latim *res publica*, ou coisa pública, que, no Direito Romano se opunha à disciplina promovida às relações de ordem privada, versante consequentemente sobre a *res privata*, ou coisa privada.

Dessa ideia de coisa a todos pertencente, é óbvio que haveria a necessidade de adoção de procedimento democrático, amplo quanto à escolha das pessoas que seriam responsáveis pela gestão da coisa pública.

Logo, eleições destinadas à escolha de gestores da coisa pública são a única alternativa possível dentro de contexto da forma de governo republicana.

E mais: não seria correto admitir meramente a existência de eleições se o povo, destinatário de atos de gestão pública, não pudesse efetivar o confronto entre o prometido e o realizado, ou, ainda, se não lhe fosse dada a opção de exame do comportamento do agente público. Assim, a par da eletividade, o princípio republicano somente se consolida no âmbito de mandatos eletivos e provisórios.

Contudo, mesmo consagrada a forma republicana de governo, nem todos os agentes públicos são eleitos; há aqueles que, pela natureza da atividade,

tornam-se socialmente convenientes, e para os quais é politicamente necessário que o modo de investidura em cargo público se dê distintamente do dos que exercem mandatos eletivos e provisórios.

Com efeito, no Brasil, juízes e membros do Ministério Público têm forma de investidura no cargo por meio de concurso público (art. 37, II/CF), exceção feita aos juízes conciliadores e aos juízes de paz (art. 98, I-II/CF). Portanto, diferentemente do que se sucede nos Estados Unidos, quando os juízes de tribunais populares e promotores de Justiça são eleitos pela comunidade, tais cargos no Brasil só admitem investidura por meio de concurso.

Mesmo certo de que, no sistema judicial ianque, juízes federais não são eleitos, mas sim nomeados pela União, é preciso destacar que a condição de agentes políticos atribuída aos juízes e membros do Ministério Público no Brasil termina consolidando a ideia de autonomia de convicção quanto à realização da própria atividade, sendo esta verdadeiramente a marca indelével que separa os agentes políticos dos administrativos, dos delegados e dos honoríficos, para utilizar a escorreita e didática classificação de Hely Lopes Meirelles (1998, p. 144).

Não obstante, conquanto se possa articular com larga margem de certeza que juízes e membros do Ministério Público são agentes políticos, pois decidem sobre a própria atividade, fazendo-o com liberdade de convicção, cumpre ressalvar que o princípio republicano não os põe a salvo ou libertos de qualquer controle, eis que condicionados à realização do bem comum, submissos ao interesse público e conformada a respectiva atividade às determinações promanadas do sistema constitucional.

Por conseguinte, quando se busca examinar o controle da atividade de juízes e membros do Ministério Público, respectivamente pelo Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, deve-se ter em vista, em primeiro lugar, a imorredoura regra do princípio republicano, e, em segundo lugar, a responsabilidade decorrente do encargo público que se encerra a partir do momento de investidura no cargo.

Cargo=encargo: essa a equação proporcionada pela submissão ao princípio republicano.

Todavia, a responsabilidade decorrente do exercício de cargo de juiz ou promotor de Justiça e o controle da atividade de tais agentes políticos pelo CNJ

e CNMP não são operações incontroversas. Pelo contrário, tanto no que se refere ao exame de providências por atos comissivos ou omissivos praticados individualmente quanto no que concerne à edição de resoluções administrativas pelos órgãos criados pela EC nº 45/04, o fato é que a independência funcional de magistrados e membros do *parquet* faz aparecer nuvens de incerteza sobre os limites que possam ou devam ser legitimamente opostos à atividade desses agentes públicos pelo CNJ e CNMP. É a mesma resposta a ser dada às restrições que possam ou devam ser indicadas à própria atividade de tais Conselhos.

Nessa linha de entendimento, no próximo item serão referidas as normas constitucionais que criaram o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, pois se convertem em balizamento objetivo à iniciativa dos órgãos.

2. O PODER REGULAMENTAR DO CNJ E DO CNMP. O PARADOXO DA DEFESA DO CONTROLE EXTERNO DO PODER JUDICIÁRIO

Observem-se primeiramente as prescrições constitucionais relativas ao Conselho Nacional de Justiça, no art. 103-B da Constituição: "O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução".

Já a previsão constitucional inerente ao CNMP fixa que "o Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução".

Por sua vez, o § 4º do art. 103/CF enuncia que "compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura".

O importantíssimo elenco de atribuições do § 4º do art. 103-B/CF pontua, dentre outras, as seguintes prerrogativas indicativamente dirigidas ao CNJ: i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; ii) zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou

por provocação, a legalidade de atos administrativos; iii) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares; iv) rever, de oficio ou por provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano.

Por simetria, as mesmas competências outorgadas ao CNJ pelo art. 103-B/CF são as dirigidas ao CNMP pelo art. 130-A/CF.

Os incisos do art. 103-B/CF e do art. 130-A/CF consolidam a própria criação do CNJ e do CNMP, que vieram como decorrência de clamor nacional dirigido à constituição de órgão externo ao Poder Judiciário e destinado a examinar atos de juízes que afastassem regras sistêmicas que provêm a todos um processo com duração razoável e com obediência ao *due processo of law*, e de tribunais que eliminassem a fronteira demarcada pelos princípios constitucionais da Administração Pública.

Mas o Brasil é um país estranho, esquisito...

Logo após a EC nº 45/04, comemorada como uma pretensa "Reforma do Poder Judiciário", pois vocacionada, em tese, a abrir aos miseráveis os portais de acesso à Justiça, o CNJ iniciou a edição de diversas resoluções, procedimento repetido pelo CNMP, o que prontamente gerou enorme reação dos mesmos que defenderam o denominado controle externo do Poder Judiciário.

É o que denominamos de paradoxo da defesa do controle externo do Poder Judiciário, consubstanciado no seguinte e insólito comportamento: os mesmos que verberavam, de modo virulento, a favor do indigitado controle, passaram a ser os mesmos, os mesmíssimos a recusarem edição de atos administrativos de caráter normativo pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que se poriam em marcha para observância dos mesmos princípios inspiradores da criação dos Conselhos.

Ou, dizendo de outro modo: defendeu-se o controle externo, *pero no mucho*, porque atos de caráter normativo indispensáveis ao mais comezinho desenvolvimento de atividade ordinária dos Conselhos são impedidos com base na tese segundo a qual só e exclusivamente só atos administrativos concretos poderiam ser emitidos por eles, dificultando sobremaneira a realização de sua atividade.

Algo, no entanto, deve ficar registrado: ali onde reside competência administrativa para edição de ato administrativo concreto e individual, subsistirá coincidentemente a mesma competência para emissão de ato de caráter normativo, diante de hipóteses fáticas idênticas.

E esta é uma questão verdadeiramente crucial para compreender os limites da atividade do CNJ e do CNMP: em que extensão se pode operar validamente a atividade regulamentar?

É o que se tentará responder no próximo item.

3. ATIVIDADE DO CNJ E DO CNMP: ATOS FISCALIZATÓRIOS CONCRETOS DA ATUAÇÃO JUDICIAL E MINISTERIAL - LIMITES

Duas situações devem ser postas para exame da atividade dos Conselhos: i) atuação dos órgãos para solução de casos individuais; ii) atividade dirigida à solução, em tese, de problemas relacionados ao Poder Judiciário e Ministério Público.

Neste item será estudado apenas o primeiro caso.

Note-se, no particular, que o § 4º do art. 103-B e o § 2º do art. 103-A salientam que os Conselhos têm competência para julgar o cumprimento de deveres funcionais pelos magistrados e membros do Ministério Público.

E, aqui, é absolutamente necessário conhecer a atividade do Poder Judiciário e do Ministério Público, pena de exercício desarrazoado da atuação fiscalizatória dos Conselhos.

Como foi destacado no título deste item, diante da dualidade de atuação do CNJ e do CNMP, dirigida à prática de atos fiscalizatórios individuais e concretos e também por meio de atos de caráter normativo, é importante pesquisar os limites que devam ser legitimamente impostos à atividade dos Conselhos para a consecução de seu poder sancionatório.

Com evidência, se, mesmo no Direito privado, a palavra administração designa o que não é senhor absoluto, o que não e proprietário (CIRNE LIMA, 1982, p. 20), no altiplano do Direito público mais e mais e vê reforçada, a

cada dia e de modo cada vez mais crescente, a compostura indisponível dos interesses geridos pelo administrador público.

Daí resulta o dever funcional de agir em prol da preservação dos interesses da coletividade.

Dever funcional é espécie do gênero dever jurídico.

O dever jurídico, de contraparte, é invariável e sistematicamente posto de forma objetiva, devendo-se abstrair toda e qualquer sorte de ambiguidade, seja no tocante ao conteúdo material do dever, seja com relação à pessoa obrigada ao seu cumprimento.

Se o magistrado excede injustificadamente os prazos previstos na Lei Orgânica para prolatar decisão final no processo, temos aí hipótese objetiva de infração de dever funcional, cabendo ao CNJ examinar a situação e impor as penalidades cabíveis.

Assim também se afirme com relação à prática de atos tumultuários da relação jurídica processual. Ainda que se saiba que o magistrado, ao se conduzir dessa forma, torna possível o recurso da parte prejudicada à reclamação correicional – expediente voltado à cassação do ato e à responsabilização do juiz no caso concreto –, a hipótese igualmente determina o encaminhamento da solução ao CNJ, se a parte prejudicada resolver provocá-lo em virtude de descumprimento de dever funcional.

E, por outro lado, em tema de responsabilização de membros do Ministério Público, não se poderá, p. ex., comparar circunstância em que a denúncia que inicia o processo penal deixa de ser oferecida após determinação nesse sentido feita pelo respectivo Conselho Superior.

Na primeira circunstância temos a inequívoca expressão da independência funcional; na segunda situação, depara-se com iniludível descumprimento de dever funcional, visto que o promotor não pode, no caso, atuar de acordo com a própria liberdade de convicção, fazendo-o estritamente por força de delegação administrativa, em virtude de ordem promanada da instituição pela boca de um específico órgão: o Conselho Superior.

O dever funcional de agir do promotor apresenta particularidades merecedoras de análise mais circunstanciada.

Se o promotor conclui não ser hipótese de propositura de ação civil pública, após devidamente consumada investigação em sede de inquérito civil ou mesmo procedimento preparatório, parece claro não haver algum espaço para responsabilização do agente político, simplesmente porque não houve descumprimento de dever funcional de qualquer espécie.

Se, no entanto, articulada a denúncia, o membro do Ministério Público instaurou inquérito e nada mais realizou em termos de investigação, já aqui houve descumprimento de dever funcional, quer porque inerte quanto a providências a reclamarem a atividade ministerial em face de interesse legitimador à instauração de inquérito, quer porque, ainda que não ocorrida a transgressão denunciada, não chegou sequer a analisar a viabilidade quanto à atuação do órgão.

Então, pondo-se minimamente a sério o problema, é necessário reconhecer que a responsabilidade do promotor não está atrelada a uma investigação viável, isto é, a uma investigação que leve inexoravelmente à adoção de medidas judiciais. A responsabilização está presa unicamente ao dever funcional de investigar, não sendo relevante que o inquérito ou o procedimento preparatório sejam conclusivos a respeito da ocorrência de lesão a interesse transindividual.

Se o promotor entende não ser o caso nem de se iniciar investigação, tem o dever funcional de indeferir o pedido de instauração de inquérito civil público tão logo distribuído o procedimento prévio.

E é assim porque, se, de um lado, há dever, de outro, por simetria e de forma inquestionável, há direito.

Explique-se: o indivíduo que reclama providências do *parquet* em face de outrem não é o único que tem direito a uma resposta; aquele contra o qual a atividade do MP é reclamada igualmente se põe em condições objetivas de exigir que a investigação se dê em tempo razoável, ou mesmo não se dê investigação alguma, como nas hipóteses de denúncias absolutamente improcedentes.

Se bem que instauração de inquérito não possa conduzir incontinente à propositura de medidas judiciais, a mera e simples posição de indiciado constitui agravo a direito da personalidade, como é o caso da honra, objetiva e subjetiva, e da imagem-atributo, ou imagem social da pessoa.

4. A ATIVIDADE DO CNJ E DO CNMP, AS RESOLUÇÕES E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Dentro da dualidade característica da atuação dos Conselhos, já se pontuou que o CNJ e o CNMP não prescindem de atos administrativos de caráter normativo para viabilizar o desenvolvimento da própria atividade.

Esses atos de caráter normativo são as resoluções.

São atos que podem ser tipificados como lei em sentido material, isto é, "ato jurídico emanado do Estado com o caráter de norma geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva" (SEABRA FAGUNDES, 1957, pp. 33/34).

Como foi destacado no título deste item, é importante pesquisar os limites que devem ser legitimamente impostos à atividade dos Conselhos, especialmente à luz do princípio da legalidade.

Sim, porque não se poderá alcançar segurança jurídica no que atina à atividade dos Conselhos se não se dispuser a exame circunstanciado do princípio da legalidade e sua capacidade para conformar a edição de atos de caráter normativo de órgãos administrativos.

O princípio da legalidade, também chamado de princípio da liberdade de ação, ou ainda de princípio da liberdade-matriz, encerra-se na norma geral inclusiva, apta a permitir ao indivíduo que realize toda e qualquer conduta não expressamente proibida pelo sistema do Direito positivo, pelo sistema do enunciado de normas jurídicas postas pelo legislador.

Esta a extensão do princípio da legalidade no campo das relações privadas: só se legitimamente proíbe comportamento da pessoa quando lei em sentido material e formal preveja explicitamente a proibição. Inequivocamente, a base sobre a qual deverá assentar a proibição deve ser sempre lei em sentido material e formal, vale dizer, enunciado normativo, logo com caráter genérico e abstrato, expedido pela autoridade competente e de acordo com o procedimento constitucionalmente regrado.

E por quê?

Tão simples e claro assim como um belo dia de sol de verão em Salvador: se condicionamentos à atividade do particular pudessem ser opostos por qual-

quer ato de caráter normativo (instruções, portarias, resoluções *et caterva*), seria aberta a porta, larga e insidiosa, para a mera e simples supressão de toda liberdade, porque não só o Parlamento, mas também órgãos administrativos, estariam legitimados à construção de enunciados limitativos do comportamento individual.

É conhecida, no entanto, a ideia a respeito da qual se busca defender traço distintivo entre o princípio da legalidade no contexto das relações entre particulares e no âmbito da Administração Pública: o particular pode fazer tudo o que a lei não proíba expressamente; o administrador só pode fazer aquilo que a lei expressamente permita.

E esse é um balizamento objetivo a conferir grande margem de segurança a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público quando desenvolvem atividade administrativa. Noutros termos: o princípio da legalidade resplandece com grande luminosidade em sede de práticas de atos administrativos para permitir a ação exclusivamente quando lei em sentido material e formal vier a admiti-la.

Se órgãos administrativos do Poder Judiciário e do MP desbordarem os limites fixados adrede por enunciado normativo, impõe-se a atuação do CNJ e do CNMP, que, por interessante que pareça ser, também se ajusta ao princípio da legalidade. Tanto o fiscal como o fiscalizado estão incondicionalmente submetidos ao princípio da legalidade. Um para não fazer do poder regulamentar depósito de transgressões ao postulado da legalidade; o outro para não editar atos que não estejam estrita e absolutamente conformes ao postulado.

Por isso que discorrer sobre o princípio da legalidade e a atividade do CNJ e do CNMP é fundamentalmente discorrer sobre os limites do poder regulamentar dos Conselhos, exercitável, como se sabe, por meio de resoluções (art. 103-B, § 4º, I/CF e art. 130-A, § 2º, I/CF).

E embora seja certo e coerente dizer que não seguiremos, aqui, o paradoxo da defesa do controle externo do Poder Judiciário, não poderemos, de contraparte, afirmar que os Conselhos podem tudo em termos de regulamentação da atividade no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público, pois que, ofuscantemente, subsiste um conteúdo, um núcleo material não passível de disciplina por meio dos atos regulamentares autorizados aos Conselhos pela Constituição.

E qual seria esse "núcleo material"?

Ora, simples e precisamente aquele que a Constituição refere como tal.

Colha-se, como exemplo, o comando enunciado no art. 93, *caput*, da Constituição: "Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios".

Atente-se: "lei complementar". Observe-se: "lei complementar". Registre-se: "lei complementar".

Quando a norma constitucional, nos domínios do art. 93 e seus importantíssimos incisos, opta declaradamente pela disciplina dos temas ali tratados por meio de lei em sentido material e formal, no caso a lei complementar, é óbvio que somente o veículo normativo sufragado pela Constituição pode ter a propriedade de regulamentá-los. E esse é um dos balizamentos objetivos propostos pelo sistema constitucional.

Então ocorre o seguinte: se, por exemplo, o inciso I do art. 93/CF exige, no mínimo, três anos de atividade jurídica para ingresso na carreira do Poder Judiciário na condição de juiz substituto, nenhuma outra norma supera ou pode superar o condicionamento posto pela Constituição: atividade jurídica é conceito a ser legislativamente conformado.

Deveras, não fosse clara a determinação constitucional quanto ao tema "atividade jurídica" vir a ser objeto de disciplina pelo Parlamento por força da interpretação exegética do art. 93, *caput*/CF, combinado com o inc. I, a própria compostura do princípio da legalidade tornaria, *per se et se*, incompatível o tratamento do tema em sede de resolução administrativa, tal como empreendeu o CNJ na Resolução nº 11.

Com efeito, observe-se a redação do art. 2º, da Resolução nº 11, de 31 de janeiro de 2006:

> Considera-se atividade jurídica aquela exercida com exclusividade por bacharel em Direito, bem como o exercício de cargos, empregos ou funções, inclusive de magistério superior, que exija a realização preponderante de conhecimento jurídico, vedada a contagem do

> estágio acadêmico ou qualquer outra atividade anterior à colação de grau.

Não é apenas porque o art. 93, *caput* e inc. I/CF demonstrem literalmente que a disciplina sobre o que é "atividade jurídica" deva merecer resposta de órgão legislativo, no caso o Congresso Nacional, que se deve reverenciar a tese. É sobretudo porque, se não nos pusermos em linha de afinidade com o princípio da reserva de lei para impedir que o CNJ defina o que é "atividade jurídica" por meio de ato regulamentar, estamos, de verdade, abdicando do princípio republicano e do Estado Democrático e de Direito, declarados com pompa e circunstância no art. 1º, *caput*, da Constituição.

Outro exemplo de ato regulamentar do Conselho Nacional de Justiça que desbordou, *data venia*, a competência outorgada constitucionalmente foi a Resolução nº 48, de 18 de dezembro de 2007, cujo art. 1º tem a seguinte redação: "Determinar aos Tribunais que passem a exigir, como requisito para provimento do cargo de Oficial de Justiça, a conclusão de curso superior, preferencialmente em Direito".

Ora, é evidente que a restrição firmada pelo ato regulamentar descamba para a pura e simples incompatibilidade vertical com a Constituição, mais ainda porque a exigência de conclusão de curso superior, preferencialmente em Direito, como esclarecido no enunciado, configura qualificação profissional, sendo que, no particular, o art. 5º, XIII/CF, assegura que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Trata-se, indisputavelmente, de norma com eficácia relativa restringível (DINIZ, 1992, p. 98), cuja característica maior é produzir imediatamente os efeitos que lhe são próprios, podendo, no entanto, ter a sua amplitude encurtada por obra do legislador ou do julgador, como se opera com o direito individual à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI/CF).

Logo, se a liberdade de ação profissional, em termos de fixação de qualificações profissionais, somente admite contenção promanada de lei em sentido material e formal, não há espaço para a desenvoltura legislativa do CNJ ao limitar o acesso a cargo de Oficial de Justiça àqueles que possuam diploma de curso superior, posto que a disciplina demandava e demanda edição de lei pelos que foram eleitos para, em nome da coletividade, restringir liberdades em proveito dela própria – a coletividade.

Fora daí é se distanciar da terra segura do princípio democrático e se lançar, deliberadamente – o que é pior –, no tempestuoso mar do arbítrio e do voluntarismo político que tantos males têm causado à civilização brasileira.

E quanto mais nos distanciamos do princípio democrático, mais e mais ofendemos o princípio da legalidade, posto que, concebido originariamente para substituir o governo dos homens pelo governo das leis, o crescente garroteamento do Congresso Nacional pelo STF e, por tabela, pelo CNJ e CNMP, quando da edição de resoluções, termina convertendo-se em perigosíssimo precedente de abalo à democracia formalmente reinstalada no Brasil a 5 de outubro de 1988.

Sabemos que o nosso país não tem cultura democrática, o que torna o nosso povo cético quanto às instituições forjadas pela democracia, como é o caso do Congresso Nacional. Cultura democrática de que nos ressentimos tanto quanto a ausência de cultura constitucional.

Se, no desassossegado correr histórico desta nação, experimentamos formalmente a democracia tão só de 1891 a 1937, de 1946 a 1964 e de 1988 em diante, temos, no placar da democracia *versus* tirania, uma goleada dos sistemas despóticos de governar, ao menos se contabilizados os anos de vivência democrática: democracia, 84; tirania, 424.

Isso enseja reflexos que não necessariamente condizem com suposto ou eventual retorno ao regime militar ou instalação de ditadura no âmbito dos cargos do Poder Executivo; há outras formas de expressão de cultura antidemocrática, como se dá com o modo de criação do Direito. Repisamos o exemplo da Res. nº 11 e a disciplina da atividade jurídica, porque a hipótese é emblemática.

A Constituição de 1988, fazendo ressurgir o princípio democrático, também tratou de fazer com que o acesso aos cargos públicos se operasse democraticamente, enfatizando que a investidura em cargo ou emprego público se dará por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II/CF).

Com isso, após a Constituição de 1988, o que há, verdadeiramente, é o aparecimento de um direito materialmente fundamental, que é o direito fundamental de acesso aos cargos e empregos públicos, cuja atividade regulamentar dos Conselhos jamais poderia chegar ao limite de definir o que é

"atividade jurídica", porque a definição representou limitação ao indigitado direito fundamental.

Nesse passo, o que se pretende apontar é o que já foi remarcado linhas atrás: "atividade jurídica" é conceito legislativamente – e só legislativamente – definível, seja porque "limite ineliminável à interpretação constitucional" é o próprio texto escrito da Constituição (KONRAD HESSE, 1992, p. 52), impedindo-se que o procedimento interpretativo seja responsável por mutação inconstitucional, seja ainda como natural ilação decorrente da compostura fundamental do direito atingido com a regulamentação consumada pelos Conselhos e atinente ao que poderia propriamente ser compreendido como "atividade jurídica".

Por conseguinte, não apenas "atividade jurídica", mas todos os outros conceitos que devam ser legislativamente conformados (porque a Constituição assim impõe) são dependentes de atividade do legislador, pena de a liberdade individual, consolidada na imorredoura regra da liberdade de ação (art. 5º, II/CF), se transformar em mero e simples figura de retórica, para uso em exposições em congressos e seminários de direito constitucional, esquecendo-se delas tão logo deixamos aqueles bem decorados e refrigerados auditórios.

Liberdade é sentimento atávico à condição de ser humano.

Expressa genialmente – como de costume – Calmon de Passos (1999, p. 12):

> O homem não é uma criatura que pode querer, ele é, antes de tudo, uma criatura que precisa querer. Ser livre é estar vivo como homem, pois sem a liberdade a criatura humana apenas pode sobreviver como animal, mutilado em sua humanidade e desprovido da força e da segurança do animal, que se apóiam na sabedoria inconsciente dos institutos.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível alcançar as seguintes conclusões:

República é forma de governo amparada em duas ideias indissociáveis: eletividade/provisoriedade dos mandatos e responsabilidade dos agentes públicos;

O importantíssimo elenco de atribuições do § 4º do art. 103-B/CF e do § 2º do art. 130-A/CF pontuam, dentre outras, as seguintes prerrogativas indicativamente dirigidas ao CNJ e ao CNMP: i) zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; ii) zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou por provocação, a legalidade de atos administrativos; iii) receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares; iv) rever, de oficio ou por provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

Em virtude das atribuições fixadas aos Conselhos pela Constituição, há dualidade de atuação fiscalizatória: i) atuação dos órgãos para solução de casos individuais; ii) atividade dirigida à solução, em tese, de problemas relacionados ao Poder Judiciário e Ministério Público, o que consumam por meio das resoluções administrativas;

Existe núcleo material que funciona como balizamento objetivo à atividade dos Conselhos, que, por sua vez, deve incondicionada reverência ao princípio da legalidade: é o conteúdo ressalvado pela Constituição à reserva de lei, como ocorre, exemplificativamente, com a definição do que venha a ser "atividade jurídica", ou com a possível restrição à liberdade profissional, sem embargo, respectivamente, da redação das Resoluções nº 11 e 48 do CNJ;

Avançar o limite constitucionalmente atribuído aos Conselhos é, de fato, recusar o princípio democrático e retroalimentar nossa ausência de cultura democrática e de cultura constitucional.

Salvador, dezembro de 2008.

6. REFERÊNCIAS

CALMON DE PASSOS, J. J. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1999.

CIRNE LIMA, R. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 1982.

HESSE, K. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SEABRA FAGUNDES, M. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário.** 3. ed. Rio de Janeiro: Edição Revista Forense, 1957.

SILVA NETO, M. J. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2010.

Prisão em flagrante: uma comunicação ou duas? Reforma do Processo Penal, juiz de garantias e seus efeitos perversos: estudo de caso

Marco Aurélio Dutra Aydos
Procurador da República.

RESUMO: Neste artigo, o autor discute duas interpretações possíveis para o art. 5º, XII, da Constituição, que trata da comunicação de prisão em flagrante à família do preso e à autoridade judicial competente. A dúvida em relação à expressão "imediata", no que concerne à comunicação à autoridade, pode ser considerada superada com a Lei nº 11.449/2007, que deu nova redação ao artigo 306 do CPP. Curiosamente, porém, o Anteprojeto de Reforma do CPP, apresentado por comissão que se autodenominou "garantista", retoma interpretação ingênua, anterior a essa lei, e passa a exigir duas comunicações de prisão em flagrante. Assim fazendo, banaliza a Constituição, pois suas garantias, interpretadas superficialmente, tornam-se formalidades insensatas.

PALAVRAS-CHAVES: Prisão. Flagrante. Comunicação. Direito. Garantia. Reforma. Processo. Penal.

ABSTRACT: In this article, the writer debates two possible interpretations for art. 5th, XII, of the Federal Constitution, that refers to the communication of arrest in the act to the family of the prisioner and to the judicial competent authority. The doubt about the expression "immediate", in respect to the communication to the authority, can be considered surpassed to the Law 11.449/2007, wich rewrote the article 306 of the Code of Criminal Procedure. Curiously, however, the bill that reforms the current Code of Criminal Procedure, that was presented by the Comission that called itself "garantista", retakes ingenue interpretation, before the Law 11.449/2007, and starts to demand two communications of arrest in the act. Acting through this pattern, the bill vulgarizes the Federal Constitution, because of its constitutional guarantees, interpretated superficially, become foolish formalities.

KEYWORDS: Arrest. Flagrant. Communication. Right. Guarantee. Reform. Proceedings. Criminal.

SUMÁRIO: 1.Introdução do tema − 2. Interpretação superficial da norma do art. 5º, XII, da Constituição − 3. Interpretação gramatical − 4. Interpretação lógica − 5. A comunicação de prisão como direito e como garantia − 6. Apreensão física do suspeito de flagrante delito e prisão em flagrante − 7. O caso de suspeita infundada − 8. Condução/prisão em flagrante: o caso dos crimes de pequeno potencial − 9. A comunicação de prisão como garantia − 10. Interpretação histórica do art. 306 do Código de Processo Penal em sua redação atual (Lei nº 11.449/2007) − 11. A voz da doutrina − 12. Conclusão − 13. Referências.

1. INTRODUÇÃO DO TEMA

Em estudo mais abrangente, compreendemos o anteprojeto garantista de reforma do Código de Processo Penal como proposta de *realpolitik* que busca não resolver problemas reais de processo, mas estabelecer um código de disciplina da magistratura (publicado no *blog* marcoaydos.wordpress.com, dias 15/16 de novembro/2010). Nesta comunicação, discuto a adoção pela reforma da pior dentre duas interpretações possíveis para a norma constitucional do art. 5º, XII, que previu como direito e garantia constitucional que "a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada".

2. INTERPRETAÇÃO SUPERFICIAL DA NORMA DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO

Logo após a vigência da Constituição de 1988, o comando foi interpretado de modo superficial, como se vê, por exemplo, no *habeas corpus* 90.02.24854-7-RJ/TRF2, em que se lê que "a ação da autoridade é concomitante: ao efetuar a prisão no momento mesmo do 'apoderamento da pessoa física', deve ela comunicar o fato ao Juiz. Não há dubiedade nem dificuldade alguma para que seja cumprida a garantia consagrada na Constituição". Esse entendimento parece sedutor, pois aparentemente daria máxima eficácia ao mandamento constitucional. O juiz das garantias em tese estaria lá onde é necessário, desde o início, para coibir abusos. Mas exame mais detido da norma constitucional e das realidades de fato envolvidas no instituto da prisão em flagrante conduz à conclusão de que essa interpretação não apenas não é correta, como também não é socialmente desejável, porque torna a norma constitucional uma formalidade frívola e causa tumulto, em desfavor do "sentimento de Constituição" − para usar expressão da teoria constitucional de Ayres Britto − que deve acompanhar a normalização dos direitos e garantias constitucionais.

Para fundamentar melhor interpretação dessa norma, adotam-se da hermenêutica tradicional os critérios de interpretação gramatical e lógica, compreendendo nesse termo juízos de natureza e finalidade da norma, coadjuvados pela interpretação histórica da nova redação do art. 306 do CPP.

3. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL

Segundo o precedente citado, "imediato" significa "concomitante". Mas se formos ao dicionário, encontraremos o primeiro problema. Imediato não é ao mesmo tempo, é depois de algo. Uma segunda mácula apontada pela interpretação gramatical é o aparente esquecimento de um dos termos da norma: deve-se comunicar não só a prisão, mas o "lugar" onde se encontra o preso. O lugar onde o preso se encontra "preso", não o lugar onde foi "apoderado fisicamente" ou recebeu voz de prisão. Essa interpretação não passa no primeiro teste, elementar, de hermenêutica.

4. INTERPRETAÇÃO LÓGICA

A Constituição estabelece como garantia do cidadão (civil) só poder ser preso em duas hipóteses: ordem escrita e fundamentada de autoridade judicial competente ou em flagrante delito. E a Constituição disciplina em caráter abstrato direitos do preso e garantias de legalidade da prisão em flagrante. Mas não disciplina concretamente tempo, modo e atores concretos que serão destinatários de seus comandos na execução de direitos e garantias, o que é normalmente disciplinado em lei ordinária. Como a Constituição não se impõe no tempo sobre vácuo legislativo, a primeira questão a definir é se o instituto da prisão em flagrante, estruturado na lei ordinária, foi recepcionado pela Constituição; em caso positivo, se foi recepcionado integral ou parcialmente. Penso que a recepção foi integral. Até hoje não vi ninguém alegar o contrário, e o que não é discutido, em Direito, é admitido por consenso.

Em seu desenho legal, a prisão em flagrante é conduta comandada ao policial e facultada a qualquer cidadão. A interpretação registrada no precedente invocado diz: "A ação da autoridade é concomitante: ao efetuar a prisão no momento mesmo do 'apoderamento da pessoa física', deve ela comunicar o fato ao Juiz". Essa interpretação é também reprovada pelo exame lógico de confronto com o instituto da prisão em flagrante, porque esqueceu que não é apenas autoridade quem prende em flagrante. Aqui se compreende por que esqueceu o termo "lugar" na norma constitucional. Não é dever prescrito

pela Constituição informar ao juiz, por meio informal como telefone, fax ou simples ofício, o local onde alguém recebeu voz de prisão em flagrante, porque nessa comunicação o comunicante não saberia dizer, ainda, o lugar de recolhimento do preso. Até agora, não é possível ler na Constituição que exista o dever de fazer duas comunicações de prisão ao juiz competente. Para prosseguir, podemos formular três perguntas, que relacionam entre si as expressões empregadas na norma:

1. A quem compete comunicar a prisão?

2. Em que momento alguém está tecnicamente "preso em flagrante"?

3. Quanto tempo é "imediatamente"?

Para responder, convém antes atentar para o fato de que o inciso LXII do art. 5º conjuga duas normas, o que orienta alguns rumos da interpretação teleológica (finalidade). Comunicar é dar notícia de algo a alguém. Nessa norma, tanto o algo (prisão, o que é prisão em flagrante, quando alguém está tecnicamente preso em flagrante?) como um alguém (que juiz é competente?) são problemáticos. A tese adotada no precedente de 1990 do TRF2, segundo a qual "não há dubiedade nem dificuldade alguma para que seja cumprida a garantia consagrada na Constituição", não corresponde à realidade sociológica. Mas mesmo em face de alguma dificuldade, também não é sociologicamente correto que a Constituição tenha sido socialmente ignorada por mais de 20 anos e só agora uma interpretação correta poria ordem ao caos. Para os dois destinatários da comunicação (família do preso e juiz competente), é até possível que o termo "imediatamente" tenha conotações distintas.

A mesma norma dispõe sobre um "direito" e uma "garantia". A comunicação à família é um direito do preso. A comunicação ao juiz competente é garantia de controle de legalidade da prisão.

5. A COMUNICAÇÃO DE PRISÃO COMO DIREITO E COMO GARANTIA

Para assegurar o direito, a comunicação à família deve ser feita imediatamente à prisão, mas não imediatamente à apreensão física. Porque a família do preso deve receber a notícia de dois fatos − o segundo é o lugar onde está

recolhido. Por natureza, a expressão imediatamente aqui significa um tempo que é mais imediato que a comunicação ao juiz. Se meu filho for preso, eu vou querer deslocar-me imediatamente, seja que hora for do dia ou da noite, de onde estiver, para o local onde ele está. Do juiz competente não se espera que se desloque à delegacia para verificar pessoalmente se, depois de receber voz de prisão, a pessoa conduzida deverá, ou não, ser presa em flagrante. A finalidade da comunicação ao juiz é de natureza distinta, porque o juiz fará "controle" de legalidade. Controle de legalidade do que já se realizou. A comunicação ao juiz competente também será "imediata", mas não se faz nem naquele primeiro momento de apreensão física do preso, nem no mesmo momento em que se deve dar a comunicação à família.

6. APREENSÃO FÍSICA DO SUSPEITO DE FLAGRANTE DELITO E PRISÃO EM FLAGRANTE

Prender alguém em flagrante é dever do policial e faculdade do cidadão. Seria absurdo que a lei concedesse a qualquer do povo direito que não tem condições de exercer. Discernir quem será o destinatário correto da comunicação, para o fim de controle de legalidade da prisão não é, por natureza, ônus ou tarefa do cidadão que exercita a faculdade de prender alguém em flagrante. Para resolver contradição aparente entre o direito de exercer algo e a falta de capacidade para fazê-lo, a solução é 1) conceber que a lei presumiu de todo cidadão razoável conhecimento da lei penal, porque o crime tipificado em lei deve corresponder a um consenso social de que o fato é uma transgressão penal; 2) mas não se deve imaginar que a lei defira ao cidadão direitos que não pode exercer, e parece razoável que nem a Constituição nem a lei exigirão do cidadão comum conhecimento e acompanhamento da interpretação dos tribunais acerca de regras técnicas de competência; 3) logo, a lei confere, ou deve conferir, a alguém tecnicamente habilitado o dever constitucional de comunicar a prisão ao juiz competente, porque é uma questão técnica e porque a lei já confere a alguém qualificado resolver outras questões técnicas envolvendo a tipicidade do fato e a situação de flagrância. Tanto o policial quanto o cidadão comum, assim, podem conduzir alguém – legalmente – em situação suspeita de flagrante delito, e essa situação ser verificada de pronto, pela autoridade que recebe o preso, como "infundada". Por isso, quem deve fazer a comunicação da prisão ao juiz competente não é nem o particular, nem o policial militar, nem o policial rodoviário, nem o auditor fiscal, mesmo que todos possam realizar a apreensão física de alguém em condição suspeita de flagrante delito. Compete a funcionário qualificado decidir se, no caso, "se imporá" prisão em flagrante. É normal que alguém

possa ser conduzido, de boa fé, e o fato não ser criminoso ou já não haver situação de flagrância. Essa deliberação não tem nada que ver com a opção do delegado de polícia de investigar o fato em inquérito e liberar o conduzido, se, após o seu interrogatório, resultar "infundada a suspeita", situação que a doutrina chama (talvez impropriamente, pois só o juiz pode "relaxar" o flagrante se a prisão tiver sido ilegal) de "relaxamento do flagrante pela autoridade policial" (NUCCI, 2008, p. 605). Por confundir as duas situações, o comentarista encontra má-formulação no § 1º do art. 304, por não ser "crível que a autoridade policial comece, formalmente, a lavratura do auto de prisão em flagrante, sem certificar-se, antes, pela narrativa oral do condutor, das testemunhas presentes e até mesmo do preso, de que houve, realmente, flagrante de um fato típico" (Id. ibid. p. 605).

7. EM CASO DE SUSPEITA INFUNDADA...

Aqui é oportuno um parêntesis. Que caso excepcional autoriza o delegado a não formalizar um flagrante e deixar o conduzido livrar-se solto para ser investigado em inquérito? Evidentemente não é boa a inovação do anteprojeto garantista, que permite à autoridade policial deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante se convencida de situação excludente de ilicitude (por ex., legítima defesa), como disposto em seu § 6º do art. 540. A fórmula "resultando fundada a suspeita" não deve ser tão má, tanto que foi repetida no anteprojeto. Parece-me que Nucci (2008, p. 605) andou bem em dizer que a hipótese se restringe a dúvida séria quanto à autoria. Só que a dúvida deve ser muito forte e aparecer no curso da formalização do auto, sem que a autoridade julgue a prova. Um exemplo pode esclarecer. Não conheço nenhum caso, preciso inventar: imagine-se que alguém foi preso em flagrante de furto logo após perseguição; imagine-se que, na perseguição, por alguns minutos, se tenha perdido o rastro do autor, para ser encontrado em seguida. Imagine-se que tenha sido conduzido e identificado pelas testemunhas do flagrante. Estaria tudo pronto para o auto de prisão... Imagine-se, porém, que o autor do furto tem um irmão gêmeo idêntico e que, ao ser interrogado, esse irmão diga que não foi ele que furtou, mas seu irmão, que se encontra em determinado lugar, à disposição de quem o quiser perseguir, e inclusive com a *res furtiva* em sua posse. Imagine-se que prove a situação de fato de existir seu irmão gêmeo com o RG de ambos, e que tenha sido identificado o homem errado. Parece-me que seria um caso do chamado impropriamente "relaxamento" pela autoridade policial. Mas o objetivo aqui é apenas distinguir condução em flagrante do suspeito e prisão em flagrante. Outra situação em que alguém pode ser apreendido coercitivamente e levado à presença de

autoridade sem que exista prisão em flagrante ocorrerá se o flagrante disser respeito a crime de menor potencial ofensivo.

8. CONDUÇÃO EM FLAGRANTE E PRISÃO EM FLAGRANTE – O CASO DOS CRIMES DE PEQUENO POTENCIAL

Logo que surgiu a Lei nº 9.099/1995, havia dúvida sobre a possibilidade de apreender "fisicamente" alguém em situação de flagrância de delito de menor potencial para condução coercitiva à presença da autoridade. A melhor inteligência, e razoabilidade, porém, do dispositivo, consolidou-se no sentido de que alguém nessa situação pode receber "voz de prisão" em situação de flagrância e ser "fisicamente apreendido" pela autoridade ou qualquer do povo e conduzido à presença de autoridade; após deliberação inicial sobre tipicidade de crime de menor potencial e flagrância, e resultando fundada aquela suspeita, só não se imporá prisão em flagrante se o autor do fato dirigir-se imediatamente ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995).

Pode ocorrer que alguém seja apreendido e conduzido em flagrante e conduzido à autoridade sem jamais ter sido preso, de modo que não haverá comunicação alguma, nem à família, nem ao juiz competente. Tampouco se poderá cogitar que aquela apreensão tenha sido inconstitucional, ilegal ou "em segredo", à revelia do Judiciário. Sem indício de dolo do condutor, não haverá ilegalidade a controlar judicialmente.

Na interpretação do art. 5º, LXII, como "direito", assim, responde-se às três perguntas formuladas acima que:

> 1) compete à autoridade policial fazer ou permitir que seja feita notícia à família de que alguém foi preso e do local onde se encontra;
>
> 2) a partir do instante em que, em deliberação inicial e informal da situação, o delegado de polícia entender que nesse caso "se imporá prisão em flagrante";
>
> 3) imediatamente, isto é, em seguida a essa deliberação, assim como será razoável aguardar-se, caso se confirme que haverá assistência familiar e/ou de advogado constituído, pela efeti-

va assistência, sem descuidar do fato de que o tempo já está contando no relógio para que, após formalizado o flagrante, a comunicação de prisão seja encaminhada tempestivamente ao juiz competente.

9. A COMUNICAÇÃO DE PRISÃO COMO GARANTIA

Firmada convicção, pelo delegado, de que a situação é de flagrante delito de crime que não é de menor potencial ofensivo, este comunicará ou mandará comunicar o fato à família, se o preso quiser (o direito é disponível). Aqui a prisão já é prisão, para que se assegure ao preso o direito do art. 5º, LXII, mas pode não ser prisão ainda, para que se exerça o dever funcional correspondente à garantia prevista nesse mesmo dispositivo. Pois ainda pode resultar infundada a suspeita contra o conduzido (situação disciplinada pelo art. 304, § 1º, do CPP), e não haverá auto de prisão em flagrante. A comunicação à família, assim, antecede, por natureza, a comunicação ao juízo competente. Porque o juiz competente exerce controle de legalidade da prisão, evidentemente depois que alguém habilitado, a quem a lei incumbir tal dever, diga que aquela é uma situação de prisão em flagrante e que se imporá prisão em flagrante. Nem a lei, nem a Constituição impuseram ao juiz o dever funcional de deslocar-se até a presença do preso (ao contrário do que ocorre, por natureza, com a família), assim como não cabe ao juiz funcionar como se fosse delegado. Por natureza, não seria conveniente que a comunicação da prisão em flagrante ao juiz competente fosse realizada de modo informal, por telefone, fax ou simples ofício. Mesmo que receba um comunicado desses, o "juiz competente", diversamente do que ocorre com o pai do conduzido, provavelmente não se deslocará até a prisão para ver pessoalmente o preso. A comunicação informal parece forma de burlar a finalidade da garantia constitucional, pois, pela notícia de que alguém está preso em determinado lugar, não se possibilita ao juiz competente exercer controle de legalidade da prisão. Como a comunicação não se faz desde a apreensão física, nem desde o lugar da "voz de prisão", não há lugar para a dupla comunicação. Haverá uma só, e tudo recomenda que seja feita com todos os elementos de convicção apurados, que possibilitem ao juiz compreender a situação de fato e relaxar o flagrante se concluir pela ilegalidade. Respondendo às três perguntas formuladas:

1. À autoridade policial responsável pela formalização do flagrante compete comunicar a prisão em flagrante ao juiz competente.

> 2. A pessoa recebida pela autoridade policial em situação de suspeita de flagrante delito estará presa em flagrante para os fins dessa garantia constitucional, depois que se ultrapassar aquele primeiro juízo de deliberação sobre impor-se ou não se impor prisão em flagrante, depois de ouvido o condutor e testemunhas e interrogado o conduzido; enfim, depois de formalizada a prisão em flagrante em auto de prisão.
>
> 3. A comunicação ao juiz competente será feita no prazo de tempo mais ligeiro possível. Quanto pode demorar esse tempo? Precisamos nos socorrer da interpretação histórica da lei ordinária.

10. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA DO ART. 306 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM SUA REDAÇÃO ATUAL

Quanto tempo pode durar a expressão "imediatamente", para exercício da garantia de controle de legalidade da prisão? Contrariamente à inteligência do precedente invocado, a expressão é suficientemente aberta para causar a maior variedade de interpretações. Não sem razão, porque já vimos que a mesma palavra pode ter conotação diferente, quer busque amparar um direito, quer vise a assegurar uma garantia. O que mais havia na jurisprudência eram precedentes dizendo o que não era imediato. Essa quantidade de litígios, somada ao aspecto aberto do termo, já dizia por si que a norma constitucional poderia, para sua máxima eficácia, necessitar de disciplina da lei ordinária. Por conta dessa necessidade, foi emendado o art. 306 do CPP, para dispor:

> Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.
> § 1º. Dentro em 24 (vinte e quatro) horas depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas.

A interpretação da norma processual vigente favorece o entendimento de que o caráter aberto da expressão "imediatamente" da Constituição precisava de disciplina que dissesse até quando essa comunicação ainda poderá

ser considerada imediata. Do ponto de vista técnico, sabe-se que o parágrafo delimita, ou interpreta, o *caput*, ou de qualquer modo se refere a ele em relação de pertinência, e não constitui disciplina solta e autônoma, salvo se inicialmente ou no final dispusesse "sem prejuízo do disposto no *caput*", para esclarecer que a comunicação do *caput* é outra, diferente. Que a lei ordinária não tenha regulado também a comunicação à família é compreensível, pois, para obediência a esse comando, não há maiores problemas interpretativos. Que na comunicação ao juiz competente existiam problemas interpretativos em relação ao "tempo" que se pode esperar para ainda agir imediatamente, é suficiente referir que a jurisprudência está cheia de discussões sobre o que não é "imediato", Q.E.D.

A origem da atual disposição do art. 306 também confirma essa interpretação. Como se verifica em leitura do anteprojeto e do parecer da Comissão de Constituição e Justiça, o novo texto, emendado ao CPP/1941, tinha por objetivo apenas somar às comunicações obrigatórias mais uma, à Defensoria Pública, caso o preso não tivesse defensor constituído. A emenda de redação que aproveitou a iniciativa para regular, também, tempo e modo de comunicação ao juiz competente partiu de proposta da Associação dos Juízes Federais (AJUFE). Não se dispõe das discussões internas da associação, mas é lícito imaginar que o pleito dos juízes federais buscava 1) uniformizar o entendimento variado da jurisprudência sobre o tempo hábil de comunicação que seria considerado imediatamente; 2) disciplinar "modo" próprio, formal, adequado à finalidade dessa comunicação; 3) interpretar legalmente a norma constitucional, no sentido de que um simples telefonema não pode ser considerado "comunicação" do flagrante para o juiz competente, mesmo que esse seja o modo habitual como se comunica o fato à família.

11. A VOZ DA DOUTRINA

A interpretação acima deduzida é a que se encontra na doutrina contemporânea, à vista do novo art. 306 do CPP. Guilherme Nucci, que, no meu entendimento, não pode ser considerado comentador "autoritário", reproduz sinteticamente o caminho que se desenvolveu acima, para chegar à mesma conclusão:

> Valeu-se o legislador dos mesmos termos já adotados na Carta Magna. É preciso salientar que tal providência precisa ser efetiva e não meramente formal, vale dizer, a autoridade que lavrar o auto de prisão em flagrante deve, com eficiência e de imediato, comunicar

> aos familiares indicados pelo preso ou a pessoa de sua confiança, inclusive para, se for o caso, poder ser contratado advogado para acompanhar o ato de formalização da prisão. Lembremos que, quanto à comunicação ao magistrado competente, muito embora o texto constitucional, ora reproduzido no Código de Processo Penal, pareça indicar a comunicação imediata, ou seja, no exato momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, tal não se dá. Observe-se o disposto no § 1º deste artigo, fixando o prazo de 24 horas para que o auto de prisão chegue às mãos do juiz competente. (NUCCI, 2008, p. 607).

12. CONCLUSÃO

Em sentido argumentativo, razões bem deduzidas são provas. O exame das provas permite concluir que não só não está escrito na lei, nem na Constituição, que devem existir duas comunicações da prisão em flagrante em prazo exíguo de horas de diferença uma da outra, como também que modo e tempo, disciplinados em lei ordinária, para que seja eficaz a garantia constitucional, foram regulados no § 1º do art. 306 do CPP em sua redação atual, desde a Lei nº 11.449/2007. A fixação de correta interpretação de critérios de legalidade de prisão em flagrante é matéria de ordem pública, do interesse de todos, inclusive dos conduzidos, mas especialmente de todos os servidores públicos que, cotidianamente, enfrentam, por dever funcional, situações em que devem agir na forma do art. 301 do Código de Processo Penal.

Se meu argumento estiver correto, parece tecnicamente mais fiel à Constituição o atual dispositivo do art. 301 do CPP/1941 do que a modificação pretendida pelo anteprojeto, que institucionaliza o equívoco interpretativo registrado naquele precedente de 1990 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao disciplinar que compete ao juiz das garantias (art. 15, I e II):

> Art. 15. I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543 (relaxar a prisão ilegal, converter a prisão em preventiva, arbitrar fiança ou conceder liberdade provisória sob compromisso).

O art. 533, por sua vez, limita-se a repetir o inciso LXII do art. 5º da Constituição, como se não competisse à lei ordinária discipliná-lo em concreto. E o

art. 541 não deixa dúvidas de que deverá existir duplicidade de comunicados da prisão, em questão de horas, um desde algum lugar e por alguém indefinível (o condutor?), e outro pela autoridade em até 24 horas: "Observado o disposto no art. 533, dentro em 24 horas depois da prisão será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas".

O estudo pontual de uma das ambições da reforma, mediante confronto com praxe processual de todo dia, permite concluir que o projeto garantista pode contribuir, contrariamente a suas melhores intenções, para a banalização dos direitos e das garantias constitucionais, ou até pior, para a criação de um sentimento que não será de apreço, mas de repulsa à Constituição, porque suas garantias, interpretadas superficialmente, transformam-se em formalidades insensatas. O que prova que bom senso e vontade de progredir na legislação, tentando resolver nossos problemas reais, serão melhor para qualquer reforma do que um "ismo", que é sempre um pacote ideológico, quer venha embrulhado em papel de jornal, quer venha em folhas de ouro.

13. REFERÊNCIAS

NUCCI, G. S. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A substância entorpecente e o seu consumidor

Marcos José Pinto
Promotor de Justiça Militar em Campo Grande/MS.
Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA).
Especialista em Direito Processual Penal pelo Instituto Nacional de Pós-Graduação.
Ex-professor de Direito Processual Penal I e II, na UFMS,
e de Direito Penal Militar (Parte Geral), na Escola de Administração do Exército (EsAEx).

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo da incriminação do usuário de entorpecentes na sociedade civil. O seu propósito consiste em investigar, como problemas centrais, quem é considerado usuário e quem se caracteriza como traficante em nossa legislação pátria. Além disso, verifica-se se o referido usuário deve ser merecedor de tratamento (política preventivo-educativa) ou criminalização (política repressiva). O objetivo geral, formulado como hipótese central de investigação, aborda esse fato à luz da bioética e seus princípios, bem assim, analisando-se as jurisprudência no Brasil e na Argentina, via Direito Comparado. Em conclusão, enfatiza-se que o tema em foco, embora tenha sido despenalizado no Brasil, é problema afeto à saúde pública, não devendo ter o Direito Penal como órgão de tutela. Carecemos, com a urgência que o caso requer, da descriminalização dessa conduta (de consumir drogas), a exemplo do que fez a Corte Suprema da Argentina. Educar, e se for o caso, tratar o usuário, em vez de puni-lo, parece ser a alternativa mais viável.

PALAVRAS-CHAVES: Entorpecentes. Incriminação. Usuário. Despenalização.

ABSTRACT: This paper aims the studying of incrimination of the user of drugs in society. Its purpose is to investigate, as central problems, who is considered to be an user, and who is characterized as a drug dealer in our homeland legislation. Moreover, it is verified if the user of drugs should be worthy of treatment (preventive and educational policy) or criminality (repressive policy). The overall goal, formulated as central hypothesis of research, addresses this fact in light of Bioethics, and its principles, as well as it analyzes cases from Brazil and Argentina, through comparative law. In conclusion, we emphasize that the central subject, although it has been decriminalized in Brazil, it affects public health and it should not have the Criminal Law as the organ of guardianship. With urgency that this case requires,

we need the decriminalization this conduct (of using drugs), as it was done by the Supreme Court of Argentina. The education, and if it is the case to use treatments to the user, rather than punishments, seems the most viable alternative.Ouvir. Ler foneticamente. Dicionário

KEYWORDS: Drugs. Incrimination. User. Descriminalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. Conceitos − 3. Normas legislativas − 4. A bioética e seus princípios − 5. Ao usuário: tratamento ou criminalização? − 6. Confronto da jurisprudência nas cortes supremas do Brasil e da Argentina − 7. Considerações finais − 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

> *"A verdade alivia mais do que machuca. E estará sempre acima de qualquer falsidade, como o óleo sobre a água."* (Miguel de Cervantes)

O tema em questão é instigante e provocativo. Afastada a óbvia "punição" que deve ter o consumidor de entorpecentes na Justiça Militar, em singela opinião, não nos moldes do que enuncia o artigo 290, do Código Penal Militar, poderíamos começar pelo final, asseverando que o assunto da incriminação do usuário de drogas no meio civil é um grande equívoco, vez tratar-se a questão de um problema de saúde pública, ou, com algum exagero, de direito à intimidade, à vida privada, à autonomia da decisão, ou à autodeterminação, enfim, a tudo, menos matéria afeta ao Direito Penal. Isso porém, por si só, seria muito simples. Como consta na canção feita para as crianças na rua, na voz da saudosa Mercedes Sosa, a situação é bem mais aguda. É o que vemos *in verbis*:

> *A esta hora, exactamente, Hay un niño en la calle... Hay un niño en la calle! Todo lo toxico de mi país a mi me entra por la nariz. Lavo autos, limpio zapatos, huelo pega y también huelo paco. Es honra de los hombres proteger lo que cresce, cuidar que no haya infancia dispersa por las calles, evitar que naufrague su corazón de barco, su increíble aventura de pan y chocolate poniéndole una estrella en el sitio del hambre. De otro modo es inútil, de otro modo es absurdo ensayar en la tierra la alegria y el canto, porque de nada vale si hay un niño en la calle.*

As questões fundamentais a serem abordadas no presente trabalho se centralizam nos seguintes problemas: a) Quando se caracteriza a condição de usuário de drogas? b) Quem pode ser considerado usuário, e quem é considerado traficante? c) O usuário de drogas deve ser tratado (política preventivo-educativa) ou criminalizado (política repressiva)? d) Como a bioética analisa o problema?

Uma das matrizes do problema em questão é que não existem políticas de Estado em matéria de educação para a saúde, nem saúde pública que se ocupe pontualmente do tema (do uso de drogas), uma vez que não podemos perder de vista que a criminalização de uma conduta, como dito, respeitando as opiniões em contrário, é a *ultima ratio* de um sistema penal. Sociologicamente, o tema das drogas nunca poderá ser um assunto de governo, mas sim uma razão de Estado, com apontamento para a saúde e a educação, a fim de que esses sejam os suportes da liberdade individual. Qualquer cidadão medianamente informado sabe que só o aumento do rigor punitivo não consegue resolver um problema que tem outras causas muito mais profundas.

O professor constitucionalista Bidart Campos, escrevendo o artigo "A nova jurisprudência da Corte em matéria de drogas", enfatizou que o artigo 19 da Constituição argentina imuniza as ações privadas dos homens que não ofendam a ordem, nem a moral pública, nem os direitos de terceiros, subtraindo as ações das autoridades dos juízes para entregá-las ao juízo de Deus, criando uma zona de reserva ou autonomia pessoal que é a liberdade juridicamente relevante, é o direito à liberdade, inofensivo ao bem comum, é o campo da licitude jurídica. Estaria ele correto?

Este modesto manuscrito, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas, tem a intenção de despertar um salutar debate e uma reflexão sobre as ideias que serão propostas.

2. CONCEITOS

> *"Yo soy un hombre sincero, de donde crece la palma, y antes de morirme quiero echar mis versos del alma...con los pobres de la tierra, quiero mis versos dejar*." (José Martí)

Preliminarmente, cumpre-nos tentar definir o que seja usuário, bem como quem pode ser considerado traficante. Usuário é todo cidadão, doente, dependente, que utiliza droga para seu próprio prazer. Em regra, é pessoa des-

possuída de bens materiais, não ostenta riqueza; ao contrário, vive sempre na miséria, com o único intuito de conseguir bens materiais, muitas vezes praticando crimes para permutá-los por drogas. Enfim, é o sujeito que se "enquadra" no que prevê o §2º, do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, *in litteris*:

> Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Traficante, por outro lado, é a antítese do usuário. É o cidadão de posses, com prestígio e poder, que normalmente não faz uso de drogas (regra básica de todo traficante), que sempre porta grandes quantias de dinheiro, mora em mansões, em suma, explora os usuários consumidores, com o intuito de lucro, às custas da miséria humana. É aquele que não se amolda ao que elenca o artigo retromencionado da Lei nº 11.343/06. O sentido da palavra "tóxico" é muito bem definido, não deixando qualquer dúvida a seu respeito. Ele deriva diretamente do vocábulo grego "*toxon*", que significa "arco", referindo-se ao uso de flechas envenenadas. Assim, tóxico é veneno.

O veneno, na sociedade do espetáculo, foi convertido em consumo − atualmente com certo prestígio, pois passou a ser quase um costume social, um uso como se fosse uma recreação compartilhada, em especial pelos jovens. A existência do tóxico dá-se dentro de um contexto social e espiritual, sendo ele promovido como forma de se esquecer dos fundamentos, dos afetos, da estrutura familiar, bem como da ética e da finalidade dos grupos humanos.

Na antiguidade, o uso de drogas era restrito, e sempre foi unido à visão cósmica, mágica ou religiosa da vida. Também se usavam drogas como fins médicos (terapêuticos). Para os aborígenes, era uma forma de se conectar com os deuses. A droga era o fator intermediário, a forma possível de mediação sagrada entre o homem e o sobrenatural. Hoje, como dissemos, estamos em uma sociedade do espetáculo. Temos uma sociedade secularizada, individualista, baseada na ética de mercado. A família e a escola perderam força educativa. O Estado omite-se. A mídia forma, como e quando quer, opiniões. Nesse marco simbólico e fantástico de criação permanente de sonhos, cresce o jovem de hoje.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) estabeleceu, genericamente, que droga é toda substância que tem capacidade de modificar uma ou várias funções do organismo. Ainda segundo a OMS, "dependência psíquica é o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância", e "dependência física é o estado fisiológico, manifestado por sintomas dolorosos, decorrente da interrupção da ingestão da substância em questão".

Assim, diante dessa realidade, o tóxico começou a se inserir, inaugurando um "novo" caminho. O vazio de sentir e existir, a alienação, a incerteza, acompanham o jovem nesse contexto, especialmente quando falham a família, a escola e as instituições. Somente resta uma alternativa. A prevenção-educação, em conjunto com o oferecimento de oportunidade aos jovens usuários de drogas, para poder remediar a atual situação. Longe de ser uma técnica, isso passa a ser um ato ético e cultural, que no mínimo pode amenizar o problema. Seria uma busca às origens, aos princípios e aos fundamentos, para poder-se edificar um projeto: o de livrar as pessoas do consumo de drogas. Atualmente, a estatística acerca da questão das drogas ilícitas é alarmante. A ONU condensa dados, estimando que 5% (cinco por cento) da população mundial sejam consumidores de drogas ilícitas, o que equivale a aproximadamente duzentos milhões de usuários, eventuais ou frequentes, de maconha, cocaína, heroína, anfetaminas, entre outras. Para tanto consumo, estima-se a produção anual de mais de dez mil toneladas de drogas. Em um atual sistema penal seletivo e estrutural, como falou Zaffaroni[1], que funciona de maneira irracional, bárbara e genocida, cumpre-nos apontar um novo direcionamento para a questão envolvendo o mero usuário de drogas.

O Brasil, em razão de suas dimensões continentais e da fronteira e proximidade com países produtores de drogas (como o Paraguai, a Bolívia e a Colômbia) e em razão de sua imensa população, carecia de uma legislação que apresentasse mecanismos mais eficazes no enfrentamento punitivo das drogas. Importante seria, além disso, estabelecer como prioridade medidas preventivas ao uso indevido de tais substâncias. Ademais, torna-se urgente o reconhecimento expresso em sede legislativa das diferenças entre usuário, pessoa em uso indevido, dependente, e traficante de drogas, dando a cada um tratamento diferenciado. Por sorte, isso ocorreu com a publicação da Lei nº 11.343, de 23.08.2006.

[1] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan Editora, 2001.

3. NORMAS LEGISLATIVAS

> *"Há mais coisas entre o céu e a terra, do que pode imaginar nossa vã filosofia Horácio... É um nobre coração que assim parte."* (Hamlet - W. Shakespeare)

Consoante Maquiavel[2], a conquista e a manutenção do poder, bem como os cuidados para não perdê-lo, com os fins justificando os meios, constituíam a base da ação governamental antigamente. Felizmente, hoje temos as normas e os juízes. No Brasil, a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no Livro V das Ordenações Filipinas: quem guardasse em casa ou vendesse substâncias como o rosalgar e o ópio poderia perder a fazenda, ser expulso do Brasil e enviado para a África. Depois vieram o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais em 1932, o Decreto 780, modificado pelo Decreto-Lei 891 de 1938, o Código Penal de 1940 e finalmente a Lei nº 6.368, de 1976, que continuou em vigor, apesar de constituir um texto legal claramente ultrapassado, até ser revogada pela Lei nº 11.343/06.

Na legislação brasileira, a novel Lei sobre Drogas (nomenclatura da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) veio acompanhada de algumas inovações no tocante à parte criminal, de modo bem diverso daquele tratado na Lei nº 6.368/76 e também nos dispositivos vetados da Lei nº 10.409/02. Entretanto, não obstante sua tramitação legislativa lenta, feita e refeita, ainda assim ensanchou possibilidades de eliminar textos que ensejam dúvidas ou pluralidade de interpretações.

A primeira celeuma, seguramente, diz respeito à tipificação sobre a conduta do indivíduo considerado usuário de drogas. Pratica-se ou não conduta infracional criminosa? A doutrina já está se manifestando dubiamente, situação que seria totalmente pacificada se o legislador fosse mais preciso. É o que se observa em relação à conduta disposta no art. 28, inserta no Título III, Cap. III, como se vê a seguir:

> *Título III - Das Atividades de Prevenção Do Uso Indevido, Atenção, e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas*

[2] MAQUIAVEL, Niccolo. O Príncipe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

Capítulo III- Dos Crimes e das Penas:

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Portanto, de acordo com o § 2º, do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, encontramos resposta às indagações sobre ser ou não tráfico a droga apreendida para consumo próprio (ocorre, como já dissemos, a caracterização ou não da figura do usuário) ou para outro fim.

O artigo 28 da citada lei figura no capítulo que trata dos crimes relacionados unicamente às condutas do título "Das atividades de prevenção do uso

indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas", e o capítulo refere-se aos crimes e às penas às quais está sujeito o infrator. Contudo, não há, no artigo em tela, propriamente, cominação de pena privativa de liberdade, nem mesmo pecuniária. Porém, há menção à prestação de serviços à comunidade, que, por si, é sanção do tipo pena, a teor dos arts. 43 e 44 do Código Penal. Assim, ou estão criadas novas modalidades de sanções penais (advertência e medida educativa), ou a lei se referiu a essas sanções com o vocábulo pena sem sua definição propriamente do Direito Penal. Ademais, como sabemos, inexiste infração penal sem cominação de pena.

E quais as consequências da incógnita? Muitas. Desde a questão da reincidência, do conflito de leis ou do tratamento nominal ao infrator (criminoso?), até mesmo questões civis, como tutela, pátrio-poder e outras, tais quais trabalhistas, etc. E caso o infrator não cumpra a prestação de serviços ou medida educativa, a sanção por sua desídia é a aplicação de multa, a ser fixada consoante o art. 29. Mas essa multa não é pena de multa, tal qual o art. 49 do Código Penal estipula, porém reprimenda pela não realização da determinação judicial. E, em hipótese alguma, poderá ser revertida em quaisquer outras penas, pois que nem mesmo a multa de natureza originária penal assim o pode. Então, caso o infrator não cumpra a determinação judicial, ficará sem nenhuma obrigatoriedade de cumprimento, salvo a execução civil da própria multa, funcionando a decisão judicial como título executivo. Poder-se-ia se falar na ocorrência do crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), o que, sinceramente, não parece cabível. Para o não cumprimento dos incs. II e III do art. 28, já existe a cominação de sanções específicas, ou seja, a admoestação e a multa do § 6º do mesmo artigo. Logo, inviável duas sanções pelo mesmo descumprimento, porque a multa já é o castigo pela não obediência. Deveras, está fecundada mais uma polêmica para a legislação penal brasileira, a ser resolvida em nossos pretórios, já tão abastecidos com centenas de falsos truísmos legais. Eis nosso dilema legislativo.

Na vizinha Argentina, normatiza o problema das drogas a Lei nº 23.737/89, que, em relação ao assunto ora analisado (criminalização do usuário), elenca, em seu artigo 14, o porte ("*La tenencia para el consumo*") para uso pessoal, *in litteris*:

> *Art. 14.- Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa...el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por*

> *su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.*

Interessante é registrar o que dispõe o artigo 15 da citada lei, descriminalizando a mastigação da folha de coca: "*La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefaciente*".

4. A BIOÉTICA E SEUS PRINCÍPIOS

"Sê feliz jovem, enquanto és jovem." (Eclesiastes)

Bioética, na precisa lição de João dos Santos do Carmo e Jusele de Souza Matos, é "disciplina que busca discutir, refletir e lançar bases criteriosas para a prática da ética nas pesquisas, nas decisões e nas aplicações biotecnológicas que envolvem seres humanos e outros seres viventes".

Para a Encyclopedia of Bioethics, Bioética é definida como "[...] estudo sistemático das dimensões morais, incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar" e ainda como "estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios éticos".

Falando sobre a bioética jurídica, o professor Dr. Eduardo Luis Tinant ensina que:

> *Bioética jurídica es la rama de la bioética que se ocupa de la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho, a escalas nacional, regional e internacional. Bioética y derecho. La bioética es en su "núcleo duro" una parte de la ética, pero es también algo más que ética. Fenómeno social y actividad pluridisciplinar que procura armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los Derechos Humanos y en relación con los valores y principios éticos universalmente*

> *proclamados, se encuentra hoy en la encrucijada entre la manipulación de la vida y la atención de la salud y el bienestar de las personas, procurando no solo interpretar sino también orientar los extraordinarios avances de la moderna tecnociencia y los cambios sociales y culturales de la globalización. Se plantea así la necesidad de volver a considerar la dignidad del hombre como un valor superior al de la utilidad económica y de afirmar la primacía del orden ético sobre la técnica y los intereses puramente comerciales, mediante una toma de conciencia individual y colectiva respecto de la capacidad y la sensibilidad de prever efectos y riesgos sobre el inadecuado uso de las aplicaciones de ciencia y tecnología sobre la vida.*

O campo da bioética, assim, é bastante amplo, tratando de assuntos variados, como o do tema em questão (do usuário, sua incriminação e as drogas), envolvendo administração da vida e da morte em todos os seus aspectos, tais como pesquisa com seres humanos e animais; direitos reprodutivos/reprodução assistida; engenharia genética; aborto; eutanásia; transplante de órgãos e tecidos, etc. Faremos uma breve análise sobre os quatro princípios angulares da bioética: autonomia, consentimento informado, beneficência e justiça.

I) Princípios bioéticos da autonomia e do consentimento informado

> Cada indivíduo adulto é soberano para tomar decisões livres sobre o estilo de vida que deseja. (Voto do juiz Dr. Lorenzetti, da CSJN, no caso "Arriola"- Fallos: 9080).

O princípio da autonomia (também chamado de "autodeterminação") é aquele que visa reconhecer o direito da pessoa humana de decidir acerca da utilização de determinado procedimento ou tratamento médico, livre de interferência ou pressão externa, levando em conta seus valores mais íntimos. Affonso Renato Meira, professor titular de medicina da USP e presidente da Associação Brasileira de Ética Médica (Abradem), em seu artigo intitulado "O direito de dizer não", publicado no jornal O Estado de São Paulo, define o referido princípio do seguinte modo: "A autonomia se refere a um conjunto de diversas noções, incluindo auto governança, direito à liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade para seguir seus desejos e decidir sobre seu comportamento. Enfim, ser sua própria pessoa".

No mesmo sentido, o Doutor Marco Segre, também professor titular de medicina da USP, em um parecer sobre o assunto em análise, define:

> Autonomia, de acordo com sua etimologia grega, significa capacidade de governar a si mesmo... é a capacidade de auto-governo, uma qualidade inerente aos seres racionais que lhes permite escolher e atuar de forma pensada, partindo de uma apreciação pessoal das futuras possibilidades, avaliadas em função de seus próprios sistemas de valores... é uma qualidade que emana da capacidade dos seres humanos de pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom". Desta forma, Shultz afirma que: "decisões sobre tratamento médico envolvem tanto incerteza quanto conflitos de julgamento e de valores, nem os peritos nem a sociedade podem julgar o que é melhor para um indivíduo, melhor do que ele mesmo.

Destarte, indagamos: pode o usuário de drogas optar por não querer se tratar? De acordo com os dois princípios bioéticos a seguir citados, sim.

Os legisladores de nossa Constituição se incumbiram de assegurar condições favoráveis para a busca da felicidade. Eles reconheceram o significado da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Sabiam que somente uma parte da dor, do prazer e das satisfações na vida é encontrada nas coisas materiais.

Da "autonomia" decorre inexoravelmente um outro princípio bioético denominado "consentimento informado" (também conhecido como "consentimento conscientizado"). Segundo o referido princípio, antes de uma intervenção, o médico deve esclarecer ao paciente os benefícios e riscos da terapia (bem como alternativas a ela), deixando que o paciente expresse seu consentimento para o tratamento que considera ser o mais adequado aos seus interesses. Assim, notamos que é muito importante o médico ter uma mentalidade democrática e estar disposto a explicar ao seu paciente, de maneira clara e didática, os fatores envolvidos. Ao passo que, na maioria dos casos, os pacientes optarão pelo tratamento aconselhado pelo médico, em outros casos pode ocorrer de escolherem a terapia que não é a preferida do profissional. É nesse momento que entra o consentimento informado, ou seja, o médico não utilizará um tratamento que não lhe foi consentido usar.

O consentimento informado e a autonomia são realidades tão próximas que ambos são tratados juntos sob o tópico *Derecho a la Autodeterminación*, na *Declaración de la Associación Médica Mundial sobre los Derechos Del Paciente*, a qual foi adotada na 34º Assembleia Médica Mundial, em 1981, na cidade de Lisboa (Portugal), e emendada na 47º Assembleia Geral, no ano de 1995, na cidade de Bali (Indonésia). O referido tópico determina:

> *Derecho a la Autodeterminación:*
>
> *A) El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.*
>
> *B) El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.*

Desse modo, em resposta à indagação que fizemos (pode o usuário de entorpecentes optar por não se tratar?), entendemos que cabe ao usuário de tóxico, se maior e plenamente capaz de responder por seus atos, deliberar sobre o que é (ou não) melhor para si.

II) Princípios bioéticos da beneficência e da justiça

O princípio da beneficência é aquele que inspira o médico a direcionar sua atividade e intervenção sempre em benefício do seu paciente. Está expresso no Juramento de Hipócrates (médico grego): "Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los".

No entanto, surge uma questão interessante: ao analisarmos o juramento hipocrático, parece que este disponibiliza ao médico o direito de utilizar-se dos meios que ele acha ser o mais benéfico, independentemente da concepção do paciente, pois diz que "*usarei o tratamento... de acordo com minha habilidade e julgamento"*. Assim sendo, será que há um conflito entre o

princípio da beneficência e o princípio da autonomia (bem como do consentimento informado)?

Inicialmente, não podemos esquecer que a visão tradicional hipocrática sobre a beneficência deve ser encarada em contexto histórico diferente do nosso. De fato, vivemos em uma era em que cada vez mais os direitos do paciente e do cidadão (e aqui se inclui a autonomia) vêm ganhando mais destaque na bioética e na ciência jurídica. Ao contrário do que ocorria na Idade Média, o médico não é mais encarado como uma autoridade (de caráter quase que mítica) inquestionável e autoritária. Aliás, tal posição era até mesmo constrangedora, não só para o paciente que ficava a mercê de critérios e preferências alheias, mas até mesmo para o médico, pois toda a responsabilidade recaía sobre seus ombros!

De fato, agora o médico pode compartilhar com seu paciente (se este o desejar) a responsabilidade e a análise do melhor tratamento, não só do ponto de vista físico, mas levando em consideração o "homem inteiro", ou seja, sua estrutura axiológica. E no caso em análise, há boas técnicas e tratamentos isentos de sangue que vêm sendo desenvolvidos graças a essa atitude compreensiva e altruísta de vários profissionais da medicina.

Os professores Muñoz e Almeida delineiam com clareza e lógica a relação que há entre beneficência e autonomia:

> Respeitar a autonomia das pessoas competentes pressupõe beneficência: quando as pessoas são competentes para escolher, ainda que a escolha não seja a que faríamos, respeitar suas escolhas é um ato beneficente. Isto permite que seus desejos sejam respeitados em circunstâncias que os afetem diretamente.

Assim sendo, longe de haver um conflito, na realidade o princípio da beneficência reforça o respeito à autonomia.

O professor Affonso Renato Meira, em um artigo para O Estado de São Paulo, raciocinou:

> Dentro de sociedades autocratas, com o domínio de uma camada sobre outras, o médico, com seu etnocentrismo profissional e com seu desejo de fazer o bem,

> determinava o que devia e o que não devia ser feito quando se tratava de saúde... Com as tendências renovadoras da segunda metade do século 20 mostrando o caminho da democracia às sociedades autocratas e, realmente, com o aparecimento do pensamento bioético, o entendimento do papel do médico e dos demais profissionais de saúde se viu modificado... É necessário saber o que é bom, qual o bem que o paciente considera para si. Do seu ponto de vista, este seria o maior bem para o paciente.

Diante do exposto, em uma visão moderna do princípio da beneficência, notamos que o médico deve "fazer o bem" sob a ótica do paciente, o qual é o destinatário da intervenção médica. Em nossa visão, isso vale em gênero, número e grau, para aplicação ao assunto ora analisado (criminalização do usuário de entorpecentes).

O professor Marco Segre chama à atenção que o termo "saúde", para a Organização Mundial de Saúde, não se refere apenas à ausência de doença, mas também ao bem-estar do indivíduo no aspecto mental e social, incluindo a não violação de seus valores éticos/culturais.

O Código de Ética Médica, no seu artigo 46, diz ser vedado ao médico efetuar "qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente, ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida". Na realidade, a parte final deste artigo é um resquício da visão hipocrática da beneficência e entra em choque com os princípios bioéticos da autonomia e do consentimento informado.

Assim, ao abordar a parte final do artigo 46 do Código de Ética Médica, o professor Marcos Segre, deixou claro:

> Não deve ser interpretada como recomendação ao médico para que intervenha sobre o paciente, contrariamente a sua vontade, conforme muitos querem crer... Poderá o médico intervir por sua própria vontade, quando ele não veja outro meio de salvaguardar a vida de seu paciente, não se podendo, entretanto ver nessa 'exceção' uma recomendação ou obrigação a ser seguida.

É importante ressaltar que o Código de Ética Médica não pode se sobrepor às liberdades públicas e clássicas garantidas aos cidadãos na Constituição. A "disciplina" sobre os corpos humanos não pode fabricar corpos submissos e exercitados, ou seja, corpos dóceis e úteis, no dizer de Foucault[3]. Portanto, diante dessa evolução principiológica, concluímos que médicos e pacientes devem, em espírito de cooperação, buscar soluções e alternativas que "façam o bem", ou seja, não violem a consciência da pessoa humana sob quaisquer circunstâncias. Do que adiantaria lograr um resultado físico mediante o aniquilamento dos valores mais íntimos do indivíduo? Não seria mais razoável buscar meios que curam a enfermidade física do paciente sem o ferir psicologicamente?

O princípio da justiça consiste em promover, dentro do possível, um igualitário acesso dos cidadãos aos bens da vida. Dessa forma, justiça envolve respeitar as diferenças existentes na comunidade; e ao invés de discriminá-las ou segregá-las, deve-se buscar meios de compreendê-las e satisfazê-las. Esse dever envolve os usuários de droga, a classe médica e o Estado.

Podemos observar um exemplo análogo, verificado no famoso caso Bahamondez, ocasião em que a Corte Suprema da Argentina proferiu o seguinte julgado:

> *Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así, en el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios" (Fallos 306:1892) el tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado art. 19: ... protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta*

[3] FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 1987.

> *las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.* (Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) FECHA: 1993/04/06. Bahamondez, Marcelo. Buenos Aires, abril 6 de 1993).

5. AO USUÁRIO: TRATAMENTO OU CRIMINALIZAÇÃO?

> "*A utopia está no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos, e o horizonte corre dez passos para mais longe. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Então para que serve a utopia? Serve para isto: para caminhar.*" ("As palavras andantes". Eduardo Galeano).

Já foi dito pelo Marquês de Beccaria[4] que prevenir os delitos é mais fácil que puni-los. Interessante aspecto a ser falado sobre o tópico em epígrafe é a análise do Direito como controle social. Uma vez mais, lembramo-nos do professor Tinant, que, tratando do assunto em exame, enfatizou que "*El Derecho es un fenomeno social y, como tal, encuéntrase en íntima correlación con la sociedad a la que regula y de la que recibe su imprimatur*".

Continua o mestre, dizendo que, como falou Cícero, "onde há homens, há sociedade, e onde há sociedade, há direitos". Direito que possui dupla função social: a) como sistema de regras sociais que ordena a convivência humana; b) como produto social que realiza uma ordem desejável. Continua o Dr. Eduardo L.Tinant, asseverando que:

[4] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

> Em seu livro "Sobre Derecho y la Justicia", Alf Ross se encarregou de dizer, através de várias interrogantes, as áreas investigativas que planejam interação entre o direito e a sociedade, como por exemplo: que outros fatores impõe limites ao legislador? Que reações podem provocar uma determinada Lei? etc....Assim, o direito se apresenta como um fator de cambio social, mas também de resistência ao mesmo...o direito desempenha um rol primordial no controle social, de acordo com princípios e regras que a própria sociedade estabelece ou consente.

Assim, enuncia o estimado professor:

> *[...] El orden jurídico aparece así como una técnica de regulación de conductas humanas, transformando en ilicitudes las manifestaciones o actitudes no deseables, para que no se realicen...La institución de la sanción jurídica surge así, como el hito indesplazable del sistema normativo jurídico en su función de control social, traduciendo un determinado proyecto estatal de política jurídica....En otros términos, define si estamos en presencia de un Estado arbitrario o un Estado de Derecho. En tal sentido, mentienen su vigencia aquellas palabras de ROUSSEAU: "El más fuerte no es nunca bastante fuerte par ser siempre el señor. Si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber*.

O uso de drogas remonta aos primórdios da humanidade, sendo que o ópio e a "cannabis", por exemplo, já eram utilizados no ano 3000 antes de Cristo. Tal uso só se tornou criminalmente punível com a evolução das sociedades. Em torno dele existem incontáveis questões culturais, políticas e econômicas e, também, muito preconceito.

A grande questão hoje concernente às drogas é a seguinte: devemos adotar uma política puramente repressiva ou repressivo-preventiva? Os Estados Unidos da América constituem exemplo da linha repressiva (apesar disso, nunca conseguiram diminuir nem o tráfico, nem o número de consumidores). A Europa continental adota outra política, a da prioridade para a prevenção. O consenso é praticamente absoluto no que diz respeito ao tráfico de drogas, que faz parte do processo de globalização do planeta, devendo

continuar sendo crime. A polêmica, tema objeto do presente trabalho, gira em torno da posse para uso próprio.

Pretendendo-se (quanto ao uso para consumo próprio) privilegiar a linha mais preventiva que repressiva, cabe então definir os caminhos que se abrem para um moderno enfoque do tema: a Lei nº 9.099/95, ao permitir a suspensão do processo no que diz respeito ao art. 16 (posse para uso), despenalizou o delito, isto é, permitiu nova resposta penal, sem retirar o caráter ilícito do fato. Mas na Europa continental, o enfoque tem sido outro, pois praticamente todos os países já descriminalizaram a posse para uso, é dizer, retiram dessa conduta o caráter de ilícito penal. Sancionam o fato com multa administrativa e dão absoluta prioridade para o tratamento (sempre que haja anuência do interessado).

Que se entende, exatamente, por descriminalização? Descriminalizar não é a mesma coisa que legalizar, pois significa apenas retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, não implicando, entretanto, em retirar-lhes o caráter de ilicitude. Exclui-se a competência do Direito Penal e desqualifica-se a conduta como crime. Descriminalizar, assim, é diferente de legalizar, pois o ato não deixa de ser contrário ao Direito; apenas não constitui um ilícito penal, podendo ser cominadas sanções civis ou administrativas.

As novas tendências deslegitimadoras do Direito Penal, como o minimalismo (Direito Penal Mínimo), têm desempenhado papel marcante na problemática das drogas, pois impõem críticas severas ao modelo puramente repressivo (norte-americano), que é o menos eficaz. Isso não significa que tais tendências incentivem o uso dessas substâncias, mas somente que tornam transparente que o Direito Penal, repressor que é, tornou-se absolutamente ineficaz nesse tópico, devendo ceder lugar para as demais instâncias de controle social e para os demais ramos do Direito. Mesmo porque não há, nas prisões, condições de vida adequadas para quem nunca foi criminoso, servindo estas como aprendizado e local para quem está doente por dependência de droga − ou seja, o encarceramento provoca o contato desses consumidores dependentes, não criminosos, com delinquentes criminosos, ladrões, homicidas, estupradores etc. Além disso, nas prisões existem restrições, mas a droga nunca deixou de ali estar presente.

No último ano, e reafirmando o papel das novas tendências do Direito Penal, houve no mundo vários países que deixaram de punir o porte para consumo

de determinadas drogas. Nesse sentido, a Lei nº 30/2000 de descriminalização das drogas em Portugal descriminalizou o crime de porte para consumo, prevendo multa aos consumidores ocasionais, vindo também reforçar o tratamento para os dependentes-doentes. Na Califórnia, crimes que envolvem drogas sem violência não geram mais prisão. Na Bélgica, a descriminalização é iminente.

Em países adiantados nesse tópico, como a Suíça, já há a distribuição de seringas para o uso das drogas nas prisões, medida seguida recentemente pela Espanha, que adotou a mesma iniciativa, para conter o número de prisioneiros infectados com o vírus da Aids. Recentemente, a ONU publicou um relatório no qual se conclui que o consumo de drogas pesadas como a heroína e a cocaína diminuiu no mundo entre 1992 e 1999. Resta saber (e sobre isso não temos dados empíricos confiáveis) se isso ocorreu em razão da política puramente repressiva norte-americana ou em razão da política mais preventiva europeia.

Uma boa orientação, no Brasil, está sendo adotada pelo Banco do Nordeste: depois daquela famosa operação do Exército para a destruição de plantações de maconha no sertão nordestino, chamada Operação Mandacaru, o Banco do Nordeste está financiando culturas lícitas, o que mantém os agricultores longe do plantio do entorpecente.

Importa registrar os ensinamentos sobre a saúde e a integridade do ser humano, de Eduardo Luis Tinant[5] que nos permitimos traduzir para o português, nos seguintes termos:

> A saúde e a integridade física, psíquica e espiritual do ser humano não constituem somente um bem jurídico individual, como marco da relação entre pacientes e um profissional de saúde, ou uma equipe médica, mas também, um, fim valioso, cuja proteção interessa à ordem pública, razão pela qual, cabe apreciá-la como um bem jurídico social constitutivo do objeto do direito social à saúde. Este pertence ao grupo dos direitos humanos de "segunda geração", pois, à luz da concepção social do constitucionalismo, seu centro de gravidade foi deslocado do individual para o social.

[5] TINANT, Eduardo Luis. Bioética Jurídica, Dignidad de la Persona y Derechos Humanos. 2. ed. Buenos Aires: Dunken, 2010.

Em síntese, em nosso modo de pensar, a política da prevenção educacional nos parece ser o melhor dos caminhos a se trabalhar. Tratamento em vez de penalização. Eis nossa singela (e óbvia) proposta.

Com a posse da nova presidenta do Brasil, em 01 de janeiro de 2011, José Eduardo Cardozo[6] já admite discutir o tema. O Ministério da Justiça herda a estrutura da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e terá entre as prioridades coordenar a discussão sobre o tema. O plano inclui estudar experiências de outros países. A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, transferida do Gabinete de Segurança Institucional (GSI) para o Ministério da Justiça (leia abaixo), vai coordenar a discussão sobre a descriminalização das drogas no País. Em entrevista ao Correio, José Eduardo Cardozo defendeu um debate público sobre o tema. O primeiro passo será a elaboração de um plano de trabalho com estudos detalhados sobre a experiência de outros países. A transferência do órgão foi uma decisão da presidente da República, Dilma Rousseff, que traçou como meta de governo a ampliação das políticas antidrogas desde a prevenção até a repressão. O texto sobre as atribuições da secretaria, elaborado pela Casa Civil, foi publicado no Diário Oficial da União. O ministério ganhou 52 cargos comissionados de direção e assessoramento para atender a nova estrutura.

De acordo com o documento, a secretaria irá coordenar ações do governo federal com o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, nos aspectos relacionados às atividades de repressão, tráfico e produção de substâncias não autorizadas, além das atividades de tratamento, recuperação e reinserção social de dependentes e do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras drogas. A pasta será dividida em quatro diretorias: projetos estratégicos e assuntos internacionais, articulação e coordenação de políticas sobre drogas, contencioso e gestão do Fundo Nacional Antidrogas, planejamento e avaliação de políticas. A baixa execução do fundo é uma das reclamações dos secretários de segurança pública dos estados. Reportagem publicada revelou que, dos R$ 136,5 milhões autorizados em 2010, apenas R$ 12,1 milhões foram pagos. Desse total, menos de R$ 4 milhões foram destinados a investimentos na área.

[6] Atual Ministro da Justiça do Brasil

6. CONFRONTO DA JURISPRUDÊNCIA NAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL E DA ARGENTINA

> "*Não se drogue por ser incapaz de suportar a própria dor. Eu já estive em vários lugares, e só me encontrei em mim mesmo.*"
> (John Lennon)

Em razão das últimas decisões de Supremas Cortes latino-americanas e da decisão da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que declararam a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para consumo pessoal em razão do conflito de valores constitucionalmente assegurados, notadamente a privacidade, importa saber se a atual Lei de Drogas, a Lei nº 11.343/2006, contempla especificidades merecedoras de consideração nessa exegese. Afinal, essa lei descriminalizou, despenalizou ou considerou o fato uma infração *sui generis*?

Com relação ao tema em exame, é de fundamental importância ressaltar que o próprio substrato ideológico que lastreia a nova lei de drogas experimentou substanciais modificações, aproximando a Política Nacional de Drogas do modelo europeu, de características mais tolerantes. Não que a Política Nacional de Drogas tenha rompido com o modelo hegemônico mundial, mas é inegável que, no tocante ao delito de porte para uso pessoal, arrefeceu o tratamento dado à questão, aproximando seu ideário basilar dos princípios constitucionais e garantias individuais constantes da Constituição da República de 1988. Nessa medida, pode-se dizer que a lei, embora sem abandonar a guerra, despiu-se do uniforme militar.

Assim, o arcabouço principiológico do sistema, conforme é enunciado no artigo 4º da nova lei de drogas, abandona os fundamentos norteadores da ideologia de segurança nacional, rompendo, ainda que formalmente, com a perspectiva de "enfrentamento do inimigo interno", que colocava todo o cidadão que eventualmente usasse drogas sob suspeita de atentar contra a segurança interna do País. O novo balizamento constitucional prevê expressamente como princípios "o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade", conforme a dicção do artigo 4º, inciso I: "o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes", nos termos do inciso II do mesmo dispositivo legal, além da necessidade do "fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas", conforme o disposto no seu artigo 19, inciso III.

E essa base ideológica não tem mero interesse programático, pois servirá como parâmetro a ser seguido tanto pelo intérprete como pelo operador que se defrontar com situações de conflito na aplicação dos seus dispositivos legais.

As possibilidades que decorrem desse novo posicionamento são inúmeras e impossíveis de se enumerar nessa fase inicial de vigência da nova lei, mas, apenas a título de ilustração, vale considerar um aspecto sobre o qual a doutrina já se tem posicionado, todavia sem considerar a mudança de paradigmas aqui apontada.

Ao punir o delito de porte de substâncias psicotrópicas para uso pessoal, isolada e unicamente, com pena restritiva de direitos − a nova lei as denomina, inclusive, medidas educativas, conforme expressamente se vê da dicção do § 6º, do artigo 28, e do artigo 29 −, o legislador inaugura uma nova modalidade de delitos em nosso sistema penal, vale dizer, os delitos de mínimo potencial ofensivo.

Essa afirmação é possível uma vez que não existe, no ordenamento penal brasileiro, nenhuma outra infração cujas penas cominadas sejam mais brandas que as previstas para a prática do delito de porte de drogas para uso próprio. Nem mesmo as contravenções penais ou os delitos de menor potencial ofensivo têm semelhante previsão de preceito sancionatório.

Consagrando esse entendimento, a lei veda, em seu artigo 48, § 2º, a imposição de prisão em flagrante ao autor da conduta prevista no artigo 28, devendo este ser encaminhado imediatamente ao juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Tal compromisso poderá ser tomado pela própria autoridade policial, sempre vedada a detenção do autor do fato, conforme estabelece o § 3º, do artigo 48, da nova lei de drogas.

Dessa forma, ao contrário do que tem sido afirmado pela maioria da doutrina, não será possível, realmente, a prisão em flagrante do autor da conduta tipificada no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. É bem verdade que a autoridade que surpreender o autor na prática delitiva poderá conduzi-lo coercitivamente à repartição policial se, e apenas nessa hipótese, o autor se negar a acompanhá-lo para a lavratura da ocorrência, caso em que estaria configurada a desobediência ao cumprimento de uma ordem legal, circunstância que não se confunde com a prisão em flagrante em razão do delito de porte para uso pessoal.

Como decorrência lógica da impossibilidade de prisão em flagrante, a teor, como já analisado, do disposto no artigo 48, § 2º, da Lei de Drogas, temos que está absolutamente vedado o ingresso sem mandado judicial em casa particular para a constatação ou apreensão de drogas ilícitas que estejam sendo utilizadas para consumo próprio, uma vez que a norma constitucional excepciona, nessas hipóteses, apenas a necessidade da prisão em flagrante, conforme prevê o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, no caso de porte para uso pessoal, será vedada a intervenção desmotivada do Estado no âmbito do domicílio da pessoa que usa drogas.

E essa interpretação se coaduna, sistematicamente, com o fato de que a nova lei não criminaliza a conduta de quem utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse, por qualquer título, para o uso de substâncias psicotrópicas. Conduta essa que era anteriormente equiparada ao tráfico, conforme o inciso II, do § 2º, do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, e que, na Lei nº 11.343/2006, não mais foi prevista como crime. Restou, pura e tão somente, a criminalização daquela utilização de imóveis e bens para o tráfico de drogas, consoante a exata dicção do inciso III, do § 1º, do artigo 33 da nova Lei de Drogas.

Essa nova conformação legislativa, na verdade, reconfigura o âmbito da atuação legítima do Estado. Caso a conduta não tenha relevância e permaneça no plano da intimidade do cidadão que faça uso da droga, fora do espaço público, não será permitida a intervenção desmotivada do Estado, que nesse limite somente poderá ingressar munido de autorização judicial.

Pois bem, ao delimitar o âmbito e a forma da atuação estatal legítima, o legislador deu nova solução ao conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A conduta está criminalizada, contudo, se praticada no espaço público: terá potencialidade de expansão e sujeitará o infrator à pronta e imediata intervenção estatal, com a apreensão da droga e o registro da ocorrência, podendo até mesmo, em caso de recalcitrância do infrator, resultar na sua condução coercitiva às dependências policiais, pura e tão somente para a lavratura do Termo Circunstanciado.

Contudo, se praticada no recesso de sua privacidade, no interior de sua residência, por exemplo, o infrator, embora cometendo um ilícito penal, somente estará passível da intervenção estatal se a autoridade pública se apresentar munida de mandado que lhe franqueie o acesso à residência da pessoa averiguada.

E nem se alegue que esse fato inibirá a ação estatal com relação ao tráfico de drogas, porque, nesse caso, a autoridade policial continuará autorizada a intervir, obviamente agora com redobrados cuidados, para não cometer os frequentes e usuais abusos que fazem parte da crônica policial diária nessa seara.

Nessa linha de raciocínio, é possível realizarmos um prognóstico acerca da autorização e adoção de novas medidas práticas que podem integrar o elenco das chamadas estratégias de redução de danos. Trata-se aqui de examinar as chamadas salas de uso seguro ou locais especialmente destinados ao uso de drogas, que já vêm sendo implantadas com êxito em outros países como Espanha e Austrália, além da sempre lembrada política holandesa dos *coffeshops*, cuja finalidade é a de reduzir danos, desmarginalizar e desestigmatizar o usuário/dependente.

A assertiva sustenta-se porque o embasamento legal já se encontra estabelecido em nosso ordenamento e resta apenas a vontade política e a regulamentação própria para a sua efetiva implementação. Caso a autorização para o uso seja restrito a determinados locais e certos grupos de pessoas, a conduta estará contida naquele âmbito específico e será passível de um melhor controle criminal, social e médico-sanitário.

Dessa forma, embora perfilhando o entendimento adotado nas recentes decisões destacadas no início, que declararam a inconstitucionalidade da criminalização da conduta do porte de drogas para uso pessoal (notadamente pela ausência de lesividade e alteridade), importa reconhecer que a nova lei de drogas encerra especificidades que permitem a implementação de mudanças e a realização de novas ponderações no tocante ao conflito de princípios constitucionais aqui abordados.

Como dissemos, no Brasil, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, veio atender a esses objetivos, punindo o traficante e o usuário, sem deixar de reconhecer este último como objeto de proteção social. Dispensou-lhe tratamento não só de infrator penal, mas também de membro da sociedade, com direito a cuidados especiais.

Grande avanço legislativo, recebendo aplausos por sua prudência. Sem descriminalizar a droga, nossa lei vigente pune severamente o traficante (art. 33) e vê dupla subjetividade no usuário: ativa e passiva, infrator penal e doente (art. 28 da lei).

O tema da descriminalização do porte de droga para uso próprio, já falamos, não é novo. Temos acompanhado as duas correntes durante dezenas de anos. Argumentos fundamentados dos dois lados tornam a discussão acalorada, árdua e interminável.

O jornal O Estado de S. Paulo, na edição de 23 de maio de 2011, no caderno Cidades, C1, publicou notícia que espantou o mundo jurídico-penal: "TJ-SP diz que porte de droga não é crime. Decisão de desembargador abre precedente para outros casos".

Segundo a notícia, três magistrados da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo absolveram, em grau de apelação (Ap. Criminal nº 135.633, de 31.08.08), um réu condenado em primeiro grau por ter cometido crime de porte de cocaína para uso próprio. Para eles, portar droga para uso próprio, fato definido como crime no art. 28 da Lei nº 11.343/06, não é delito. Cabe recurso do Ministério Público ao Supremo Tribunal Federal, ficando esclarecido que a decisão da segunda instância só tem eficácia para o réu recorrente, não tendo caráter de generalidade, isto é, não vale para todos os casos.

No dia seguinte, foi a vez da Folha de S. Paulo, no caderno Cotidiano, C4: "TJ de São Paulo considera que portar drogas não é crime. Decisão declara inconstitucional a lei que criminaliza o porte de drogas ilícitas", sem restringir a notícia ao porte de droga para uso próprio.

Revelam os diários que, de acordo com o relator do acórdão, a norma que define o crime de porte de entorpecente para uso próprio é inconstitucional, pois infringe os princípios da ofensividade (o fato não atinge terceiras pessoas); intimidade (escolha subjetiva; livre arbítrio); e da igualdade (portar drogas lícitas não é infração penal). Segundo ele, no caso, não há lesão a terceiros, mas autolesão impunível. O bem jurídico tutelado seria a própria integridade física do indivíduo.

Para se entender a questão, é preciso retroceder um pouco e apreciar a história dos bens jurídicos, como também deixar consignada a diferença entre dois fatos: 1) usar droga (por exemplo, fumar maconha) não é crime; 2) portar droga para uso próprio constitui delito.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, observou-se o surgimento do Estado Social de Direito. No plano da saúde pública, o progresso da huma-

nidade trouxe novos tipos de doenças e vícios, exigindo do Estado cuidado redobrado no sentido de assegurar um nível mínimo decente de vida, surgindo para a lei novos interesses jurídicos ligados ao meio ambiente, saúde pública etc.

A tradicional dogmática penal estava acostumada a tratar de interesses jurídicos tangíveis, como a vida, a incolumidade física, o patrimônio, normalmente relacionados a um indivíduo, e de lesões pessoais facilmente perceptíveis. Com o progresso da sociedade, entretanto, surgiram novos interesses jurídicos de difícil apreciação e determinação. Esse é o caso da saúde pública, no que se relaciona especialmente ao crime de tráfico ilícito de drogas (cujo interesse de prevenção e repressão se encontra previsto nas Constituições Federais da maioria dos países, traduzindo a pretensão de o Estado garantir o normal funcionamento do sistema no que diz respeito à observância dos direitos dos cidadãos em todos os atributos de sua personalidade, em que se inclui o referente à saúde).

O objeto jurídico principal da proteção penal nos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de drogas é a saúde pública, bem palpável, uma vez que se encontra relacionado a todos os membros da coletividade. Desse modo, o dano, ainda que se entenda como potencial, interfere na vida real de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de lesão individual. No tocante ao cidadão, isoladamente considerado, o direito à vida, à saúde (própria), à segurança coletiva e à ordem pública integra sua objetividade jurídica secundária (mediata), i. e., é tutelado de forma indireta. Há uma superposição de interesses jurídicos. A vida e a incolumidade física, p. ex., são protegidas como objetos jurídicos principais no Código Penal, no capítulo próprio (arts. 121 e 129). Nos delitos referentes a tóxicos, contudo, aparecem como interesses jurídicos secundários. Esse bem individual se sobrepõe àquele. Protegendo-se o interesse coletivo, a saúde pública, obliquamente está sendo assegurada tutela aos bens particulares.

A saúde pública, como interesse jurídico difuso, não resulta da soma das saúdes individuais dos membros que compõem a coletividade. Realmente, o nível de saúde dos membros do corpo social é algo mais que a saúde de seus integrantes. Esse interesse superior é garantido pela CF (arts. 196 e seguintes) e protegido pelas normas penais incriminadoras da Lei nº 11.343/06. Trata-se de um interesse de relevante importância, uma vez que o cidadão, enquanto membro do corpo social, tem direito a um nível coletivo de saúde diferente daquele da saúde individual (pessoal).

Temos, pela Constituição Federal, direito a um nível "coletivo" de saúde. Todos o possuindo, eu desfruto dele; se ninguém o tem, eu não o tenho. Logo, protegendo o coletivo, tutela-se o individual. Lesionando-se o interesse difuso, reduz-se o nível de vida do individual. Há lesão ao bem jurídico primário, no sentido de que o fato delituoso abaixa o nível mínimo aceitável de saúde da população (Maria Paz Arenas Rodrigañez).

Desse modo, a essência do delito de porte de droga para uso próprio encontra-se na lesão ao interesse jurídico da coletividade, que se consubstancia na própria saúde pública, não pertencendo aos tipos incriminadores a lesão a pessoas que compõem o corpo social. Tomando em consideração o respeito que deve existir entre os membros da coletividade, no que tange à proteção da saúde pública, o portador da droga lesiona o bem jurídico difuso, i. e., causa um dano massivo, uma lesão ao interesse estatal impedindo que o sistema social funcione normalmente. O delito por ele cometido decorre da "falta de respeito com a pretensão estatal de vigilância" do nível da saúde pública (Schmidhauser), fato que não se confunde com o uso da droga, evento que se passa na esfera íntima do cidadão. Como se nota, não é necessário socorrer-se da tese do perigo abstrato, uma vez que, partindo-se do conceito de interesse difuso, pode-se construir uma teoria adequada à solução do tema. Essa lesão já conduz à existência do crime, dispensando a demonstração de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses jurídicos individuais, se houve invasão da sua esfera pessoal ou se o fato causou ou não perigo concreto a terceiros.

Em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo relator foi ministro Sepúlveda Pertence, com o tema se referindo à natureza jurídica da posse de drogas para consumo próprio (art. 28, Lei nº 11.343/2006), pela 1ª Turma, no Recurso Extraordinário (RE) nº 430.105, julgado em 13.02.2007 e publicado no DJU 27.04.2007, obteve-se a seguinte decisão:

> Relatório: RE, do Ministério Público, em matéria criminal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou ser o Juizado Especial o competente para o processo e julgamento de crime de uso de drogas, previsto à época dos fatos no art. 16 da Lei 6.368/76 (fls. 114/120). Alega-se violação dos 2º; 5º, XL; e 98, I, todos da Constituição, sob o fundamento de que, ao contrário do afirmado pelo acórdão recorrido, o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, nos

casos de competência da Justiça Estadual, não ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da Lei 9.099/95. Dada a superveniência da Lei 11.343/06 (art. 28), submeto à Turma questão de ordem relativa à eventual extinção da punibilidade do fato (Código Penal, art. 107, III). É o relatório.

Voto: Parte da doutrina tem sustentado que o art. 28 da Lei 11.343/06 aboliu o caráter criminoso da conduta anteriormente incriminada no art. 16 da Lei 6.368/76, consistente em "adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...) Continua acesa a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas), que prevê tão-somente penas alternativas para o agente que tem a posse de drogas para consumo pessoal. A questão debatida é a seguinte: nesse dispositivo teria o legislador contemplado um crime, uma infração penal sui generis ou uma infração administrativa? A celeuma ainda não chegou a seu final. [...]

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal sui generis. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos:

a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 ('Dos crimes e das penas') não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração po-

lítico-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos 'crimes de responsabilidade', que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em 'mandato' expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo cientificidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;

b) a reincidência de que fala o §4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal sui generis + crime ou + contravenção);

c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;

d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2°, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao delegado), dando clara demonstração de que não se trata de 'criminoso', a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é sui generis;

h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal sui generis exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como 'crime' significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como 'criminoso'. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e sui generis. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal sui generis." [...]

II - A tese de que o fato passou a constituir infração penal sui generis implica sérias conseqüências, que estão longe de se restringirem à esfera puramente acadêmica.

De imediato, conclui-se que, se a conduta não é crime nem contravenção, também não constitui ato infracional, quando menor de idade o agente, precisamente porque, segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), considera-se "ato in-

fracional" apenas "a conduta descrita como crime ou contravenção penal".

De outro lado, como os menores de 18 anos estão sujeitos "às normas da legislação especial" (CF/88, art. 228); e Código Penal, art. 27, vale dizer, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 104), sequer caberia cogitar da aplicação, quanto a eles, da Lei 11.343/06.

Pressuposto o acerto da tese, portanto, poderia uma criança, diversamente de um maior de 18 anos, por exemplo, cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma.

Isso para mencionar apenas uma das inúmeras conseqüências práticas, às quais se aliariam a tormentosa tarefa de definir qual seria o regime jurídico da referida infração penal sui generis.

III - Estou convencido, contudo, de que a conduta antes descrita no art. 16 da Lei 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova.

Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do Decreto-Lei 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a Lei 11.343/06 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção.

A norma contida no art. 1º do LICP que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária, se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção.

Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime, como o fez o art. 28 da Lei 11.343/06, pena diversa da "privação ou restrição da liberdade", a qual constitui somente uma das opções

constitucionais passíveis de serem adotadas pela "lei" (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

IV - De outro lado, seria presumir o excepcional se a interpretação da Lei 11.343/06 partisse de um pressuposto desapreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado — inadvertidamente — a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Lei 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

Leio, no ponto, o trecho do relatório apresentado pelo deputado Paulo Pimenta, relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 – oriundo do Senado), verbis (www.camara.gov.br):

[...]

Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas, Título IV.

[...]

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário. O Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que

proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal [...].

Não se trata de tomar a referida passagem como reveladora das reais intenções do legislador, até porque, mesmo que fosse possível desvendá-las, advertia com precisão o saudoso ministro Carlos Maximiliano, não seriam elas aptas a vincular o sentido e alcance da norma posta.

Cuida-se, apenas, de não tomar como premissa a existência de mero equívoco na colocação das condutas num capítulo chamado "Dos Crimes e das Penas" e, a partir daí, analisar se, na lei, tal como posta, outros elementos reforçam a tese de que o fato continua sendo crime.

De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

O uso, por exemplo, da expressão "reincidência", não parece ter um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na Lei 11.343/06 afastaria a incidência da regra geral do CP (Código Penal, art. 12: "As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso").

Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de pena de que trata o art. 76 da Lei 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do 107 e seguintes do Código Penal (Lei 11.343/06, art. 30).

Assim, malgrado os termos da Lei não sejam inequívocos, o que justifica a polêmica instaurada desde a sua

> edição, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da Lei 6.368/76 deixaram de ser crimes.
>
> O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); e Lei 9.605/98, arts. 3º; 21/24, da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.
>
> Esse o quadro, resolvo a questão de ordem no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou abolitio criminis (Código Penal, art. 107, III).
>
> V - De outro lado, à vista do art. 30 da Lei 11.343/06, que fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva, reconheço, desde logo, a extinção da punibilidade dos fatos. [...]
>
> Perdeu objeto, pois, o recurso extraordinário que, por isso, julgo prejudicado: é o meu voto. (Ministro Sepúlveda Pertence).

Esse foi o notável voto proferido pelo STF, em atenção ao assunto ora examinado. Porém, como dito, ainda não pacificado naquela Corte Suprema.

Prosseguindo, e ingressando no campo da Justiça argentina, temos a dizer que o controle de constitucionalidade das leis é uma conquista civilizatória. E, obviamente, não poderia haver leis imunes à sindicabilidade. Fosse verdadeira a tese de que a anulação de uma lei que estabelece favores legais ao acusado fere o princípio da legalidade e estaria criado um "enclave penal" no interior do Direito Constitucional. A questão não é nova. Por todos, cito o caso do aborto na Alemanha, já mencionado retro, e o julgamento dos soldados da antiga Alemanha Oriental, conhecido como o "caso *Mauerschützen*", em que, após a reunificação, um grupo de soldados da antiga RDA foi condenado por homicídio, por atirarem em fugitivos que tentavam ultrapassar o muro de Berlim. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassugnsgericht*), examinando o recurso, negou-lhe provimento (BGHSt 39,

1); também negou provimento ao recurso dos altos funcionários da RDA, condenados pelas mortes de fugitivos por minas terrestres (BGHSt 39, 168, entre outros). O Tribunal Constitucional considerou que as condenações dos acusados pelas instâncias ordinárias não violaram o art. 103, 2, da Lei Fundamental alemã, que trata do *nullum crime, nulla poena, sine lege.*

Não se pode olvidar o recente caso da anulação, por inconstitucionalidade e por malferimento dos tratados internacionais e da Constituição, da lei da "obediência devida", que concedeu anistia aos militares argentinos. A referida lei foi declarada inconstitucional, com votos dos ministros Ricardo Lorenzetti, Juan Maqueda, Eugênio Zaffaroni e Helena Highton de Nolasco, pela Suprema Corte argentina, fundamentalmente por violar tratados internacionais, firmados pela República Argentina, de proteção aos direitos fundamentais e de combate à tortura e a outros crimes graves. A Corte argentina decidiu que os delitos que lesam a humanidade, por sua gravidade, não podem ser objetos de indulto, uma vez que não só afrontam a Constituição como também a toda a comunidade internacional. Em suma, acabou por reconhecer o dever de proteção, não só por parte do Estado, mas também por parte de toda a comunidade internacional.

No caso Arriola e outros, a Corte Constitucional argentina (Suprema Corte de Justiça da Nação) (Causa n. 9.080), em 25 de agosto de 2009, deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão condenatória pelo delito de posse de entorpecente para uso pessoal. O recorrente sustentou que o tipo penal previsto no art. 14, § 2º, da Lei nº 23.737/1989, na medida em que reprime a posse de drogas para consumo pessoal, seria incompatível com o princípio de reserva contido no art. 19 da Constituição argentina, que diz:

> *Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

Tal artigo também consta da Constituição da Província de Buenos Aires, que enuncia, em seu artigo 26, que "*Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden jurídico ni prejudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*".

A decisão (dos sete magistrados) foi unânime. Descriminalizou a posse de droga para uso pessoal, porém só para pessoas maiores (maiores de 16 anos). Cuidava-se, efetivamente, de um genuíno caso constitucional, visto que o recorrente confrontava a lei federal (Lei nº 23.737/1989, art. 14, § 2º) com o disposto no art. 19 da Constituição argentina (que garante a isenção de responsabilidade em relação às ações privadas que não ofendem a ordem ou a moral pública nem prejudiquem terceiros). O que foi posto em discussão foi a validade da regra jurídica acima citada. Impõe-se distinguir com clareza a vigência da validade. A norma está vigente desde 1989. Agora o que se questionava era sua validade (porque incompatível com o texto constitucional superior).

A sentença (descriminalizatória) deixou claro que não se trata de legalização: a Corte não legalizou a droga na Argentina. A droga continua proibida. Mas a posse (ou o porte) de pequena quantidade, para uso pessoal, está fora do Direito Penal. O que a Corte fez foi declarar inválida a norma contida no § 2º do art. 14 da Lei nº 23.737/1989. Continua no plano formal vigente, mas no plano constitucional é inválida (logo, não pode mais ter nenhuma eficácia). A decisão da Corte argentina segue uma tendência mundial, que também está presente na América Latina. Nos anos 70 e 80, preponderou a política repressiva norte-americana (guerra contra as drogas). Essa política está perdendo sua força (diariamente) frente aos usuários. Considerando-se que os recursos destinados ao "combate" das drogas são escassos, melhor (mais justo e mais adequado) é dirigi-los contra os traficantes (não contra os usuários).

O México, em agosto de 2009, descriminalizou (legislativamente) a posse de drogas para uso pessoal, desde que não exceda o limite de 500 miligramas de cocaína ou de cinco gramas de maconha. O Uruguai, há anos, não pune a posse de droga para consumo pessoal. Na Colômbia, a Corte Suprema, em 1974, declarou a inconstitucionalidade da lei que punia criminalmente o porte de droga para uso próprio. O Peru descriminalizou a posse de droga para uso próprio há vários anos. Nesse mesmo sentido é a legislação na Costa Rica. A Corte Suprema argentina, há anos, vem debatendo o assunto. Há cerca de 20 anos, chegou a invalidar uma lei que punia a posse de droga para uso pessoal (Caso "Bazterrica" - Fallos: 308:1392). Mas na mesma ocasião houve também outra sentença em sentido contrário (Caso Montalvo). O debate já estava estabelecido, como se vê, há anos. No mundo acadêmico, as sentenças antagônicas da Corte Suprema foram esgrimidas ardorosamente nas últimas três décadas.

Porém, observa-se que a jurisprudência da Corte Máxima argentina, como se vê, sempre foi "ziguezagueante". No Caso Colavini (Fallos: 300:254), adotou-se como válida a criminalização. Nos Casos Basterrica e Capalbo, a Corte caminhou para a descriminalização (Fallos: 308:1392). No Caso Montalvo, em 1990, voltou novamente para a criminalização (Fallos: 313:1333). Em agosto de 2009, retoma a linha argumentativa do Caso Basterrica (em favor da descriminalização). O que acaba de ser resenhado comprova que o Direito não tem autonomia frente às circunstâncias históricas (de cada país, em cada momento). Conforme os ventos que sopram, pode-se alcançar um ou outro rumo (e, às vezes, até consenso) em torno dos assuntos polêmicos.

A Lei nº 23.737/1989 já conta com 21 anos. O Caso Montalvo, que legitimou a política criminalizatória, tem 18 anos. O longo período já transcorrido estava a justificar a retomada do assunto, mesmo porque, hoje, inclusive a ONU já não tem a mesma posição que adotava há duas décadas. As razões pragmáticas ou utilitaristas que foram invocadas na sentença Montalvo (no sentido de que é preciso punir o usuário porque isso diminui o tráfico de entorpecentes e acaba afetando o traficante) foram perdendo força ao longo dos anos. A punição penal do usuário não reduziu o tráfico de drogas, não afetou o "negócio" dos traficantes.

De todos os fundamentos invocados na sentença em debate, talvez um dos pontos mais altos seja o que diz respeito à reforma constitucional argentina de 1994, que incorporou os tratados de Direitos Humanos (ratificados) à Constituição (art. 75, inc. 22). A reforma constitucional de 1994 reconheceu a importância do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Com isso, o Estado abriu mão, em certo sentido, ainda que parcialmente, de sua soberania ilimitada (Caso Mazzeo, Fallos: 330:3248). O panorama jurídico argentino, consequentemente, é outro. A política criminal do Estado já não conta com a soberania ampliada que ostentava. O Estado já não pode sobrepassar determinados limites nem tampouco pode deixar de cumprir certos parâmetros afirmativos relacionados com a inclusão social e econômica.

Incontáveis são os reflexos das decisões internacionais sobre o Direito interno. Esses parâmetros (civilizatórios) vão sendo incorporados paulatinamente na própria jurisprudência interna. Dizem respeito às condições carcerárias mínimas (Caso Verbitsky, Fallos: 328: 1146), ao duplo grau de jurisdição (Caso Casal, Fallos: 328: 3399), aos direitos dos menores quando violam a lei penal (Caso Maldonado, Fallos: 328: 4343), ao devido processo nas

internações psiquiátricas involuntárias (Caso Tufano, Fallos: 328: 4832), à garantia da imparcialidade (Caso Quiroga, Fallos: 327: 5863; Caso Llerena, Fallos: 328: 1491; e Caso Dieser, Fallos: 329: 3034), ao direito de ampla defesa (Caso Benitez, Fallos: 329: 5556 e Caso Noriega, Fallos: 330: 3526), ao direito a um processo sem dilações indevidas (Caso Barra, Fallos: 327: 327), à definição do conceito de periculosidade (Caso Gramajo, Fallos: 329: 3680), ao direito das vítimas (Caso Santillan, Fallos: 321: 2021) e aos direitos das pessoas que são investigadas ou que estão sujeitas a sanção em razão de graves violações dos Direitos Humanos (Casos Arancibia Clavel, Fallos: 327:3312; Simón Fallos: 328:2056; e Mazzeo, Fallos: 330:3248).

Diante de todo esse novo panorama histórico, jurídico, cultural, social e econômico, geopolítico e internacional, não podia mesmo a Corte Suprema argentina deixar de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 14, § 2º, da Lei nº 23.737/1989. No mesmo sentido deve caminhar a jurisprudência da nossa Corte Máxima (STF). É o que se espera.

Poderíamos, de novo, indagar: Porte de substância entorpecente, para uso próprio, é crime?

Como foi dito, para a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (rel. José Henrique R. Torres), NÃO, pois se considerou que portar droga para uso próprio não é delito (caso Ronaldo Lopes – O Estado de S. Paulo de 23.05.08, p. A1). Fundamentou sua decisão na Constituição brasileira, invocando os princípios da ofensividade (não há crime sem ofensa ao bem jurídico), igualdade (há muitas outras "drogas" cujo consumo não é incriminado: bebidas alcoólicas, p.ex.) e intimidade (o Estado não tem o direito de invadir a intimidade da pessoa para proibi-la de usar o que quer que seja). A jurisprudência brasileira, de um modo geral, não aceita ainda essa tese (da descriminalização do porte de droga para uso próprio). Ainda não está devidamente trabalhado na jurisprudência o requisito da transcendentalidade da ofensa como fundamento para se afastar a tipicidade (material) da posse de drogas para uso próprio.

No plano legal, o vigente art. 28 da Lei nº 11.343/2006, inovando surpreendentemente nosso ordenamento jurídico, passou a cominar tão somente penas alternativas para o "usuário de droga" (ou seja: portador de droga para uso próprio). Antes (na Lei nº 6.368/1976) essa conduta era punida com pena de prisão (de seis meses a dois anos de detenção). Antigamente, como se vê, o fato era considerado crime. Depois da Lei nº 11.343/2006,

surgiu uma grande polêmica na doutrina e na jurisprudência. Hoje, há pelo menos três posições: (a) do STF (Primeira Turma – RE 430.105-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence), entendendo que houve despenalização, tratando-se de infração *sui generis*; (b) de Luiz Flávio Gomes, admitindo que houve descriminalização (cf. GOMES *et alii*, Lei de Drogas Comentada, 2.e.d, São Paulo: RT, 2007, p. 145 e ss.); e (c) de Alice Bianchini (para quem o fato não é crime nem pertence ao Direito Penal).

A decisão do TJ-SP seguiu a terceira corrente. A posição do STF (no RE 430.105-RJ) constitui o seu oposto. Só com o tempo vamos saber qual dessas três correntes vai se pacificar. No plano legal (art. 28), há previsão de uma infração (aparentemente penal). No plano constitucional (por onde transitou o acórdão do TJ-SP), entretanto, a outra conclusão se pode chegar. É por essa via que transitou a decisão da 6ª Câmara do TJ-SP.

Essa decisão (no plano constitucional) não pode ser tida como incorreta. Por quê? Porque a imposição de sanção *penal* ao possuidor de droga para uso próprio conflita com o Estado constitucional e Democrático de Direito (que não aceita a punição de ninguém por perigo abstrato e tampouco por fato que não afeta terceiras pessoas).

Vejamos: por força do princípio da ofensividade, não existe crime (ou melhor: não pode existir crime) sem ofensa ao bem jurídico (cf. GOMES, L.F. e GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., *Direito Penal*-PG, v. 2, São Paulo: RT, 2007, 22. ed.). Ofensa ao bem jurídico significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Para a existência de um crime, não basta que o sujeito realize a conduta descrita no tipo legal. Mais que isso: além dessa tipicidade (chamada) formal, impõe-se que esse fato seja ofensivo ao bem jurídico protegido. Dessa forma, o fato, além de ser formalmente típico, deve também constituir um fato materialmente típico.

Essa ofensa ao bem jurídico (que é conhecida em Direito Penal como resultado jurídico) precisa ser desvaliosa (para que o fato seja penalmente típico, não basta a produção de qualquer resultado: ele precisa ser desvalioso). E quando uma ofensa ao bem jurídico é desvaliosa? Quando concreta ou real (não cabe perigo abstrato no Direito Penal regido pelo princípio da ofensividade), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito Penal) e intolerável (insuportável, de tal forma a exigir a intervenção do Direito Penal).

A transcendentalidade da ofensa, como se vê, é a segunda exigência que decorre do resultado jurídico desvalioso. Só é relevante o resultado que afeta terceiras pessoas ou interesses de terceiros. Se o agente ofende (tão somente) bens jurídicos pessoais, não há crime (não há fato típico). Exemplos: tentativa de suicídio, autolesão, danos a bens patrimoniais próprios etc.

Na transcendentalidade da ofensa reside o princípio da alteralidade (a ofensa tem de atingir terceiras pessoas). Alteralidade (ofensa a terceiros) não se confunde com alternatividade (princípio que conduz ao reconhecimento de um só crime quando o agente realiza, no mesmo contexto fático, vários verbos descritos no tipo). Se em Direito Penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiras pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (onde se adota a política da redução de danos). Não se trata de um tema de competência da Justiça Penal. A polícia não tem muito que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando for o caso).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto o assunto à baila, podemos dizer que a questão envolvendo o simples uso de drogas, além de ser afeta à saúde pública, não é assunto para o Estado tratar, pois viola os princípios da intimidade, da vida privada, da autodeterminação da vontade individual, enfim, não podendo ser cuidado à luz do Direito Penal, não devendo haver criminalização, mas sim tratamento ao dependente de drogas.

Na seara da bioética, a questão pode ser encarada de modo a lembrar que a pessoa humana é um fim em si mesmo. O Estado é um instrumento a serviço da pessoa humana, e tem o inescusável dever de tratar o ser humano como fim em si mesmo, e nunca como meio para alcançar outros fins, oposto de tal maneira, ao fim subjetivo e ao fim relativo, vale dizer, os fins intermediários que uma vontade possa propor sem atribuir valor universal. O fim em si, em troca, é fim objetivo, necessário, e portanto absoluto e incondicionado. O conceito de dignidade opera necessariamente como pano de fundo.

Como assinalou Roberto Adorno, se respeitamos a autonomia dos pacientes, é porque eles são sujeitos, e não objetos. Ou seja, é dizer que eles possuem dignidade. Se protegemos de um modo especial os seres humanos mais vul-

neráveis, é porque, além de suas deficiências físicas ou psíquicas, possuem eles, enquanto seres humanos, um valor intrínseco, ou seja, uma dignidade. Se cuidamos da integridade física das pessoas, é porque seus corpos não são meramente coisas, sobre as quais se tem direito de propriedade, mas sim são pessoas, com dignidade. Enfim, sem a ideia de dignidade, nem o respeito à autonomia, nem a proteção aos mais fracos, nem a proteção à integridade das pessoas encontram justificação.

Verifica-se, de plano, que o delito de "uso de drogas" é, nos termos da nova lei brasileira, absolutamente incompatível com a privação de liberdade do eventual infrator. A condição de usuário de drogas é caracterizada quando a natureza, as circunstâncias, o poderio econômico, a situação social, afetiva, familiar de uma pessoa é avaliada, chegando-se a conclusão de que aquele indivíduo não passa de um perdedor habitual, um pária da sociedade, um excluído. Também pode ser aferida em razão da pouca ou ínfima quantia de drogas encontradas com o usuário, presumindo-se, com veementes indícios, que o entorpecente de posse de tal pessoa não tem outro destino que não o seu próprio consumo. Por outro lado, pode ser considerado traficante de drogas aquele que detém o poder do fabuloso "negócio", chamado comércio clandestino de drogas. É o gerente, o chefe, quem dá as ordens, quem manda matar, enfim, que possui pleno controle da situação ilícita e dela, aproveitando-se da fraqueza alheia, constrói sua riqueza material. Que a terra lhe seja leve!

No Brasil, o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 estabeleceu, para os usuários de drogas, as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medidas educativas, tudo a fim de evitar que o mero consumidor seja remetido ao cárcere, solução gravosa e muito desproporcional, cuja incidência deve ser destinada apenas aos crimes com maior gravidade. Não houve descriminalização; porém, o usuário, a partir de agora, é considerado um doente patológico, que deve, em vez da prisão, receber tratamento. Ocorre despenalização, dado que o fato continua a ser visto como crime, porém não se subsume aos preceitos do Código Penal Brasileiro, uma vez que são impostas penas alternativas aos usuários de drogas. A Suprema Corte argentina declarou recentemente (em 25 de agosto de 2009) a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso próprio, em razão da impossibilidade da intervenção estatal no âmbito privado dos cidadãos.

Ainda no que tange à declaração (ou não) de inconstitucionalidade dos tipos penais que incriminam o uso de drogas, a Corte Constitucional da Colômbia

ratificou, recentemente, o mesmo entendimento que já havia adotado desde 1994, confirmando a inconstitucionalidade de dispositivo idêntico. No Brasil, como falamos anteriormente, a 6ª Câmara do 3º Grupo da Secção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, na Apelação Criminal 01113563.3/0-0000-000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em 31 de março de 2008. O mesmo se deu na Argentina, no já mencionado Caso Arriola (Fallos: 9080). Podemos citar como exemplo o voto do juiz da CSJN, Dr. Zaffaroni, que declarou "*la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal*".

Parece-nos correta a previsão das atividades de prevenção do uso indevido, e atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, elencados nos artigos 18 e 19 da Lei nº 11.343/06, *in verbis*:

> Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence; II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam; III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas; IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias; V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socioculturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas; VI - o reconhecimento do "não-uso", do "retardamento do uso" e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados; VII - o tratamento especial dirigido

> às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares; IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida; X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino; XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas; XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad; XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Finalizando, cabe-nos dizer que o mais sensato e responsável de tudo quanto vem acontecendo em termos globalizados consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo. E que os pais e professores, dentre tantos outros, assumam sua responsabilidade de orientação e conscientização. A pior postura que um ser humano pode aceitar consiste em confiar que o Direito Penal possa resolver qualquer questão relacionada com às drogas. Se você não cuida do seu filho, não espere que o Direito Penal faça isso e muito menos que essa tarefa seja desempenhada pelas autoridades policiais, que não contam com o mínimo preparo para cuidar de quem necessita de atenção, não de prisão. Descriminalizar a posse para uso é uma medida mais do que urgente a ser tomada por quem ainda não o fez. A política de despenalização era necessária, mas não foi suficiente. Isso não significa legalizar as drogas, e sim adotar uma política educativa responsável. Para a questão do uso de drogas na sociedade civil, o melhor caminho é a educação, não a prisão.

8. REFERÊNCIAS

ASSIS IGLESIAS, F. **Sobre o vício da diamba**. *In*: Brasil. Serviço Nacional de Educação Sanitária. Maconha. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1958.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación**. Buenos Aires: Scotti, 2006.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal.** Campinas: Bookseller, 2008.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático.** 3. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CORNEJO, A. **Estupefacientes.** Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2009.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir.** Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, L. F. **Corte argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2268, 16 set. 2009. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13510>. Acesso em: 25 jul. 2010.

GOMES, L. F. e PERIN, P. M. **Drogas: política repressiva ou preventivo-educativa?** Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 04 fev. 2001.

GOMES, L. F. e PERIN, P. M. **Porte de drogas para uso próprio: é crime?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1815, 20 jun. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11412>. Acesso em: 25 jul. 2010.

GOMES, L. F. e PERIN, P. M. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal 'sui generis' ou infração administrativa?** Disponível em: <http://www.lfg.com.br> Acesso em: 12 ago. 2010.

GOMES, L. F. e PERIN, P. M. **Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, V. **Tóxicos, prevenção e repressão.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGNO, L. E. *In*: GUIMARÃES, M. O. L. **Nova Lei Antidrogas Comentada.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCÃO, R. F. **Tóxicos. Lei nº 11.343, anotada e interpretada.** São Paulo:Saraiva, 2010.

RIBEIRO, M. de M. **A privacidade e a nova lei de drogas.** Boletim do IBCCRIM, nº 205. São Paulo, dezembro de 2009.

ROSS, A. **Sobre Direito e Justiça.** Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SODRÉ, H. **Polícia, Tóxicos e Justiça.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973.

STRECK, L. L. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11493>. Acesso em: 25 jul. 2010.

TEALDI, J. C. (organizador). **Diccionario latinoamericano de bioética.** Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008.

TINANT, E. L. **Antologia para uma Bioética Jurídica.** Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 29/37.

TINANT, E. L. **Bioética Jurídica, Dignidad de la Persona y Derechos Humanos.** 2. ed. Buenos Aires: Dunken, 2010.

TINANT, E. L. **Acerca del derecho como control social.** Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, nº 28, páginas 6/7. La Plata, 1985.

YARÍA, J. A. **La Existencia Tóxica.** Buenos Aires: Lumen, 1993.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan Editora, 2001.

Sistema Prisional Brasileiro:
Desafios e Soluções*

Neemias Moretti Prudente
Mestre em Direito Penal pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP/SP.
Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Política Criminal e Universidade Federal do Paraná - ICPC/UFPR.
Especializando em Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Paranaense de Ensino.
Professor universitário (graduação e pós-graduação).
Pesquisador. Conferencista. Estagiário de Pós-Graduação do Ministério Público do Estado do Paraná.
Membro fundador do Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa (IBJR).
Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia (SMC) e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).
Membro do corpo editorial da Revista SÍNTESE de Direito Penal e Processual Penal, da Revista Sociologia Jurídica, da Revista Âmbito Jurídico e das Revistas Fontes do Direito.
Autor de livros e artigos jurídicos publicados em revistas especializadas nacionais e internacionais.
Embaixador de Cristo.
E-mail: neemias.criminal@gmail.com.
Blogs: www.infodireito.blogspot.com; www.justicarestaurativaemdebate.blogspot.com; www.cristovm.wordpress.com.
Twitter: www.twitter.com/neemiasprudente.

"Já me tiraram a comida e o sol, já levei chute e bofetada. Abriram as pernas da minha mulher, arrancaram a roupa de minha mãe. Não tem mais o que tirar de mim, só ódio." (J. M. E. 31 anos, preso no Rio de Janeiro)

RESUMO: o artigo discorre sobre a realidade do sistema carcerário brasileiro, os principais problemas e desafios existentes, bem como apresenta algumas possíveis soluções.

PALAVRAS-CHAVES: Sistema carcerário brasileiro. Prisão. Ressocialização. Medidas alternativas. Política criminal.

ABSTRACT: the article discusses the reality of the Brazilian prison system, the main existing problems and challenges, and presents some possible solutions.

* TODA Honra e TODA Glória sejam dadas ao Rei dos reis e Senhor dos senhores, o Criador dos céus e da terra – Jesus Cristo, Meu Senhor e Salvador. Louvado seja Deus.

KEYWORDS: Brazilian prison system. Prison. Resocialization. Alternative measures. Criminal politics.

Originalmente as prisões foram criadas como alternativas mais humanas aos castigos corporais e à pena de morte. Já em um segundo momento, deveriam atender as necessidades sociais de punição e proteção, enquanto promovessem a reeducação dos infratores. Mas sabemos que têm sido utilizadas para servir a propósitos muito diferentes daqueles originalmente visados[1].

Segundo dados oficiais (CNJ/DPN), o Brasil tinha 422.373 presos, número que subiu 6,8% (451.219) em 2008 e 4,9% (473.626) em 2009. Atualmente, o País conta com quase 500 mil presos – seguindo esse ritmo, estima-se que, em uma década, dobre a população carcerária brasileira[2]. O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente da dos Estados Unidos (2,3 milhões de presos) e da China (1,7 milhões de presos)[3].

Dos quase 500 mil presos, 56% já foram condenados e estão cumprindo pena, e 44% são presos provisórios que aguardam o julgamento de seus processos. A capacidade prisional é de cerca de 320 mil presos. Assim, o déficit no sistema prisional gira em torno de 180 mil vagas. Há cerca de 500 mil mandados de prisão já expedidos pela Justiça que não foram cumpridos. Cerca de dez mil pessoas são detidas mensalmente. O índice de punição de

[1] Cf. ZEHR, 2008, p. 61.

[2] Os dados são do Sistema de Informações Penitenciárias (InfoPen), do Ministério da Justiça, que recebe informações, pela internet, sobre os estabelecimentos penais e a população prisional, diretamente das Secretarias estaduais de Segurança Pública.

[3] Um relatório do The Pew Center on the States (2010), dos Estados Unidos, sobre as taxas de encarceramento nas prisões norte-americanas revela que um em cada 100 adultos americanos está preso. Ratificando dados que sinalizam serem as prisões locais de grande segregação socioeconômica; quando se trata de homens negros, na faixa etária entre 20 e 34 anos, a taxa de encarceramento é de um para cada nove homens. Em todos os estados do País houve um aumento na taxa de prisões. Estima-se que existam 2,3 milhões de presos nos Estados Unidos, e o estudo ainda revela que as prisões e as cadeias requerem, cada vez mais, grandes equipes de funcionários altamente treinados. Dado o crescimento exponencial da população prisional, o custo do sistema girou em torno de US$ 49 bilhões no ano passado. Em 1987, o custo era de US$ 12 bilhões. Para 2011, dado o crescimento acelerado do número de presos, projeta-se um acréscimo de mais US$ 25 bilhões nas despesas com as prisões (Cf. Robson Sávio Reis Souza. Falência das Prisões. Jornal Estado de Minas, Belo Horizonte, 24 de março de 2008. Opinião, p. 9).

crimes é inferior a 10%. Isso mostra que, se a polícia fosse mais eficiente, o poder público não teria onde colocar tantos presos, e a superlotação seria maior. Quase 60 mil pessoas se encontram encarceradas em delegacias, pois as penitenciárias e os cadeiões não comportam e não dispõem de infraestrutura adequada. A construção de novas prisões custa, em média, cerca de R$ 25 mil por vaga. Em termos de manutenção das vagas existentes, cada preso custa, em média, cerca de R$ 1.500 por mês aos cofres públicos. É muito dinheiro, mas e daí?

A população carcerária brasileira compõe-se de 93,4% de homens e 6,6% de mulheres. Em geral, são jovens com idade entre 18 e 29 anos, afrodescendentes, com baixa escolaridade, sem profissão definida, baixa renda, muitos filhos e mãe solteira (no caso das mulheres). Em geral, praticam mais crimes contra o patrimônio (70%) e tráfico de entorpecentes (22%). A média das penas é de quatro anos.

As prisões no Brasil, segundo o relatório da ONG Human Rights Watch (sobre violações dos Direitos Humanos no mundo), estão em condições desumanas, são locais de tortura (física e psicológica), violência, superlotação[4]. Vive-se uma situação de pré-civilização no sistema carcerário. Constatam-se péssimas condições sanitárias (v.g. um chuveiro e um vaso sanitário para vários detentos) e de ventilação; colchões espalhados pelo chão (obrigando os detentos a se revezarem na hora de dormir); superpopulação (falta de vagas, inclusive em unidades provisórias); má alimentação; abandono material e intelectual; proliferação de doenças nas celas; maus tratos; ociosidade; assistência médica precária; pouca oferta de trabalho; analfabetismo; mulheres junto com homens, já que a oferta de vagas para mulheres é muito baixa; homens presos em contêineres. Há desproporcionalidade na aplicação de penas; mantêm-se prisões cautelares sem motivação adequada e por mais tempo do que o previsto; falta Defensória Pública eficaz, pois muitos presos que já poderiam estar soltos continuam presos, já que não têm dinheiro para contratar um bom advogado. Contudo, quando se observa a realidade das mulheres em estabelecimentos prisionais, as dificuldades são ainda maiores, pois o Estado não respeita as especificidades femininas, como necessidade assistência médica durante a gestação, de acomodações destinadas à amamentação e na quase ausência de berçários e creches[5].

[4] Cf. Violência no Brasil: 50 vezes mais mortos que na Faixa de Gaza. Repórter Brasil. 14.01.2009. Disponível em: <http://www.reporterbrasil.com.br/exibe.php?id=1487> Acessado em: 20 fev 2010.

[5] A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, depois de fazer mutirões em penitenciárias e cadeias públicas, constatou que as presas são submetidas a situações degradantes, princi-

Segundo Cezar R. Bitencourt, eminente penalista, as deficiências apresentadas nas prisões são muitas:

> [...] a) maus tratos verbais ou de fato (castigos sádicos, crueldade injustificadas, etc.); b) superlotação carcerária (a população excessiva reduz a privacidade do recluso, facilita os abusos sexuais e de condutas erradas); c) falta de higiene (grande quantidade de insetos e parasitas, sujeiras nas celas, corredores); d) condições deficientes de trabalho (que pode significar uma inaceitável exploração do recluso); e) deficiência dos serviços médicos ou completa inexistência; f) assistência psiquiátrica deficiente ou abusiva (dependendo do delinqüente consegue comprar esse tipo de serviço para utilizar em favor da sua pena); g) regime falimentar deficiente; g) elevado índice de consumo de drogas (muitas vezes originado pela venalidade e corrupção de alguns funcionários penitenciários ou policiais, que permitem o trafico ilegal de drogas); i) abusos sexuais (agravando o problema do homossexualismo e onanismo, traumatizando os jovens reclusos recém ingressos); j) ambiente propicio a violência (que impera a lei do mais forte ou com mais poder, constrangendo os demais reclusos)[6].

Segundo dados do InfoPen, um único médico é responsável por 646 presos; cada advogado público é responsável por 1.118 detentos; cada dentista, por 1.368 presos; e cada enfermeiro, por 1.292 presos. Todavia, a Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determina que, para

palmente nas cadeias femininas de detenção provisória geridas pela polícia, onde a superlotação chega a 600% da capacidade. Cerca de 36% das mulheres encarceradas já haviam cumprido pena e não foram libertadas por falta de atendimento jurídico. O mais comum foi encontrar mulheres cumprindo mais penas do que o obrigatório. Também foi constatado um alto número de presas que já poderiam ter recebido os benefícios previstos pela LEP por bom comportamento. Constataram-se ainda presas abandonadas por maridos e esquecidas pela família. São mulheres que, além de não terem advogados constituídos, não contam com parentes que se preocupam com elas, seja as visitando, seja mobilizando algum tipo de apoio jurídico, material e psicológico. Algumas dessas mulheres permanecem casadas, mas os maridos também estão presos. Algumas correm o risco de perderem a guarda dos filhos. Atualmente há cerca de 11 mil mulheres no Estado de São Paulo. Segundo as estimativas da Defensoria Pública, mais de 4.200 presas – o equivalente a 74% do total – não têm advogado constituído (Cf. PRESAS sem assistência jurídica. O Estado de São Paulo, São Paulo, 15 de junho de 2011. Notas & Informações, p. A3).

[6] BITENCOURT, 2001, p. 156-157.

cada grupo de 500 presos, exista um médico, um enfermeiro, um dentista e um advogado. O descumprimento da lei não está apenas na assistência aos presos. Segundo a legislação, cada detento deveria ter cela individual e área mínima de seis metros quadrados. Mas a realidade é outra, pois nos cárceres há um verdadeiro amontoamento de presos, depósitos humanos em que ficam apenas contidos, segredados.

No Brasil, a (alta) taxa de reincidência criminal situa-se em torno de 70% (ante 16% na Europa). Como não há reeducação (aprimoramento humano e profissional), quando voltam ao convívio social, geralmente se enveredam novamente no crime. Torna-se um ciclo, pois, quanto mais gente se prende, mas potenciais presos estão sendo formados, mas com o diferencial de que a cadeia os "aprimorou" para o crime (escolas do crime). Assim, quando o preso sai da cadeia, vamos nos deparar com alguém mais perigoso, embrutecido e, obviamente, sem nenhuma condição de acesso ao mercado de trabalho. O estigma de cometer um delito acompanha o ex-detento por toda a vida e geralmente chega ao ouvido dos futuros patrões, inviabilizando a possibilidade de trabalho. A falta de oportunidades reserva basicamente uma única opção ao ex-presidiário: voltar a infringir a lei quando retorna ao convívio social. É como se a sociedade o empurrasse novamente para o mundo do crime. Há um preconceito de toda a sociedade. Isso tudo, sem dúvida, torna muito pouco provável a reabilitação. Triste realidade. Todavia, é preciso oferecer perspectiva de futuro ao preso, caso contrário, as penitenciárias vão seguir inchadas de reincidentes.

Apesar de ser uma exigência para a ressocialização, as atividades laborais e os cursos profissionalizantes estão longe de ser uma realidade. Estudos mostram que aproximadamente 76% dos presos ficam ociosos. Em todo o País, apenas 17% dos presos estudam na prisão – participam de atividades educacionais de alfabetização, ensino fundamental, ensino médio e supletivo. Todavia, trabalhar ou estudar na prisão diminui as chances de reincidência em até 40%[7]. Dar um tratamento digno ao preso, propiciando-lhe trabalho e educação, além da inserção no mercado de trabalho, é uma forma de combater o crime. Por isso, as empresas e o governo precisam incentivar a criação de oportunidades de trabalho e cursos de capacitação profissional para presos e egressos do sistema carcerário, de modo a concretizar ações de cidadania, promover a ressocialização e a consequente redução da reincidência.

[7] Cerca de 76% dos condenados no Brasil estão ociosos na prisão, aponta estudo. Disponível em: <http://www.montalvao.adv.br/plexus/ver.asp?id=125>. Acessado em: 29 jun 2011.

Por conta desse quadro polêmico que atinge todos os estados brasileiros, o Conselho Nacional de Justiça apresentou algumas soluções: promoveu mutirões[8], passou a estimular os juízes criminais a reduzirem os números das prisões provisórias, a aplicarem penas alternativas e a permitirem o monitoramento eletrônico de presos. No entanto, apesar dos sucessivos esforços e avanços, os resultados dessas iniciativas ficaram abaixo das expectativas. É dizer, o sistema prisional continua em crise. Mas não é só. O mais grave é que esse problema só tende a se agravar.

Sem embargo, há um consenso entre os estudiosos de que é preciso evitar que as pessoas precisem ir à cadeia. Uma solução adotada em alguns países, como o Reino Unido (que representa um dos menores índices de presos no mundo), é reservar as prisões somente para os criminosos considerados perigosos, que oferecem risco à sociedade, como o homicida ou quem comete crime sexual. Amplia-se, assim, a utilização de penas e medidas alternativas (à prisão), com acompanhamento (e fiscalização) dos condenados pelo Estado e pela sociedade. Com certeza, as possibilidades de recuperação de quem cometeu um delito considerado leve ou médio são comprovadamente muito maiores quando o condenado não cumpre sua pena em regime fechado. Além disso, as chances de a pessoa reincidir são menores – em torno de 12%. Outro fator positivo é que, embora a aplicação de penas e medidas alternativas, de acordo com a legislação vigente, não represente um esvaziamento imediato dos presídios, impede o agravamento da superpopulação carcerária. Sob um ponto de vista econômico, o governo gasta mais de US$ 1,5 bilhão por ano para manter a população carcerária, sendo que o custo mensal da manutenção do preso com uma pena alternativa gira em torno de R$ 70 por mês[9].

Sabemos que no País já existe esforço para aplicar as penas alternativas e conscientizar sobre a importância e necessidade delas, mas, ainda assim, continuam sendo a exceção. Os crimes de menor gravidade, inclusive contra o patrimônio, são punidos com prisão, havendo grande mistura entre os detentos. Com isso, as penitenciárias tornam-se as verdadeiras escolas do cri-

[8] A atuação dos mutirões carcerários busca não só dar efetividade à Justiça criminal (fazendo um diagnóstico da situação dos presos e da realidade dos presídios), garantir o cumprimento da lei de execuções penais, com a revisão dos processos, como também contribuir para a segurança pública, possibilitando aos presos a reinserção social.

[9] Cf. Robson Sávio Reis Souza. Falência das Prisões. Jornal Estado de Minas, Belo Horizonte, 24 de março de 2008. Opinião, p. 9.

me. Na verdade, quando os juízes justificam a não substituição em nome do temor, da gravidade do delito, do risco à sociedade, etc., estão demonstrando a falta de estrutura do Judiciário (do Estado como um todo) na fiscalização do cumprimento das penas alternativas. Sem dúvida é mais cômodo e barato pagar um carcereiro para cuidar de um cadeado do que investir nas centrais de atendimento, na capacitação de funcionários e no exercício da cidadania. Como construir e manter cadeia não dá voto e prestígio aos governantes, eles não estão nem aí com a desgraça prisional.

A aplicação da pena alternativa deve ser a regra. A prisão deve ficar no lugar que lhe cabe: o de exceção. Não adianta insistir no erro, ou seja, acreditar que sanções mais rigorosas, menos benefícios, ampliação do número de vagas prisionais, resolverão o problema. É exatamente isso que está levando o sistema prisional ao colapso, à falência total, a uma verdadeira bomba-relógio prestes a explodir. Há muito se chegou à conclusão de que o problema da prisão é a própria prisão.

Desde o princípio do século XVIII, as prisões são veemente criticadas, denunciando-se que a prisão foi "o grande fracasso da justiça penal", por uma série de defeitos, entre eles, segundo Foucault, os seguintes: a) as prisões não diminuem a taxa de criminalidade; b) provocam a reincidência; c) não podem deixar de fabricar delinquentes, mesmo porque lhe são inerentes o arbítrio, a corrupção, o medo, a incapacidade dos vigilantes e a exploração (dentro dela nascem e se desenvolvem as carreiras criminais); d) favorecem a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras; e) as condições dadas aos detentos libertados os condenam fatalmente à reincidência; f) a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento[10].

No início da década de 70, foram feitas sérias críticas à perspectiva retributiva e à eficácia das instituições totais, em especial ao cárcere (e seu sustento operativo: "ideologia do tratamento ressocializador", assente na crença do potencial regenerador de todo ser humano) e ao tratamento por meio da pena privativa de liberdade[11]. Advieram, então, por parte da doutrina, duas propostas político-criminais: de um lado, um setor advogou a defesa do regresso às teses retributivas e a aplicação de doutrinas "*just deserts*"

[10] Cf. FOUCAULT, 2007, p. 221-223.

[11] Cf. ALBINO e MARQUES, 2007, p. 2.

(recebimento da punição merecida), com o inevitável endurecimento das penas/punição. Propôs-se uma mudança de orientação nas políticas penais, em direção a alternativas ao cárcere (devendo ser a prisão somente estipulada para os criminosos de alta periculosidade, que tenham praticado reiteradas condutas – cárcere como última cartada), bem como ao desenvolvimento da perspectiva vitimológica, orientada à reparação dos danos causados às vítimas e à reconciliação do infrator com a vítima e com a sociedade[12] em que se insere.

É dizer, esse movimento crítico objetivava a reformulação do sistema prisional, levando a busca de alternativas às prisões e à pena privativa de liberdade[13]. Foi fortemente marcado pelos trabalhos da Escola de Chicago e da Teoria Crítica ou Radical, que se desenvolveram na Universidade de Berkeley (onde foi criada a Union of Radical Criminologists), na Califórnia (EUA); e também pelo movimento inglês organizado em torno da National Deviance Conference (NDC), encabeçada por Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young ("The new criminology: for a social theory of desviance," de 1973, e "Critical Criminology", de 1975)[14]. Nos Estados Unidos, alguns grupos religiosos (sobretudo os quakers e os menonitas) se unem à corrente da esquerda radical americana para contestar o papel e os efeitos das instituições repressivas e para encontrar uma alternativa ao uso estendido da pena[15].

O movimento crítico americano encontra eco na Alemanha (Escola de Frankfurt) e em outros países europeus com os trabalhos de Michel Foucault ("Vigiar e Punir: o nascimento da prisão", 1975), Françoise Castel, Robert Castel e Anne Lovell ("A sociedade psiquiátrica avançada: o modelo americano", 1979), Nils Christie ("Limites da dor", 1981) e Louk Hulsman ("Penas perdidas: o sistema penal em questão", 1982)[16]. Também podemos citar a Escola de Bolonha, em que avultam os nomes a quem se devem vários trabalhos de criminologia radical, como D. Melossi, M. Pavarini, F. Bricola e A. Baratta. Na Holanda, em Amsterdã, dirigido por H. Bianchi, tem-se a criação do Instituto de Justiça Criminal, que passa a ser o centro

[12] Cf. CARRASCO ADRIANO, Maria Del Mar apud PALLAMOLLA, 2008, p. 177; ALBINO e MARQUES, 2007, p. 2.

[13] Cf. ZEHR, 2008, p. 61.

[14] Cf. SHECAIRA, 2004, p. 327; JACCOUD, 2005, p. 164; OLIVEIRA, 1999, p. 48.

[15] Cf. LARRAURI, 2004, p. 72; JACCOUD, 2005, p. 164.

[16] Cf. JACCOUD, 2005, p. 165; OLIVEIRA, 1999, p. 48.

da política criminal holandesa. Nos países de língua portuguesa, merecem destaque os estudos de Boaventura de Sousa Santos ("A lei dos oprimidos: a construção e reprodução da legalidade em Pasárgada", 1977), Roberta Lyra Filho ("Criminologia dialética", 1972) e Juarez Cirino dos Santos ("Criminologia radical", 1981)[17]. Outro importante trabalho foi publicado em 1974, por Martinson, no artigo intitulado "Qué funciona? Preguntas y respuestas acerca de la reforma de la prisión?", no qual indicou que, salvo algumas exceções isoladas, os efeitos reabilitadores, que hão sido relatados há muito tempo, não tiveram o efeito desejado[18]. Podemos ressaltar que, com a criminologia moderna (crítica), três tendências distintas começaram a se delinear: o neorrealismo de esquerda, a teoria do direito penal mínimo e o abolicionismo[19].

Sem embargo, hoje em dia, adeptos do Direito Penal Máximo veem na pena de prisão a solução para o problema do crime. De outra banda, temos o grupo do Direito Penal Mínimo, cujos componentes entendem que a cadeia deve servir somente para aqueles que cometem crimes de extrema gravidade, sendo a liberdade a regra, admitindo-se excepcionalmente o cerceamento da liberdade individual. Podemos ainda acrescer que, dentro desse universo, existem opiniões extremadas para ambos os lados, tal qual a do grupo dos abolicionistas, que gostariam de ver a sociedade livre do Direito Penal, ou então a dos adeptos do Direito Penal do Terror, simpáticos à pena de morte, regime disciplinar diferenciado e à prisão perpétua, para os quais "bandido bom é bandido morto" ou "este deve apodrecer na cadeia". Como se situar dentro desse contexto? Como as opiniões extremadas não são as soluções, é melhor continuar com o Direito Penal. Todavia, cremos que, apesar de os dois sistemas terem suas virtudes e imperfeições, o Direito Penal Mínimo é a melhor solução, pelo menos a curto e médio prazo[20]. A prisão, consequência por excelência dos sistemas penais, só deve se voltar para casos excepcionais, crimes mais graves e intoleráveis, não solucionáveis por via

[17] Cf. SHECAIRA, 2004, p. 329-330.

[18] Cf. RODRIGUEZ, 2005, p. 875.

[19] Cf. SHECAIRA, 2004, p. 335; SÁNCHEZ, 1990, p. 1.

[20] LLANTADA, Bolívar dos Reis. Cadeia para quem? Zero Hora, Porto Alegre, 15 de agosto de 2009. Disponível em: <http://infodireito.blogspot.com/search.php?q=Bol%C3%ADvar+dos+Reis+Llantada&r=0&submit=Go!>. Acessado em: 16 ago 2009. Luiz Flávio Gomes distingue os movimentos político-criminais da seguinte maneira: de um lado, há os movi-

distinta[21]. O Direito Penal precisa se restringir e justificar ao máximo sua intervenção[22].

Nessa linha de raciocínio, Juarez Cirino dos Santos, partidário do Direito Penal Mínimo, afirma que o sistema penal precisa ser reduzido:

> [...] os objetivos do sistema prisional de ressocialização e correção estão fracassando há 200 anos, e muito pouco está sendo feito para mudar a situação. Prisão nenhuma cumpre estes objetivos, no mundo todo. O problema se soma ao fato de que não há políticas efetivas de tratamento dos presos e dos egressos. Fora da prisão, o preso perde o emprego e os laços afetivos. Dentro da prisão, há a prisionalização, quando o sujeito, tratado como criminoso, aprende a agir como um. Ele desaprende as normas do convívio social para aprender as regras da sobrevivência na prisão, ou seja, a violência e a malandragem. Sendo assim, quando retorna para a sociedade e encontra as mesmas condições anteriores, vem à reincidência. A prisão garante a desigualdade social em uma sociedade desigual, até porque pune apenas os miseráveis. Por isso defendo o desenvolvimento de políticas que valorizem o emprego, a moradia, a saúde, a educação dos egressos. A criminologia mostra que não existe resposta para o crime sem políticas sociais capazes de construir uma democracia real, que oportunizem aos egressos condições de vida [...][23].

---

mentos intervencionistas, que procuram incrementar a resposta estatal para a resolução de conflitos penais. São eles os movimentos de criminalização, penalização, carcerização e institucionalização (compreendendo a não diversificação). De outro lado, há os movimentos não intervencionistas, que se caracterizam pela abolição ou drástica redução da intervenção estatal para a resolução dos conflitos penais e confiam ou procuram incrementar uma resposta mais social, informal e resolutiva que meramente decisória. São eles os movimentos da descriminalização, despenalização, descarcerização, desinstitucionalização e diversificação (Cf. GOMES, 2000, p. 62).

[21] Cf. SÁNCHES, 1990, p. 31-38; BARATTA *apud* BATTISTELLI, 2001, p 29-41; PALERMO, 2005, p. 177.

[22] Cf. CRESPO, 2008, p. 109.

[23] SANTOS, Juarez Cirino dos. O Sistema penal precisa ser reduzido. O Estado do Paraná, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://infodireito.blogspot.com/2010/02/sistema-penal-precisa-ser-reduzido-diz.html>. Acessado em: 25 fev 2010.

O eminente criminólogo propõe três eixos principais que precisam ser trabalhados para resolver o problema: descriminação, despenalização e desinstitucionalização, que incluem políticas sociais, penas alternativas efetivas, reintegração de egressos e avaliação de crimes "insignificantes":

> [...] sobre a descriminação, é necessário se reduzir as condenações por crimes classificados como "insignificantes". Temos crimes que entram no princípio da insignificância e que enchem as prisões. A despenalização refere-se "a uma atitude democrática dos juízes". Na criminalidade patrimonial, por exemplo, cujos índices são grandes, poderia ser estabelecido que, se o dano tem até um salário-mínimo, não há significância e, portanto, não há lesão de bem jurídico, não se aplica a pena. Já a desinstitucionalização envolve o livramento condicional. Os diretores de prisão costumam relatar que um preso que não teve bom comportamento não merece o livramento condicional. A questão é muito subjetiva. Por isso se ele já cumpriu dois terços da pena, ele deve merecer o beneficio. Há ainda a remissão penal, quando a cada três dias de trabalho o preso tem um dia de redução da pena. Mas a Justiça entende que este trabalho deve ser produtivo, e não inclui o arsenal. E se a prisão não tiver o trabalho produtivo? E não poderia ser a proporção de um dia de trabalho para reduzir um dia de pena? Outra alternativa é o preso pagar a vítima ou seus descendentes valores que variam de um a 300 salários mínimos. O valor varia de acordo com o que o preso poderia pagar. A vítima não está interessada na prisão ou punição do sujeito, mas em uma forma de compensação...[24].

Criminólogos contemporâneos há muito apontam a exclusão socioeconômica como o *leitmotiv* da criminalidade (será que fica evidente que no Brasil há uma justiça para ricos e outra para pobres?). A revolta contra a exclusão é o desejo de ser incluído. Assim, a resposta eficaz para o problema da criminalidade é a democracia real, porque nenhuma política criminal substitui políticas públicas de emprego, salário digno, moradia, saúde, lazer, escola-

[24] SANTOS, Juarez Cirino dos. O Sistema penal precisa ser reduzido. O Estado do Paraná, 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://infodireito.blogspot.com/2010/02/sistema-penal-precisa-ser-reduzido-diz.html>. Acessado em: 25 fev 2010.

rização etc. No dizer de Radbruch "não temos que fazer um direito penal melhor, mas sim algo melhor do que o direito penal"[25].

Todavia, diante da realidade que se apresenta – e sabedores de que a democracia real está longe de ser alcançada –, devemos buscar alternativas que possam ao menos amenizar o problema da criminalidade. Mas para isso devemos parar de ser hipócritas e temos de admitir o fracasso da pena de prisão e a falácia do atual sistema.

1. REFERÊNCIAS

ALBINO, M. C. e MARQUES, C. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal** – os Primeiros Passos no Ordenamento Jurídico – Penal Português. Ministério da Justiça – direção geral da administração extra-judicial, Gabinete para resolução alternativa de litígios, Lisboa, Newsletter n. 8, Março 2007, p. 2. Disponível em: <http://www.dgae.mj.pt>. Acessado em: 16 set 2008.

BATTISTELLI, M. E. C.. Mediación Penal. Pensamiento penal y criminológico. **Revista de derecho penal integrado**, ano II, n. 2, 2001, p 29-41.

BITENCOURT, C. R. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRESPO. E. D. **De nuevo sobre el pensamiento abolicionista**. Disponível em: <http://www.defensesociale.org/revista2003/07.pdf.> Acessado em: 08 jun 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Tradução Raquel Ramalhete. 33. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

GOMES, L. F. **Penas e medidas alternativas à prisão: doutrina e jurisprudência.** (Coleção temas atuais de direito criminal – v. 1). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JACCOUD, M. **Princípios, Tendência e Procedimentos que Cercam a Justiça Restaurativa.** *In*: SLAKMON, C.; DE VITTO, R. C. P. e GOMES

[25] RADBRUCH, 2004, p. 246.

PINTO, R. S. (Orgs.). Justiça Restaurativa. Brasília, DF: MJ e PNUD, 2005, p. 163-186.

LARRAURI, E. **Tendencias actuales de la justicia restauradora.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 12, n. 51, p. 67-103, nov./dez. 2004.

PALERMO, P. G. **La reparación del danõ como 'tercera vía' punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 13, v. 55, p. 162-229, jul./ago. 2005.

PALLAMOLLA, R. P. **Justiça Restaurativa: Legislação e Experiências Espanholas.** Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, ano IX, n. 51, p. 177-197, ago./set. 2008.

PRUDENTE, N. M. **Justiça Restaurativa, Experiências Brasileiras, Propostas e Direitos Humanos**. 2009. 276p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2009.

PRUDENTE, N. M. **Monitoramento Eletrônico: Uma Efetiva Alternativa à Prisão?** Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v.65, p.7-21, dez./jan. 2010.

PRUDENTE, N. M. **O retrato das prisões brasileiras.** O Diário do Norte do Paraná, Maringá, 08 abril 2008. Opinião, p. A2.

O COLAPSO do sistema prisional. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 3 de janeiro de 2011. Notas e Informações, p. A3.

OLIVEIRA, A. S. S. **A vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e seu impacto no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito.** Tradução Marlene Holzhansen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RODRIGUEZ, J. L. Justicia restaurativa em La justicia penal juvenil. *In*: BAIGÚN, D. *et. al.* Estudios sobre justicia penal: homenaje al prof. Julio B. J. Maier, Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 873-886.

SÁNCHEZ, M. M. **Qué pasa em la criminologia moderna?** Bogotá, Colômbia: Editorial Temis, 1990.

SHECAIRA, S. S. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A (in) aplicabilidade do Princípio da Coculpabilidade na Justiça Militar

Patrícia Avena Carmo
Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, pós-graduanda em Direito Público – CEJUS/BA.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar as características do instituto da coculpabilidade, com enfoque para a verificação e comprovação da (in)aplicabilidade deste na Justiça Militar, à luz do Direito Penal Militar aplicável ao sistema jurídico-normativo da Caserna. *In casu*, a hipótese é consubstanciada na (in)aplicabilidade da coculpabilidade na resolução dos conflitos de natureza penal militar justificada pelo atrito causado entre os princípios que sustentam as instituições militares, notadamente a hierarquia e a disciplina, e o instituto da coculpabilidade, utilizado na Justiça comum, tendo em vista as peculiaridades inerentes à Justiça castrense.

PALAVRAS-CHAVES: Princípio da coculpabilidade. Justiça Militar.

ABSTRACT: This article aims to analyze the characteristics of co-culpability institute, with a focus on verification and confirmation of (in)applicability of the co-culpability principle in the military justice, in vision of military criminal law applicable to the normative legal of the military environment. In casu, the hypothesis in the form of (in)applicability of co-culpability to solve conflict of military criminal law, justified by the conflict caused between the principles that sustain military institutions, hierarchy and discipline, and the principle of co-culpability, used in the regular courts, in view of the peculiarities inherent to military tribunals.

KEYWORDS: Principle of coculpability. Military Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. Desenvolvimento − 2.1. Conceito de coculpabilidade − 2.2. Coculpabilidade: uma circunstância judicial, atenuante genérica ou ex-

culpante supralegal? Doutrina brasileira − 2.3. A Justiça Militar brasileira: sistema jurídico-penal − 2.4. Princípios regentes da Justiça Militar: hierarquia e disciplina − 2.5. Da inaplicabilidade da coculpabilidade na Justiça Militar − 3. Considerações finais − 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A temática da coculpabilidade, teoria garantista que partilha a reprovabilidade da conduta delituosa e a responsabilidade desta com o Estado e a sociedade democrática, ante as mazelas sociais e a falta de oportunidades impostas aos delinquentes, recente na doutrina penal brasileira, tem sido pouco desenvolvida pelos doutrinadores pátrios e igualmente pouco aplicada nas decisões judiciais em todas as instâncias do Poder Judiciário.

A coculpabilidade traduz-se em princípio de imperiosa aplicabilidade no Direito Penal comum, em face da impossibilidade de escolha de meios de vida dos indivíduos marginalizados, que são irrefutavelmente inseridos na atividade criminosa como meio de subsistência. A forma e a dimensão dessa repartição de consequências entre o infrator marginalizado, o Estado e a sociedade será o alvo de debate doutrinário aqui apresentado.

Nesse contexto, cabe, inicialmente, a análise do instituto da coculpabilidade, traçando os seus aspectos conceituais e históricos, na busca da compreensão e interpretação de suas funções, que corroboraram com o entendimento e a aplicação desse instituto no Brasil, embora ainda incipiente.

Desenvolvidos esses tópicos, por conseguinte, será delineada a estrutura, a composição e a competência da Justiça Militar brasileira, analisando-se o seu peculiar sistema jurídico-penal, com apresentação da especialização dessa jurisdição e do Direito aplicável à prática militar. Nesse diapasão, foram trazidos à baila os princípios norteadores e fundamentais da Justiça Militar e do funcionamento e estrutura das organizações militares em geral, a hierarquia e a disciplina.

Na temática da Justiça Militar, consoante restará demonstrado, há ainda maior escassez bibliográfica e empírica sobre o tema da coculpabilidade, tornando-o virtuoso e, antagonicamente, deveras tormentoso para a pesquisa científica. Nesse passo, o tema será estudado sob a ótica da especificidade do Direito Penal Militar, que, com regramento próprio, possui peculiarida-

des que destoam do Direito Penal comum. A coculpabilidade, nesses termos, será confrontada com os princípios basilares do Direito Penal Militar e da Justiça Militar, para a verificação de sua coerência e (in)aplicabilidade na especificidade da realidade da Caserna.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Conceito de coculpabilidade

Historicamente, as nações latino-americanas, e em destaque o Brasil, desenvolveram seus institutos penais diante de panoramas estruturais de desigualdades sociais profundamente gritantes atreladas aos abusos e desmandos de Estados supostamente garantidores.

É diante desse quadro histórico-social de subdesenvolvimento humano − em que a segregação social se encontra atrelada a índices de desenvolvimento pessoal miseráveis e determinismo estatal opressor, a revés da igualdade de oportunidades que deveria conferir aos seus cidadãos − que se desenvolve a coculpabilidade como instituto penal vanguardista. Busca a real aferição da responsabilidade do agente e a participação direta da sociedade e do Estado na conformação dessa responsabilidade penal e reprovabilidade social. Surge aí a figura do compartilhamento da responsabilidade penal e da reprovabilidade da conduta criminosa entre os algozes de uma massa oprimida e marginalizada, o instituto da coculpabilidade.

Eugênio Raul Zaffaroni, desde o fim da década de 1970 e, precipuamente, no início da década de 1980, desenvolveu doutrinariamente fortes críticas às legislações penais que atribuíam a mesma intensidade de responsabilidade penal e juízo de censura a pessoas que compunham degraus díspares da estrutura social, desempenhando funções econômicas essencialmente desiguais. Tal reprovação similar a pessoas privilegiadas e segregadas seria, para ele, a tradução do ultraje ao princípio norteador dos ordenamentos jurídicos modernos liberais que é o princípio da igualdade material, em sua acepção isonômica[1]. Nesse mesmo entendimento, os ilustres doutrinadores Zafaronni e Pierangeli afirmam que:

[1] CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. A aplicação da pena e garantismo. 2. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2008. p. 70-71.

> Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em conseqüência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma 'coculpabilidade', com a qual a própria sociedade deve arcar[2].

Com efeito, a partir daí se desenvolveram, nos ordenamentos jurídicos penais, ao redor do mundo, a possibilidade de se aplicar o princípio da coculpabilidade como causa precípua de aferição, limitação e fundamentação da pena ante a responsabilização do agente criminoso analisado sob sua perspectiva econômico-social.

No ordenamento jurídico penal brasileiro, é possível identificar-se a concretização do princípio da coculpabilidade a partir da redação, em 1984, da Parte Geral do Código Penal, dentre outras hipóteses, na previsão da gradação da pena de multa (prevista no art. 60, *caput* e § 1º), de acordo com a capacidade econômica do agente delituoso. Em tópico mais adiante, analisaremos o desenvolvimento do instituto da coculpabilidade na legislação e doutrina pátrias.

Conceituar coculpabilidade é tarefa árdua, pautada na referida análise do desenvolvimento histórico-econômico-social humano que permitiu o surgimento e o desenvolvimento desse instituto de natureza penal, mas de cunho sociológico.

A despeito desse entendimento e na análise dogmática do Direito, um tanto desprovida do viés social suscitado por Zaffaroni, o Direito Penal tem por objetivo primaz estabilizar o sistema social e estatal, mediante a imputação de comportamentos, pré-fixação destes no ordenamento, ou seja, da reação

[2] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 580.

imediata a um comportamento que contraria a confiança na validade da norma penal imposta pelo Estado. Nesse passo, o fato criminoso a ser punido frustra as expectativas da comunidade, e, com a atribuição de culpabilidade e a punição respectiva, pretende-se confirmar que é correto confiar que a norma é que está certa. Pune-se para manter a confiança na norma, para exercitar o seu reconhecimento geral[3].

Mas até que ponto a punição individual e o prévio juízo de reprovabilidade para fazer valer a norma penal são efetivamente justos no contexto social de desigualdade e marginalização em que vivemos? Haveria uma parcela de responsabilidade do corpo social pelas condutas ilícitas reprimidas?

É nesse contexto, de análise subjetiva do comportamento do agente criminoso, fruto do determinismo social aflitivo e segregador, que surge a figura da corresponsabilização social e estatal ante a criminalidade dos marginalizados, a coculpabilidade no Direito Penal.

Nesse diapasão, infere-se, pois, que o princípio da coculpabilidade pode ser vislumbrado na seguinte proposição: ao lado do homem culpado por seu fato, existe uma coculpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte de culpabilidade, da reprovação pelo fato, com a qual a sociedade deve arcar em razão das possibilidades sonegadas. Se a sociedade não oferece a todos as mesmas possibilidades, que assuma a parcela de responsabilidade que lhe incube pelas possibilidades que negou ao infrator, em comparação com as que proporcionou a outros. O infrator apenas será culpável em razão das possibilidades sociais que se lhe ofereceram[4].

Com efeito, tomando como base as supracitadas assertivas, só é possível atribuir a mesma censura geral, inerente à culpabilidade, aos agentes criminosos se estes também forem dotados de condições subjetivas de desenvolvimento semelhantes. Não é possível, nem ao menos justo, que indivíduos aos quais foram atribuídas possibilidades e oportunidades econômicas, acadêmicas e sociais de desenvolvimento pessoal díspares e degradantes, em comparação com a camada mais favorecida da sociedade, fossem julgados em pé de igualdade. Isso iria amplamente de encontro ao princípio da igual-

[3] SANTANA, Selma Pereira de. A culpa temerária: contributo para uma construção no Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 217-218.

[4] CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de, *Op cit.*, p. 70-71.

dade material, regente do ordenamento jurídico pátrio, na medida em que os desiguais sofreriam equivalente juízo de reprovação.

Embora o juízo de reprovabilidade social paire na conduta do agente criminoso dotado de livre arbítrio, ou de denominada autodeterminação, é imprescindível compreender que, ainda que o indivíduo tenha seu elemento volitivo livre, com intelecto preservado e compreensão do caráter ilícito da conduta praticada, ele é moldado pelas circunstâncias sociais de desenvolvimento que o circundam, pelas possibilidades de crescimento pessoal que lhe foram concedidas ou suprimidas. Afinal, o indivíduo é influenciado, determinantemente, pelo meio em que vive, e esse meio, sendo hostil ou privado de oportunidades sociais de desenvolvimento pessoal, contribuirá para as suas escolhas, conformando o seu livre arbítrio e contribuindo para a formação da sua autodeterminação. Por conseguinte, se a sociedade não confere igualmente oportunidades de desenvolvimento subjetivo aos indivíduos, estes não serão dotados da mesma autodeterminação de conduta, ante a menor quantidade de escolhas, não devendo, portanto, sofrer igual juízo de reprovação.

O homem não pode ser responsabilizado ou julgado apenas pela sua conduta livre, mas também segundo as circunstâncias subjetivas que o conformam e delimitam o seu âmbito de ação. Essas circunstâncias subjetivas são direcionadas, objetivamente, pelas oportunidades conferidas pela sociedade, em maior ou menor proporção. Dessa forma, o contexto social em que o criminoso está inserido deve ser valorado no juízo de reprovação da conduta e consequente aplicação da pena, no caso concreto.

Aliado ao aspecto de autodeterminação do indivíduo, é necessário salientar que as oportunidades sociais conferidas a ele, e que conformam a sua vontade, consoante referido anteriormente, são disponibilizadas, determinadas e estimuladas pelo Estado.

O Estado, cujo dever é promover o desenvolvimento social, não cumpre com suas funções garantidoras, sendo aqui irrelevante a sua justificação para tanto. A sociedade, por sua vez, não contribui para a inserção dos menos favorecidos no âmbito do desenvolvimento, ainda que mínimo, de suas aspirações individuais. Os marginalizados, consequentemente, privados de oportunidades e com a liberdade volitiva prejudicada, ingressam na criminalidade. Esta aflige, por fim, a sociedade e o Estado, na medida em que lhes retira a confiança no ordenamento jurídico, ineficaz para repreender a

demanda penal brasileira. Assim, o que se vislumbra, *in casu*, é um ciclo eterno de marginalização atrelada ao crescimento da criminalidade.

Diante desse quadro conjuntural de déficit social, como penalizar igualmente os indivíduos desigualmente tratados pelo Estado e pela sociedade? Não seriam eles corresponsáveis pela conduta típica praticada por transgressor?

Juarez Cirino dos Santos, um dos primeiros doutrinadores a fazer menção ao instituto da coculpabilidade, afirma que:

> Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da coculpabilidade da sociedade organizada, responsável pelas injustiças das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida. Em sociedades pluralistas, as alternativas de comportamento individual seriam diretamente dependentes do status social de cada indivíduo, com distribuição desigual das cotas pessoais de liberdade e determinação conforme a respectiva posição de classe na escala social[5].

A coculpabilidade revela-se como corresponsabilização parcial do Estado e da sociedade ante as condutas delitivas praticadas por seus cidadãos, compelidas e justificadas pela ausência de desenvolvimento pessoal, decorrentes da omissão do Estado quanto aos seus deveres constitucionais. A responsabilidade penal é repartida entre esses três entes, já que todos eles contribuíram, direta ou indiretamente, para a prática do crime.

Nesse diapasão, Grégore Moura conceitua a coculpabilidade desta forma:

> A coculpabilidade é uma coculpa da sociedade, consubstanciada em um princípio constitucional implícito da nossa Carta Magna, o qual visa promover menor reprovabilidade do sujeito ativo do crime em virtude de sua posição de hipossuficiente e abandonado pelo

[5] SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna Teria do Fato Punível. Curitiba: Lumen Juris. 2005. p. 182.

> Estado, que é inadimplente no cumprimento de suas obrigações constitucionais para com o cidadão, principalmente no aspecto econômico-social. [...] A corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando seqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal[6].

A coculpabilidade é o reconhecimento do Estado de sua parcela de culpa na conformação do crime. Ela abarca, em toda a sua extensão, circunstâncias econômicas, sociais e culturais, conforme aqui demonstrado. Não pode ficar adstrita apenas ao determinismo econômico, já que este é apenas um dos componentes que moldam a autodeterminação do agente criminoso, bem como apenas uma das vertentes estatais que devem ser conferidas a todos, indistintamente.

Zaffaroni, nesse entendimento, aduz que:

> *La idea central a que responde es que, dado que ninguna sociedad tiene uma movilidad vetical tan libre que proporcione a todos sus miembros el miesmo espacio social, el reproche de culpabilidad debe adecuarse em cada caso al espacio social que la persona há tenido y, por consiguiente, la sociedad debe cargar com la parte que le fue negada (es co-culpable em esa medida)*[7].

Com efeito, a coculpabilidade tem o escopo de retirar do ordenamento jurídico brasileiro a segregação e a exclusão social mediante a concretização da isonomia, permitindo que se aplique, no caso concreto, a pena mais justa, levando-se em consideração as circunstâncias sociais que contribuíram para a prática da conduta criminosa.

---

[6] MOURA, Grégore Moreira de. Do princípio da coculpabilidade no Direito Penal. Niterói: Impetus, 2006. p. 136.

[7] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derecho Penal Parte General. 2.ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y financiera. 2000. p. 656.

2.2. Coculpabilidade: uma circunstância judicial, atenuante genérica ou exculpante supralegal? Doutrina brasileira

A coculpabilidade e sua análise jurídica, ante a sua aplicabilidade jurisdicional no Direito Penal e na Justiça comum, traz três posicionamentos básicos da sua conformação. A doutrina discute se ela seria circunstância atenuante genérica da pena, prevista como causa de atenuação inominada do artigo 66 do Código Penal brasileiro; estaria já incluída implicitamente nas circunstâncias judiciais para individualização da pena a cargo do magistrado e dispostas no artigo 59 do mesmo diploma legal, ou, ainda, se seria causa supralegal de exculpação ante a inexistência da inexigibilidade de conduta adversa, requisito obrigatório para configuração da culpabilidade penal?

Em análise detida de cada uma das possibilidades defendidas na doutrina penal, pode-se traçar um panorama atual da coculpabilidade no Direito Penal Brasileiro.

O primeiro entendimento defende que a coculpabilidade constitui atenuante genérica, prevista, como causa de atenuação inominada da pena, no artigo 66 do Código Penal brasileiro. Nesse contexto, o artigo 65 do mesmo diploma legal traz as causas legais de atenuação da pena. Taxativamente, porém, o rol de atenuantes é deveras aumentado pela previsão do referido artigo 66 do Código Penal brasileiro, *in verbis*:

> Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Os defensores dessa teoria afirmam que "motivo relevante" seria "qualquer circunstância relevante, relacionada com o fato ou com a pessoa do agente, que afete de forma significativa o merecimento da pena"[8].

Zaffaroni é um dos defensores da previsão implícita e da aplicabilidade da coculpabilidade como atenuante genérica. Para ele, a coculpabilidade é "herdeira do pensamento de Marat, e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo

[8] FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 19. ed. ver. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 167.

Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais: portanto, tem cabimento no CP mediante a disposição genérica do art. 66"[9].

Salo de Carvalho, por sua vez, compactua com esse entendimento e afirma que a coculpabilidade foi recepcionada pelo Código Penal brasileiro, a despeito da sua ausência de previsão no artigo 65, já que o artigo 66 não apresenta rol taxativo de atenuantes, cabendo a utilização da atenuante inominada a ser verificada pelo juiz, à luz do caso concreto. E, nessa hipótese, "a precária situação econômica do imputado deve ser priorizada como circunstância atenuante obrigatória no momento da cominação da pena"[10]. Afirma, ainda, que a regra do artigo 66 é clara, ao permitir o déficit das condições econômicas do agente, além da baixa escolaridade, como atenuante, cabendo ao juiz aplicá-la em suas decisões, na busca da efetivação da justiça.

Nesse diapasão, a referida interpretação do Código Penal, nas palavras de Salo de Carvalho:

> Possibilita, no interior da dogmática jurídico-penal, criar um mecanismo de minimização da cruel inefetividade dos diretos sociais, culturais, impondo ao Estado-Administração, via Judiciário, uma 'sanção', mesmo que residual ou simbólica, pela inobservância de sua própria legalidade no que diz respeito à estrutura do Estado Democrático de Direito que congloba, como vimos, a matriz do Estado Liberal e do Estado Social[11].

Há, também, outro pensamento que afirma que a coculpabilidade está inserida nas circunstâncias judiciais de individualização na fixação da pena, prevista no artigo 59 do Código Penal brasileiro. Segundo essas circunstâncias, o juiz avaliará, proporcionalmente, no caso concreto, o grau de reprovabilidade social cabível ao agente criminoso ante as circunstâncias objetivas e subjetivas atreladas ao crime praticado e previstas no texto da lei.

---

[9] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit.*, p.189.

[10] CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Op. cit.,* p. 74.

[11] Idem. p. 79.

É nesse momento de análise das circunstâncias judiciais subjetivas atreladas ao crime praticado que se avalia a incidência e a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade − visto que, sendo aplicável, haverá uma diminuição da reprovação dirigida ao réu ante a censura igualmente atribuível ao Estado, dividindo-se a responsabilização penal entre o criminoso e a sociedade. Gerando, por fim, a depender do grau de coculpabilidade aferido pelo juiz, a cominação da pena-base no mínimo abstrato previsto no tipo penal.

Sob a égide desse entendimento, a coculpabilidade funcionaria como circunstância supralegal de atenuação da pena, na qual as condições econômicas e sociais sobre as quais se pauta o princípio da coculpabilidade são levadas em consideração pelo juiz, para efeito da diminuição da pena-base aplicável ao crime, desde que haja correspondência, nexo de causalidade, entre as circunstâncias individuais degradantes e a prática do crime sancionado[12].

Paulo Queiroz, ao confirmar o papel da coculpabilidade como circunstância judicial, e não como atenuante genérica, rechaça o último pensamento, a seguir descrito, pela inexistência de causa supralegal de exculpação advinda da aplicação da coculpabilidade na individualização da pena, ao afirmar que:

> Trata-se de um conceito que se aproxima muito do estado de necessidade ou da inexigibilidade de conduta diversa, mas que com estes não se confunde, e em relação aos quais tem caráter residual/subsidiário, pois a adoção da atenuante da coculpabilidade pressupõe, logicamente, a rejeição ou o não reconhecimento da causa de justificação (estado de necessidade) ou da excludente supra-legal de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa) com as quais guarda semelhança. É que tais excludentes conduzem à absolvição pura e simples; a coculpabilidade, ao contrário, pressupõe a condenação. Temos, porém, que, em verdade, a chamada coculpabilidade não é senão uma dimensão do próprio conceito de culpabilidade enquanto circunstância legal, a atenuar ou agravar a pena, conforme o caso, uma vez que, se a culpabilidade é exigibilidade (maior

[12] QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito Penal, parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134.

> ou menor) a ser aferida tomando em conta as múltiplas variáveis do caso concreto, tal há de ser menor quanto àquele que comete delito premido por condições sócio-econômicas especialmente adversas[13].

Esse é o pensamento, a nosso ver, mais plausível, à luz da interpretação sistemático-normativa do Código Penal, uma vez que, conforme esposado, o juiz, ao mensurar a pena, no caso concreto, se utiliza das circunstâncias previstas no referido artigo 59 do Código Penal brasileiro para fixar a pena-base. A coculpabilidade está presente na redação dessas circunstâncias, na exata medida em que a condição sócioeconômica do indivíduo potencializa, mas não determina, a conduta ilícita. A coculpabilidade é enquadrada como antecedente sócioeconômico subjetivo do condenado, capaz de diminuir ou manter a pena-base a ser fixada pelo juiz, no caso concreto, e não como atenuante inominada ou causa exculpante, ainda que no Brasil, hoje, haja um contexto penal garantista. O subdesenvolvimento humano atrelado à omissão do Estado da sua função garantidora não coage os menos favorecidos à prática de crimes, obrigatoriamente, dependendo essa análise da verificação de cada caso e da observância das circunstâncias judiciais pelo juiz. Se verificada a sua influência para a prática delitiva, essa circunstância será levada em consideração na mensuração da sanção a ser aplicada − caso guarde nexo de causalidade com o crime − que poderá ser diminuída pelo juiz na fixação da pena, no caso concreto.

Em que pese o referido posicionamento, há, ainda, pensamento doutrinário, preconizado, sobretudo, por Juarez Cirino dos Santos, que defende que a coculpabilidade, em casos determinados, seria causa supralegal de exculpação. Excluiria a culpabilidade e, consequentemente, a ocorrência de crime, por inexigibilidade de conduta diversa advinda de sujeitos que vivem em condições desfavoráveis e que são, portanto, vulneráveis, na medida em que não seria exigível deles o comportamento diverso ante as suas condições pessoais degradantes.

Cirino dos Santos sustenta que a omissão do Estado na promoção do desenvolvimento dos cidadãos não levaria, apenas, à diminuição da pena a ser imposta ao agente criminoso, mas, também, à exclusão do juízo de reprovabilidade pela incidência do princípio da coculpabilidade como causa

[13] QUEIROZ, Paulo de Souza. Coculpabilidade? pauloqueiroz.net. [on line]. 06/11/2010. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/coculpabilidade/print>.

supra-legal de exculpação, não recaindo sanção penal ao infrator vulnerável pela inocorrência de delito.[14]

A conduta criminosa seria fato já esperado pela sociedade ante o contexto de desigualdade, cerceamento de oportunidades e subdesenvolvimento humano do infrator. Por conta disso, não seria aplicável penalidade a ele. Juarez Cirino dos Santos conclui que:

> A abertura do conceito de inexigibilidade para as condições reais de vida do povo parece alternativa capaz de contribuir para democratizar o direito penal, reduzindo a injusta criminalização de sujeitos já penalizados pelas condições de vida social... Hoje, como valoração compensatória da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas, é admissível a tese da coculpabilidade da sociedade organizada, responsável pela injustiça das condições sociais desfavoráveis da população marginalizada, determinantes de anormal motivação da vontade nas decisões da vida[15].

Esse último pensamento, criticado amplamente pela doutrina brasileira, defende a neutralização da reprovabilidade penal, ante o contexto do atual Direito Penal garantista e de intervenção mínima, pugnando por alteração legislativa que positive, expressamente, essa possibilidade no ordenamento jurídico.

Cristiano Rodrigues, outro defensor da coculpabilidade como exculpante, afirma que:

> Não restam dúvidas de que as atuais condições de vida em sociedade, permeadas pela fome, miséria, pobreza, pelo analfabetismo e pela mortalidade, demonstram que a aceitação das causas supra-legais de exclusão da culpabilidade, ligadas ao elemento exigibilidade de conduta diversa, é uma pungente necessidade, por isso a instrumentalização e aplicação da Teoria da Coculpa-

[14] SANTOS, Juarez Cirino dos. Teria do Crime. Porto Alegre: Editora Acadêmica. 1993. p. 71.

[15] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit*. p. 269-270.

> bilidade do Estado urge e se faz mister numa dogmática penal moderna[16].

Na prática, parte da doutrina brasileira vem defendendo a aplicabilidade da coculpabilidade no Direito Penal, vez que se trata de princípio implícito, respaldado no ordenamento jurídico brasileiro.

Duas são as possibilidades que confirmam a já efetiva aplicação da coculpabilidade no Direito Penal brasileiro. A de Zaffaroni, com o artigo 60, *caput* e § 1º, do Código Penal brasileiro, que infere a aplicabilidade e a gradação da pena de multa, de acordo com a capacidade econômica do agente criminoso, e a do artigo 66 do mesmo diploma legal − funcionando, efetivamente, a coculpabilidade no sistema jurídico brasileiro como causa de atenuação genérica da pena[17].

A atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal brasileiro dá ao juiz maior liberdade para mensurar a pena aplicável diante das condições pessoais do criminoso, das circunstâncias anteriores ou posteriores à prática do crime e da reprovabilidade geral causada. Sendo assim, coloca-se em prática o princípio da coculpabilidade, reduzindo a pena na hipótese em que o agente se revele indivíduo segregado, desprovido de oportunidades de desenvolvimento pessoal, pela omissão do Estado e marginalização social. Amilton Bueno de Carvalho, sobre o tema, aduz que:

> Apesar de não estar prevista no rol das circunstâncias atenuantes do art. 65 do Código Penal Brasileiro, a norma do art. 66 (atenuantes inominadas) possibilita a recepção do princípio da coculpabilidade, pois demonstra o caráter não taxativo das causas de atenuação. O Código Penal, ao permitir a diminuição da pena em razão de "circunstância relevante", anterior ou posterior ao crime, embora não prevista em lei, já fornece um mecanismo para a implementação deste instrumento de igualização e justiça social[18].

---

[16] RODRIGUES, Cristiano. Temas Controvertidos de Direito Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 243.

[17] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Op. cit*. p. 525.

[18] CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Op cit.* p. 74-75.

Ademais, o princípio da coculpabilidade vem sendo utilizado em alguns julgados, ainda como minoria jurisprudencial, revelando a sua aplicabilidade na Justiça comum brasileira.

Ao lado dessa análise prática real, há doutrinadores que defendem a inserção efetiva e expressa da coculpabilidade no Direito Penal, mediante sua positivação. Há a Comissão de Juristas, presidida por Miguel Reale Júnior, que pretende, mediante aprovação do seu referido anteprojeto, alterar o Código Penal, incorporando, no artigo 59 desse diploma legal, o princípio da coculpabilidade, corroborada, também, pelo entendimento de Grégore de Moura. No entanto, há críticas concernentes à inviabilidade dessa alteração legal. A principal aduz que não seria viável tal alteração, pois é impossível a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal. Há ainda o entendimento de outros doutrinadores, como Paulo de Queiroz, que afirmam que as circunstâncias judiciais, se favoráveis ao réu, podem diminuir a pena aquém do mínimo legal, de acordo com o Direito Penal Garantista[19].

Apesar de não estar previsto, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro, a coculpabilidade está implícita e pode ser visualizada em inúmeros princípios de cominação da pena, servindo como instrumento de corresponsabilização do Estado na prática de crimes, ante a sua omissão.

2.3. A Justiça Militar brasileira: sistema jurídico-penal

A Justiça Militar detém características específicas que a tornam peculiar frente às Justiças comuns que compõem o Poder Judiciário brasileiro, seja por sua estrutura no âmbito federal ou estadual, seja pela principiologia aplicável ante seu objetivo de conservação da ordem nas corporações militares, com vistas à preservação de suas funções perante a sociedade.

À Justiça castrense, membro do Judiciário Federal e com jurisdição em todo o território nacional, foi atribuída a competência de julgar e processar os crimes militares definidos em lei especializada, seja o autor do crime um mero civil, seja militar integrante de corporação militar. Trata-se, portanto, de Justiça especializada constitucionalmente consolidada, e não tribunal de exceção.

---

[19] MOURA, Grégore Moreira de. *Op. cit*. p. 93.

A especialização da Justiça Militar encontra justificativa nas regras de conduta pessoal e profissional especializadas às quais a maioria de seus jurisdicionados estão subordinados, além das atividades dotadas de particularidades desenvolvidas por estes, não observadas por outras categorias profissionais.

A Justiça castrense tem papel preponderante na seguridade da sociedade, por meio do controle das instituições militares, vez que age baseada na legislação específica, tornando-as operantes e garantindo, consequentemente, os direitos fundamentais dos seus jurisdicionados, o que é, propriamente, a intenção de uma Justiça especializada.

Diante do caráter peculiar da organização e competência da Justiça Militar aqui elencado, com especificidades tão evidentes, torna-se completamente admissível o estudo da Justiça castrense e de suas peculiaridades, sob uma ótica diferenciada, com análise do específico sistema jurídico-penal que o rege.

A Justiça Militar, consoante aduzido, é dotada de peculiaridades estruturais, hierárquicas e jurisdicionais. Por conseguinte, o direito material atinente à competência da Justiça Militar também é permeado por especificidades, notadamente o Direito Penal Militar, cujo conhecimento é imprescindível à sua compreensão e posterior análise da aplicabilidade da coculpabilidade na Justiça Militar.

Nesse sentido, o Direito Penal Militar é assim caracterizado por Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger:

> O Direito Penal Militar consiste no conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas conseqüentes medidas coercitivas em face da violação, e ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares[20].

[20] NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. Apontamentos de Direito Penal Militar. v1. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 32.

Nesse diapasão, embora o Direito Militar, e, em especial, o Direito Penal Militar, tenham-se desenvolvido contemporaneamente ao Direito comum, há particularidades neles que destoam desse sistema jurídico diferenciado e aqui denominado, para fins de compreensão comum.

Com efeito, na resposta aos crimes no caso concreto, mediante a aplicação do Direito Penal Militar, tem-se uma estrutura jurídico-penal diversa da estrutura do Direito Penal comum, pois visa não apenas a reação e prevenção geral dos crimes, mas sobretudo a manutenção da ordem jurídica militar, com o funcionamento pleno de suas instituições e objetivos precípuos, observadas a hierarquia e a disciplina dos militares nas corporações.

Por fim, José Luiz Campos Júnior afirma, na conformação da disciplina jurídica autônoma do Direito Militar, que:

> [...] perante a realidade inegável da existência de um corpo de leis repressivas militares, que dentre outros delitos, configuram os de traição, rebelião, espionagem, contra o regime constitucional, vias de fato contra o superior, etc., com particulares previsões no tocante à imputabilidade, parece exato que toda a construção com raízes no passado e tradição legislativa e doutrinal interrompidas, concede ao Direito Penal Militar um conteúdo particular, que conforme expresso, na provém do fato que o sujeito ativo das infrações seja um militar, senão especial natureza dos bens ou interesses jurídicos tutelados: a honra militar a disciplina e a eficiência do serviço, elementos indispensáveis para que as forças armadas possam cumprir a função que lhes corresponde na organização do Estado[21].

Assim, em grossas linhas, restou demonstrada a peculiaridade do sistema jurídico-penal militar, seara em que a proteção aos bens jurídicos penais militares peculiares justifica e autoriza o sustento à normatização de um sistema penal próprio, autônomo e especial, no qual a hierarquia e a disciplina se destacam como marcos basilares a serem protegidos.

---

[21] CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. Direito Penal e Justiças Militares. Curitiba: Juruá, 2001, p. 127.

2.4. Princípios regentes da Justiça Militar: hierarquia e disciplina

O complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos objetivos essenciais das instituições militares, cujo fim principal é a defesa da Pátria, qualifica uma ordem jurídica militar dentro do âmbito da ordem jurídica geral do Estado[22].

A preservação dessa ordem jurídica militar exige do Estado sanções específicas, preponderando a hierarquia e a disciplina na sua conformação e aplicação ao caso concreto. Revelam-se tais corolários como os princípios específicos basilares da Justiça Militar, previstos constitucionalmente, precisamente no artigo 142 da Carta Magna.

O Estatuto dos Militares das Forças Armadas brasileiras, Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, em seu artigo 14, prevê que "a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas". Positiva, expressamente, os princípios norteadores da Justiça Militar.

Com efeito, um dos princípios regentes da Justiça Militar de maior importância é a hierarquia. Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que a hierarquia é:

> Conceito relativo a círculo dentro do qual ela se exerce. Não alude à governação, comando efetivo, a kratos (autocracia, democracia aristocracia), e sim a archos (monarquia, oligarquia, anarquia), que significa ser guia, posição, algo de topológico em escalonamento[23].

No sentido puramente denotativo, a hierarquia revela-se como ordem e subordinação dos poderes, categorias, patentes e dignidades, qualquer classificação que tenha como base as relações entre superiores e dependentes.

---

[22] ROMEIRO, Jorge Alberto. Curso de Direito Penal Militar: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 1.

[23] MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 385.

Muñoz, por sua vez, já correlacionando a hierarquia ao universo castrense, afirma que:

> Como nos lembra Bielsa: 'todas suas divisões e subdivisões múltiplas devem ter um vínculo que mantenha a unidade de critério, de direção, de ação e esse vínculo que estabelece desde as ramificações ao centro uma relação constante de subordinação e dependência, supõe necessariamente a hierarquia, conceito que expressa as diversas categorias do mando que constituem o escalão. A hierarquia, que também existe na ordem administrativa civil do Estado, tem caracteres particulares no exército, onde a unidade deve ser mais firme, a coesão maior e o espírito e moral superiores[24].

Na Justiça Militar, a hierarquia é o alicerce da organização das Forças Armadas e das corporações militares estaduais e dos Bombeiros Militares, e compõe a base e a cadeia de comando a serem seguidas por todos os integrantes das estruturas organizacionais das referidas instituições.

O Estatuto dos Militares das Forças Armadas brasileiras, Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, conceitua a hierarquia militar, *in verbis*:

> Art. 14. § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

Esse princípio traduz uma relação de ordem administrativa e jurídica que existe entre pessoas subordinadas uma às outras em razão dos postos e funções que ocupam e desempenham nas corporações militares que compõem[25]. A subordinação, por sua vez, é a base da hierarquia e da disciplina.

---

[24] MUÑOZ, Idelfonso M. Martínez. Derecho militar y derecho disciplinario militar. Buenos Aires: Depalma, 1977. p. 191 e 203.

[25] BANDEIRA, Esmeraldino O. T.. Curso de direito penal militar. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915. p. 188.

A hierarquia, nesse viés de escalonamento hierárquico de subordinação, sustenta a disciplina e a organização castrense, desdobra-se em poder hierárquico pela antiguidade dos postos ocupados pelos milicianos e traduz o vínculo incessante e permanente de mando e obediência entre as pessoas que compõem a estrutura militar. Operacionaliza-se de cima para baixo, verticalmente, do membro mais graduado, com a patente superior, para os seus inferiores diretamente, com ênfase na obediência que rege as relações desses indivíduos.

A quebra da hierarquia implica na desestabilização da estrutura institucional castrense e importa na penalização do infrator, com aplicação dos sistemas já referidos, dependendo da gravidade do ato praticado e da lesão afligida. Pode haver aplicação do Direito Administrativo Disciplinar Militar ou do Direito Penal Militar, para o âmbito de ação mais gravosa, com interferência judiciária para aplicação da sanção devida, pretendendo-se restabelecer o equilíbrio institucional e a ordem na corporação castrense atingida.

A disciplina, conjunto dos regulamentos destinados a manter a boa ordem em qualquer corporação, boa ordem resultante da observância desses regulamentos ou submissão ou respeito a um regulamento, é o outro princípio regente e basilar da Justiça Militar, e está prevista expressamente no artigo 14, § 2º, do Estatuto dos Militares, nos seguintes termos:

> Art. 14. § 2º: Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Segundo José Afonso da Silva, a disciplina "é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores"[26].

[26] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 17. ed. São Paulo: Forense, 1999. p. 738.

A disciplina, na rotina castrense, instituto desenvolvido ao longo dos séculos, viabiliza a concretização da hierarquia, tornando-se tais princípios indissociáveis, porém amplamente diferenciados, conforme aduzido. Por meio dela se mantém o domínio do poder sobre os membros das corporações militares, mediante a imposição de condutas advindas da autoridade militar, subordinando-os e sujeitando-os à obediência, a critério da subordinação hierárquica militar, revelando-se a obediência como base da disciplina militar.

Ela interessa não só ao Estado, pois permite que este controle as suas instituições militares, mas também aos próprios militares, pois permite e garante que os seus subordinados hierárquicos cumprirão as ordens emanadas pelos superiores, ajustando-se, todos, às exigências disciplinares da caserna. Além de interessar, objetivamente, às corporações militares, pois permite a garantia de sua sobrevivência.

Da disciplina se desenvolve o poder disciplinar que assegura e impõe, por força de autoridade imediata, o dever de obediência. E esse dever de obediência, advindo da imposição do poder disciplinar, encontra fundamento na instituição das corporações militares[27].

A existência e a manutenção das corporações militares necessitam e dependem de uma absoluta disciplina militar, advinda da conformação hierárquica da sua estrutura e do poder disciplinar, segundo o agir conforme legal ou hierarquicamente pré-determinado. Tal entendimento é justificado pela importância das funções desempenhadas pelos órgãos da caserna e os bens jurídicos tutelados pelo direito militar, como a paz interna, a segurança nacional e o combate à violência social.

Nesse sentido, Campos Júnior ratifica que "a organização de uma força armada coesa, obediente a seus deveres fundamentais, só é possível mediante a preservação de uma disciplina própria e adequada"[28].

À luz desses institutos próprios, de características peculiares e dos princípios da hierarquia e da disciplina do Direito castrense, aqui elencados, ainda

---

[27] CAMPOS JUNIOR, José Luiz Dias. *Op. cit.* p. 127.

[28] CAMPOS JUNIOR. Ibidem. p. 155.

que sucintamente, é que será analisada a (in) aplicabilidade do princípio da coculpabilidade na Justiça Militar.

2.5. Da inaplicabilidade da coculpabilidade na Justiça Militar

A coculpabilidade seria aplicável às decisões proferidas pela Justiça Militar, nos âmbitos da União ou dos estados federados? Esse instituto, advindo de um Direito Penal garantista, de louvável coerência constitucional, deve ser analisado com relevante cautela diante de sistemas penais peculiares e específicos, consoante se revela o Direito Penal Militar e, mais precisamente, a Justiça Militar, dotada de princípios norteadores autônomos específicos aqui elencados.

Destarte, o estudo do tema aqui apresentado revela-se apropriado para evitar a colisão entre preceitos básicos do Direito Penal Militar e as premissas garantistas da coculpabilidade do Direito Penal comum, mediante a comprovação da (in) aplicabilidade do princípio da coculpabilidade na Justiça Militar. Senão, vejamos.

O Direito Militar, e consequentemente a Justiça Militar, é dotado de liames principiológicos próprios, destacando-se a hierarquia e a disciplina, como base institucional, que conferem aos membros das corporações militares a separação hierárquica de atribuições e cargos, bem como a imposição de subordinação hierárquica dos seus membros, com a consequente e obrigatória disciplina, na observância e no cumprimento dos regulamentos e das determinações superiores.

No entanto, há que se ressaltar que tal rigor não está presente no ambiente civil nem ao menos nos instrumentos normativos do Direito Penal comum. Razão pela qual o contexto jurídico dissociado do ambiente militar, traduzido em Direito comum, deve ser aplicável às relações da caserna apenas nos aspectos em que não afronta, diretamente, seus institutos norteadores específicos.

A coculpabilidade − e sua polêmica aplicação no Direito Penal comum − abarca inúmeras possibilidades discutidas na doutrina e aqui trazidas à baila. Seria circunstância atenuante genérica da pena, prevista como causa de atenuação inominada do artigo 66; estaria já incluída, implicitamente, nas circunstâncias judiciais para individualização da pena, a cargo do magistrado e

dispostas no artigo 59, ambos do Código Penal; ou, ainda, se revelaria causa supralegal de exculpação, ante a inexistência da inexigibilidade de conduta adversa, requisito obrigatório para configuração da culpabilidade penal?

Em que pese a referida discussão doutrinária, a tese aqui defendida pugna pela coculpabilidade como circunstância judicial de individualização da pena, implícita na redação do artigo 59 do Código Penal brasileiro. Isso porque, conforme esposado, o juiz, ao mensurar a pena, no caso concreto, se utiliza das circunstâncias previstas no referido artigo para fixar a pena-base. E a coculpabilidade está presente na redação dessas circunstâncias, na exata medida em que a condição social do indivíduo potencializa, mas não determina, a conduta ilícita, sendo a coculpabilidade enquadrada como antecedente social subjetivo do condenado, capaz de diminuir ou manter a pena-base a ser fixada pelo juiz no caso concreto. Porém, ainda assim, poderia tal circunstância judicial ser utilizada na Justiça Militar, ante as suas peculiaridades aqui suscitadas?

Em resposta a esse questionamento, aliada aos argumentos pregressos, a atividade militar, de serviço obrigatório para uns − que podem se escusar por suas concepções pessoais, consoante aduz o artigo 143, § 1º, da Constituição Federal − ou opcional para outros, como no ingresso nas academias de formação militar mediante concurso público, pressupõe vontade livre para o seu exercício e permanência no quadro de pessoal das instituições militares.

Um militar da ativa, que opta por compor o quadro funcional das Forças Armadas, Polícias Militares ou Corpo de Bombeiros estaduais, pode ser analisado sobre um prisma de inexigibilidade de conduta diversa, determinismo social ou subdesenvolvimento por omissão do Estado em seu papel garantidor, pilares que embasam a teoria da coculpabilidade? Não. Muito pelo contrário, os militares recebem a oportunidade do Estado para trabalhar no cumprimento de suas funções de defesa da Pátria e da sociedade, recebendo remuneração para tanto, gozando de cursos de instrução para o desempenho de suas atividades milicianas, bem como para conhecer o teor ilícito das condutas combatidas por eles mesmos em suas atividades, além de serem dotados de elemento volitivo livre. Isso porque, para o ingresso nas corporações militares, há a necessidade de prévio exame psíquico, o que leva à presunção de que, em regra, os militares têm sua capacidade psíquico-intelectiva preservada. Ademais, a hierarquia e a disciplina observadas no trato diário das funções militares têm como pressuposto o molde comportamental de seus agentes às regras legais e de obediência às ordens lícitas.

Ainda, aos militares, ao serem dotados de oportunidade, discernimento e vontade livre, não há por que se falar em ausência ou prejuízo da autodeterminação individual, cerceamento de oportunidades de desenvolvimento pessoal e, consequentemente, em coculpabilidade como circunstância judicial de individualização da pena em razão de crime cometido, vez que seus elementos configuradores não restam preenchidos. Ademais, não há que se falar, muito menos, em corresponsabilização estatal ou social pela conduta criminosa praticada pelo militar, frise-se, livremente, que autorize aplicação do princípio da coculpabilidade.

Dessa forma, inexistentes, na carreira militar e na conduta dos seus membros, os requisitos intrínsecos básicos que autorizam a aplicação da coculpabilidade, não há que se falar em coculpabilidade no Direito Militar, restando comprovada a sua inaplicabilidade na Justiça castrense, em qualquer viés doutrinário aqui elencado, por afrontar seu regime jurídico-penal autônomo.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente artigo científico, procurou-se registrar o desenvolvimento do instituto da coculpabilidade e suas premissas, analisado no contexto social e normativo do seu surgimento, com posterior análise doutrinária da aplicabilidade jurídica desse princípio no âmbito da Justiça comum.

Nesse sentido, a coculpabilidade, enquanto corresponsabilização parcial do Estado e da sociedade ante as condutas delitivas praticadas por seus cidadãos, compelidas e justificadas pela ausência de desenvolvimento pessoal − decorrentes da omissão do Estado quanto aos seus deveres constitucionais −, tem sua aplicabilidade consubstanciada na irremediável conduta delituosa de infratores desprovidos de autodeterminação, frutos da condição humana degradante e compulsória em que vivem. São pressupostos básicos para ocorrência e autorização de aplicação da coculpabilidade, consoante visto até aqui, a supressão da autonomia da vontade dos indivíduos marginalizados, com comprometimento da autodeterminação individual no agir contrário à lei, e o cerceamento de oportunidades de desenvolvimento pessoal inerentes à omissão do Estado e da sociedade em sentido amplo.

No estudo da aplicabilidade da coculpabilidade na Justiça Militar em espécie, verificou-se o choque direto com seus institutos principiológicos norte-

adores, notadamente a hierarquia e a disciplina, além do confronto imediato entre os objetivos e as prerrogativas das instituições militares brasileiras, precipuamente a proteção da pátria e o combate à violência, com consolidação da segurança pública. Também restou configurada a incompatibilidade da teoria da coculpabilidade com as peculiaridades do ambiente profissional e da vida pessoal dos integrantes da caserna.

Com efeito, a hierarquia e a disciplina são princípios indissociáveis e intrínsecos à organização militar, com caráter imprescindível para a concretização da função maior das Forças Armadas e das corporações militares estaduais. A hierarquia é base da instituição miliciana e funda-se em critérios de antiguidade e patente, atribuídos pelas próprias corporações, e soerguidos e consolidados com a anuência dos seus membros. A disciplina, por sua vez, como rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que delineiam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduz-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. Nesse diapasão, dado o caráter diferenciado das organizações militares, suas atividades e o regimento interno de conduta de seus membros, a coculpabilidade afigura-se como afronta direta a eles.

No âmbito castrense, a atividade militar pressupõe vontade livre para o seu exercício e para permanência no quadro de pessoal das instituições militares. Os membros das instituições militares, ao receberem a oportunidade do Estado para trabalhar no cumprimento de suas funções de defesa da pátria e da sociedade, auferindo remuneração para tanto e desfrutando de cursos de instrução para o desempenho das atividades militares e para conhecer o teor ilícito das condutas combatidas nas atividades da caserna, são dotados de elemento volitivo livre, oportunidade e discernimento.

Com efeito, no ambiente militar, nesse contexto atual de livre arbítrio para o ingresso nas organizações militares e da observância da hierarquia e da disciplina, não se vislumbra, ao menos hipoteticamente, um meio externo hostil, cogente ou determinante na conformação de uma conduta delituosa por parte dos seus integrantes, razão pela qual se revela conflituosa a aplicabilidade do princípio da coculpabilidade na Justiça Militar.

Ante o exposto, não há por que se falar em ausência ou prejuízo da autodeterminação individual, cerceamento de oportunidades de desenvolvimento pessoal, por omissão do Estado e da sociedade, e, consequentemente, em

coculpabilidade como circunstância judicial de individualização da pena em razão de crime cometido, uma vez que seus elementos configuradores não restam preenchidos. Assim, não há que se falar em coculpabilidade no Direito Penal Militar, restando comprovada a sua inaplicabilidade na Justiça Militar, em qualquer viés doutrinário aqui apresentado, por afrontar seu regime jurídico-penal autônomo.

No entanto, em que pese a relação conflituosa de aplicabilidade da coculpabilidade na Justiça Militar, restou clara e inequívoca a viabilidade doutrinária de utilização desse instituto no Direito Penal brasileiro e sua aplicabilidade na Justiça comum, vez que encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio, seja pela condição de atenuante genérica, seja pela circunstância judicial verificada na mensuração individual da pena.

4. REFERÊNCIAS

BANDEIRA, E. O. T. **Curso de direito penal militar.** Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

BRASIL. **Lei Federal nº. 6.880 de 9 de dezembro de 1980.** [Estatuto dos Militares]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acessado em: 06 nov. 2010.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>. Acessado em: 17 nov. 2010.

CAMPOS JUNIOR, J. L. D. **Direito Penal e Justiças Militares.** Curitiba: Juruá, 2001.

CARVALHO, A. B.; CARVALHO, S. **Aplicação da pena e garantismo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal: parte geral.** 19. ed. ver. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOURA, G. M. **Do princípio da coculpabilidade no Direito Penal.** Niterói: Impetus, 2006.

MIRANDA, P. **Comentários à Constituição de 1967.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MUÑOZ, I. M. M. **Derecho militar y derecho disciplinario militar.** Buenos Aires: Depalma, 1977.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. **Apontamentos de Direito Penal Militar.** v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

Proposta de reforma do Código Penal Brasileiro: Projeto de lei, elaborado por Comissão de Juristas presidida por Miguel Reale Júnior, altera a Parte Geral do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ0EADEB70ITEMID2E0FB3D624BC4235AA701838E52FB1CAPTBRIE.htm >. Acessado em: 31 out. 2010.

RODRIGUES, C. **Temas Controvertidos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ROMEIRO, J. A. **Curso de Direito Penal Militar: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1994.

QUEIROZ, P. S. **Coculpabilidade?** pauloqueiroz.net. Disponível em: <http://pauloqueiroz.net/coculpabilidade/print/>. Acessado em: 06 nov. 2010.

QUEIROZ, P. S. **Direito Penal, parte geral.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTANA, S. P. **A culpa temerária: contributo para uma construção no Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, J. C. **A Moderna Teoria do Fato Punível.** Curitiba: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, J. C. **Teoria do crime.** Porto Alegre: Editora Acadêmica, 1993.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 17. ed. São Paulo:

Forense, 1999.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte geral.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, E. R. **Derecho Penal Parte General.** 2. ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2000.

A legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura de Ação Civil Pública

Rodrigo Ladeira de Oliveira
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará.
Pós-graduando em Direito Militar.
Servidor do Ministério Público Militar.

"A pluralidade da interpretação, longe de ser um defeito ou uma desvantagem, é o sinal mais seguro da riqueza do pensamento humano." (Verdade e interpretação, Luigi Pareyson)

RESUMO: O estudo analisa a possibilidade de o Ministério Público Militar manejar a Ação Civil Pública perante a Justiça comum Federal. Inicialmente são delineados a instituição ministerial e o instituto da Ação Civil Pública desde o seu surgimento até o contexto do ordenamento vigente. A problematização do tema é feita mediante a apresentação dos argumentos contrários e favoráveis à legitimação do Ministério Público Militar para a Ação Civil Pública e pela posição do Judiciário frente aos casos concretos. Na parte conclusiva, são contrapostos os argumentos contrários à legitimação do *parquet* castrense para a Ação Civil Pública e apresentados novos fundamentos para o reconhecimento dessa atribuição com base na interpretação sistemática das normas que regem a matéria.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Constitucional. Direito Processual. Ação Civil Pública. Legitimação ativa. Ministério Público Militar.

ABSTRACT: This study examines the possibility of the Military Public Ministry (military prosecutors) use the public civil action before the Federal Courts of Law. Initially we outline the Public Ministry institution and the public civil action from its inception until the context of current regulations. The problematization of the subject is made upon presentation of arguments against and in favor of legitimizing the Military Public Ministry for civil public action and upon the position of the Judiciary regarding to specific cases. In the concluding part we contrast arguments against the legitimacy of the military *parquet* for the public civil action and provide new foundations for the recognition of such attribution based on the systematic interpretation of the rules governing the matter.

KEYWORDS: Constitutional law. Procedural law. Public civil action. Right of Action. Military Public Ministry (military prosecutors).

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. A problemática que envolve o tema − 2.1. Argumentos contrários − 2.1.1. A questão da vinculação das atribuições do Ministério Público Militar à competência da Justiça Militar da União − 2.1.2. A taxatividade do elenco de atribuições do Ministério Público Militar na Lei Complementar nº 75/1993 − 2.1.3 Violação ao princípio federativo − 2.2. Argumentos favoráveis − 2.2.1. A legitimidade do MPM para a ACP como única interpretação possível do artigo 129, III, da Constituição Federal − 2.2.2. A necessidade de atuação do MPM em ACP como mecanismo preventivo à ocorrência de ilícitos penais militares − 2.2.3. A legitimidade do MPM para a ACP como decorrência da teoria dos poderes implícitos − 2.3. A posição do Judiciário frente aos casos concretos − 2.3.1. Pagamento de auxílio transporte a recrutas − 2.3.2. Objeção de consciência para Serviço Militar Obrigatório − 2.3.3. Prestação de serviços domésticos por taifeiros − 3. Da legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura de Ação Civil Pública − 3.1. Crítica aos argumentos contrários − 3.1.1. Crítica ao argumento da vinculação da atuação exclusiva do Ministério Público Militar perante a Justiça Militar da União − 3.1.2. Crítica ao argumento da taxatividade do rol de atribuições do Ministério Público Militar previsto na Lei Complementar nº 75/1993 – A legitimidade do MPM para a Ação Civil Pública como consentâneo a aplicabilidade do art. 129, III, da Constituição Federal − 3.1.3. Crítica ao argumento da violação ao princípio federativo − 3.2. A Ação Civil Pública como instrumento de proteção dos direitos e interesses transindividuais relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar − 3.3. A interpretação das normas constitucionais pertinentes em face do paradigma pós-positivista − 4. Proposta de *lege ferenda* − 4.1. Projeto de Lei nº 5.139/2009 − 4.2. Projeto de Lei complementar do Senado nº 506/2003 − 5. Conclusão − 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, a jurisdição foi concebida como mecanismo de solução de litígios envolvendo interessados que disputavam um determinado bem da vida numa perspectiva individual. Contudo, a partir do século XX, a jurisdição assumiu dimensões muito mais amplas, com o reconhecimento da existência de conflitos de interesses que transcendiam a esfera individual e alcançavam toda a coletividade ou grande parte dela[1].

[1] THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 43.

Nesse momento histórico, a jurisdição já não era abrangente a ponto de tutelar com eficiência essas pretensões múltiplas, tendo em vista a carência de mecanismos processuais adequados à nova realidade. Esse quadro se agravou com o desenvolvimento das sociedades de massa e o avanço tecnológico, científico e econômico imposto pela globalização, gerando conflitos que envolviam essa nova configuração social, de modo que o Direito passou a buscar soluções para satisfazer interesses de todo um grupo ou coletividade, como o meio ambiente equilibrado, o patrimônio histórico, cultural e paisagístico, proteção ao consumidor etc.

A realidade social, portanto, impunha a alteração dos paradigmas do processo civil tradicional, como forma de estender a jurisdição à tutela de interesses coletivos.

Nesse particular, entre os países de *civil law*, o Brasil apresenta-se como um dos pioneiros na estruturação do processo coletivo, com a elaboração da lei da ação popular, em 1965, e com a edição da lei da Ação Civil Pública, em 1985[2].

Notadamente, a primeira ação de defesa de interesses transindividuais foi a ação popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965), prevendo a atuação do Ministério Público em caráter subsidiário (artigo 6º, §4º).

Já em 1985 – período de transição política –, foi editada a Lei da Ação Civil Pública (LACP), ganhando o *parquet*, inicialmente, a atribuição para a defesa do meio ambiente, do consumidor e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico[3].

---

[2] PALÁCIOS, João Olegário. A legitimação ativa da pessoa física para a ação coletiva no contexto brasileiro: uma alternativa viável? 2007. Monografia de graduação, Universidade Federal do Pará, p. 37.

[3] Antes dessa lei (LACP), eram poucos os instrumentos processuais disponíveis para a defesa em juízo de interesses transindividuais. Nesse conjunto se incluía a ação popular (Lei nº 4.717/65), algumas ações civis públicas já cometidas ao Ministério Público, como a ação reparatória de danos ao meio ambiente (Lei nº 6.938/81), e a autorização a entidades de classe para postular interesses coletivos em juízo, a teor do antigo Estatuto da OAB (Lei nº 4.215/63) e da antiga Lei de Direitos Autorais (Lei nº 5.988/73). Posteriormente, com o advento da Lei nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor (CDC) –, formou-se um sistema processual integrado entre o CDC e a LACP, por disposição expressa do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, que determina a aplicação das disposições processuais da lei consumerista à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível. Apenas residualmente deverão ser aplicadas às ações coletivas as disposições do Código de Processo Civil.

A maior mudança no cenário das ações coletivas, entretanto, adveio com a Constituição democrática de 1988, que traçou as diretrizes básicas para a formatação do Ministério Público tal como conhecido atualmente, o qual não encontra paralelo em momento algum da história.

O perfil conferido à instituição pela Carta Política de 1988, com singular organização estrutural – princípios, garantias e vedações previstas para os seus membros –, assim como as funções que lhe foram cometidas –, com destaque para a titularidade da Ação Civil Pública – é fruto da evolução política do País ao longo dos séculos, desde a sua independência.

Diante das funções institucionais de que o investiu o Poder Constituinte, o Ministério Público, antes concebido para servir aos interesses da Coroa e da Administração, passou por profunda evolução jurídico-social. Com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), assumiu nitidamente a função de órgão de defesa dos interesses sociais[4].

Em seu artigo 129, a Carta Política atribuiu amplas funções ao Ministério Público, tanto no campo penal – com a titularidade privativa da ação penal pública – quanto no campo cível – como fiscal dos Poderes públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, e com a titularidade do inquérito civil e da Ação Civil Pública.

Nesse sentido, a institucionalização do Ministério Público foi fundamental para a atual configuração do processo penal e, especialmente, do processo coletivo. Quanto ao processo penal, porque permitiu ao Estado assumir definitivamente a persecução penal em juízo, sem comprometer a imparcialidade do órgão julgador, com a filiação ao sistema acusatório, decorrente dos princípios processuais inseridos na CF/88 – dentre eles os princípios do contraditório e da ampla defesa, o princípio do juiz natural, além dos princípios da privatividade e indisponibilidade da ação penal pública[5].

[4] MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 05.

[5] A única exceção à privatividade de iniciativa da ação penal pública pelo Ministério Público decorre da própria CF/88 (artigo 5º, inciso LIX) e diz respeito à "ação penal privada subsidiária".

Quanto ao processo coletivo, a atribuição de legitimidade ativa ao *parquet* para a defesa dos interesses coletivos em juízo – ponto sensível deste trabalho – representou, talvez, o maior avanço institucional implementado a partir do novo regime constitucional.

Nesse particular, afirma Paulo Affonso Leme Machado:

> A ação civil pública consagrou uma instituição – o Ministério Público – valorizando seu papel de autor em prol dos interesses difusos e coletivos. O Ministério Público saiu do papel do exclusivismo das funções de autor no campo criminal e da tarefa de fiscal da lei no terreno cível, para nesta esfera, passar a exercer mister de magnitude social[6].

Entretanto, apesar da inquestionável relevância da atuação do *parquet* para a proteção dos direitos transindividuais, atualmente, em sede doutrinária e jurisprudencial, têm sido formuladas sérias críticas em favor da limitação dessa atribuição constitucional, notadamente ligadas à suposta ilegitimidade ativa dos órgãos do Ministério Público, seja para a formação de litisconsórcio ativo em Ação Civil Pública, seja mesmo para a propositura individual dessa ação.

No presente trabalho, será debatido, objetivamente, o tema da legitimidade ativa do Ministério Público Militar (MPM), ramo do Ministério Público da União (MPU), para, individualmente, manejar a Ação Civil Pública para a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar ou promover a responsabilidade por ato praticado por autoridade militar.

Primeiramente, serão elencados os argumentos contrários à tese defendida e, em seguida, aqueles que sustentam a legitimidade do MPM para a ACP.

Em um segundo momento, serão debatidos os posicionamentos contrários, mediante a formulação de contra-argumentos; por fim, serão expostas duas novas linhas argumentativas em apoio à tese.

---

[6] MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 365.

Finalmente, serão apresentados os dois projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional aptos a conferir ao *parquet* castrense, expressamente, a legitimidade para a Ação Civil Pública, nos moldes como proposto em conclusão.

2. A PROBLEMÁTICA QUE ENVOLVE O TEMA

O problema da legitimidade do Ministério Público Militar para a Ação Civil Pública torna-se relevante porque, até meados de 2008, nenhuma tentativa de incursão judicial desse jaez havia sido feita pela instituição ministerial. Portanto, só agora começam os debates que irão, oportunamente, dar azo às adaptações do ordenamento jurídico positivo, seja pela construção jurisprudencial, seja pela atuação corretiva do legislador ordinário.

Nesse particular, são destacados, a seguir, os argumentos contrários e favoráveis à proposta de legitimação ativa do *parquet* castrense para a ACP, assim como a posição do Poder Judiciário diante dos casos já submetidos a sua apreciação.

2.1. Argumentos contrários

2.1.1. A questão da vinculação das atribuições do Ministério Público Militar à competência da Justiça Militar da União

Um primeiro argumento levantado em oposição à legitimação do MPM para a propositura da Ação Civil Pública diz respeito ao fato de que esse órgão ministerial oficiaria exclusivamente perante a Justiça Militar da União, a qual detém competência restrita ao julgamento de crimes militares.

Para os adeptos desse entendimento, o âmbito de atuação dos diversos órgãos dos ministérios públicos é definido, indiretamente, pela competência do órgão jurisdicional perante o qual oficiam ordinariamente, amparado esse entendimento, basicamente, em normas da Lei Complementar nº 75/93 que dispõem acerca dos órgãos do Judiciário perante os quais irão oficiar cada um dos órgãos do Ministério Público da União.

Em artigo sobre litisconsórcio entre Ministérios Públicos em Ação Civil Pública, José Antônio Lisbôa Neiva assim expõe o raciocínio:

> Ao lado da competência do magistrado, existe a atribuição do membro do parquet, na relação processual formada, sendo possível afirmar-se que nem sempre a atribuição do órgão do MP será análoga à competência do Juiz onde atua verbi gratia, no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com a instituição das denominadas "Centrais de inquérito".
> [...] Contudo, parece-nos indiscutível que a atribuição do membro do Ministério Público está afeta à respectiva Justiça, estadual ou federal[7].

Apoia-se esse autor em lição de Humberto Theodoro Júnior, aparentemente no mesmo sentido: "O Ministério Público está organizado tanto na ordem federal como na estadual, de modo que a cada aparelho do Poder Judiciário corresponde um organismo próprio do Ministério Público"[8].

No mesmo sentido está Leonardo La Bradbury:

> Esta vinculação entre a composição de cada Tribunal da Justiça Brasileira com o respectivo ramo do Ministério Público decorre em virtude do seu foro natural de atuação, o que faz com que os membros do Parquet mantenham um constante contado com a respectiva jurisdição, especializando-se nas matérias de competência dos juízes vinculados ao respectivo Tribunal, a ponto de, atendidos os requisitos e havendo a nomeação, ingressem na magistratura.
> Assim, creio não restar dúvida que, implicitamente, a Constituição Federal determinou que o foro natural do Ministério Público Federal é a Justiça Federal; o do Ministério Público dos Estados, a Justiça Estadual; o do Ministério Público do Trabalho, a Justiça do Trabalho e o do Ministério Público Militar, a Justiça Militar[9].

---

[7] NEIVA, José Antônio Lisbôa. Ação Civil Pública – litisconsórcio de Ministérios Públicos. In: Revista Justitia, São Paulo, ano 56, nº 167, p. 40-45, jul/set. 1994.

[8] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 154.

[9] LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. (In)competência da Justiça Federal: preliminar à atuação do Ministério Público Federal na tutela coletiva. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1229, 12 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9139>. Acessado em: 29 ago. 2010.

E Nicolao Dino de Castro e Costa Neto:

> [...] em se tratando de atividade jurisdicional do Estado, encontram-se no sistema, a partir, inclusive, do texto constitucional, regras definidoras de competências absolutas, em razão da matéria ou em razão da pessoa, cuja inobservância acarreta a nulidade de processos.
> Não é diferente no âmbito do Ministério Público, como já assinalado, onde a divisão de tarefas leva em conta a competência fixada em nível constitucional e legal para cada órgão do Judiciário. Seriam, por exemplo, contrárias à lei a instauração de inquérito civil e a posterior propositura de ação civil pública por parte do Ministério Público Federal com vistas à reparação de direitos trabalhistas negados a determinado segmento de empregados submetidos às regras da CLT, por se tratar de campo de atuação reservado ao Ministério Público do Trabalho[10].

Assim, exemplificativamente, os órgãos do Ministério Público do Trabalho exercem suas atribuições exclusivamente perante a Justiça do Trabalho; os órgãos do Ministério Público Federal, perante a Justiça comum Federal; e os órgãos do Ministério Público Militar, por sua vez, perante a Justiça Militar da União.

Ao lado disso, diz-se, com toda razão, que a competência dos órgãos jurisdicionais é definida pela Constituição Federal, e, no caso da Justiça Militar Federal, restringe-se ao processo e julgamento de crimes militares definidos em lei (artigo 124).

Com esses argumentos, a partir de um raciocínio, por assim dizer, silogístico, ao mesmo tempo em que se define a impossibilidade de o Ministério Público Militar ajuizar ações civis públicas perante a Justiça Militar da União (por incompetência absoluta em razão da matéria), defende-se a impossibilidade de o *parquet* atuar perante qualquer outro órgão jurisdicional senão a própria Justiça Militar.

---

[10] Voto vista proferido pelo conselheiro Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, do CNMP, na Reclamação nº 0.00.000.000501/2008-51. Disponível em: <http://cf-internet.pgr.mpf.gov.br/cnmp/temp/62889946381217/501.2008.51.pdf>. Acessado em: 31 ago. 2010.

A Ação Civil Pública, por um lado, não poderia ser conhecida pela Justiça Militar, porque incompetente, e, por outro, não poderia ser manejada pelo *parquet* castrense perante a Justiça comum Federal, porque a legitimidade para esse tipo de ação residiria exatamente nos dispositivos da Lei Complementar nº 75/93.

Conclusivamente, em linhas gerais, esse argumento pressupõe que a ilegitimidade ativa do Ministério Público Militar para a ACP é fruto de uma norma implícita, formada pela combinação de outras duas normas: uma, de caráter processual, que está prevista na Constituição e define a competência da Justiça Militar; e outra, de caráter organizacional, que está prevista na Lei Complementar nº 75/93 e define em que juízo os órgãos do MPM oficiam ordinariamente.

Assim sendo, a única maneira de se permitir ao MPM atuar no interesse coletivo por meio da Ação Civil Pública seria ampliando a competência da Justiça Militar da União, de modo que pudesse conhecer e julgar lides envolvendo a matéria civil, uma vez que o *parquet* castrense não possuiria, em nenhuma hipótese, atribuição para atuar perante outros órgãos judiciários.

Essa conclusão, entretanto, é equivocada, porque pressupõe a existência de uma norma impeditiva decorrente da reunião de normas-premissas de natureza distinta, portanto, inconciliáveis, gerando um resultado inválido à consideração do caso em apreciação, o que será oportunamente enfrentado adiante.

2.1.2. A taxatividade do elenco de atribuições do Ministério Público Militar na Lei Complementar nº 75/1993

Um segundo argumento contrário à legitimação do Ministério Público Militar para a Ação Civil Pública diz respeito à exaustividade do rol de atribuições previsto na Lei Complementar nº 75/1993.

Segundo o artigo 116 da lei orgânica do MPU, cabe ao *parquet* militar, junto aos órgãos da Justiça Militar: I – promover, privativamente, a ação penal pública; II – promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato; III – manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.

Diante da dicção clara do dispositivo, não haveria possibilidade de estender ao MPM qualquer outra atribuição prevista no ordenamento jurídico, seja em sede constitucional, seja em sede legal.

Um viés dessa tese é desenvolvido por Emerson Garcia. Em seu texto, o membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, apoiando-se na teoria do órgão, de Otto Gierke, após relacionar a estruturação do MPU e elencar as atribuições previstas no artigo 116 da LC/75, conclui o articulado dizendo que "o MPM não detém atribuição para a defesa dos interesses metaindividuais e para o manejo da ação civil pública", afirmando que as características do todo (referindo-se ao Ministério Público da União) não são extensíveis às partes (no caso, o MPM), alicerçados no imperativo de ordem prática de que as atribuições de qualquer instituição sejam divididas entre os distintos órgãos que a integram[11].

De sua fundamentação, destaca-se o trecho em que aduz que a Constituição parece não ter oposto qualquer óbice à atuação do MPM, tendo-se limitado a descrever a estrutura básica do Ministério Público brasileiro e as funções institucionais que deveria exercer.

Partindo dessa consideração, o autor afirma que seria igualmente possível admitir tanto a legitimidade do Ministério Público Militar para a Ação Civil Pública quanto a do Ministério Público do Trabalho para promover, privativamente, a Ação Penal Pública e exercer o controle externo da atividade policial militar, justificando essa incongruência em uma suposta "vagueza semântica" da Constituição.

Desse modo, considerando que o argumento repousa na ausência de previsão dessa atribuição na Lei Complementar nº 75/1993, para que o Ministério Público Militar pudesse atuar validamente perante a Justiça comum Federal, por meio de Ação Civil Pública, seria necessário alterar a própria Lei Orgânica do MPU, de modo a prever expressamente a legitimidade do *parquet* castrense para essa ação.

[11] GARCIA, Emerson. Ministério Público Militar e tutela coletiva: legitimidade para o uso da ação civil. *In*: Revista Direito Militar, Florianópolis, ano XII, nº 81, janeiro/fevereiro 2010, pág. 16-18.

2.1.3. Violação ao princípio federativo

Um terceiro argumento contrário à legitimidade do MPM para a Ação Civil Pública reside na preservação do princípio federativo, e foi ventilado por Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em voto vista proferido na Reclamação nº 0.00.000.000501/2008-51[12].

A reclamação para preservação da autonomia do Ministério Público foi apresentada ao CNPM por membros do Ministério Público Militar que oficiam em primeira instância, em questionamento a dispositivo da Resolução nº 30/CSMPM (artigo 4º, § 4º), que previa a instauração de inquérito civil no âmbito da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, quando se tratasse de fato de âmbito nacional.

Em seu voto, o conselheiro Nicolao Dino Neto sustentou que:

> [...] não obstante as características de unidade e indivisibilidade inerentes ao Ministério Público, tal Instituição, a exemplo da distribuição de competências presentes no Judiciário, obedece a critérios constitucionais e legais explícitos de repartição de atribuições. Por inarredável decorrência do sistema federativo, é sabido que o Ministério Público divide-se em Ministério Público da União [...] e Ministério Público dos Estados [...]. Como já acentuei em outra oportunidade, aqueles atributos inseridos na Constituição (art. 127, §1º) são plenamente conciliáveis como o modelo dual ora sublinhado, também de matriz constitucional, devendo ser exercitadas na esfera interna de cada Ministério Público.
>
> Isso significa que o espaço próprio de atribuição dos diversos órgãos de cada Ministério Público acha-se influenciado pela competência (limite da jurisdição) de cada órgão do Poder Judiciário. Não é admissível,

[12] Em seu voto, o conselheiro dá ênfase ao fundamento da suposta vinculação das atribuições do Ministério Público Militar à competência material da Justiça castrense, circunstância já abordada em seção anterior.

> sob pena de grave ruptura do sistema federativo e dos critérios determinantes da competência e atribuições, a atuação indistinta do Ministério Público perante qualquer Órgão da Justiça[13].

O Conselho, por maioria, indeferiu a pretensão dos requerentes e determinou a instauração de um procedimento de controle administrativo, para o fim de realizar o controle de legalidade da Resolução nº 30/CSMPM, no tocante à competência, ou não, do Ministério Público Militar para instaurar inquérito civil, nos termos do voto divergente do conselheiro Nicolao Dino.

Apesar de não ter sido julgado o mérito da Reclamação, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, por meio da Resolução nº 61/CSMPM, de 9 de agosto de 2010, antecipou-se à questão e revogou o dispositivo questionado originalmente.

Em 31 de agosto de 2010, acompanhando o voto da relatora, conselheira Taís Ferraz, o Plenário do CNMP decidiu não conhecer o procedimento de controle administrativo. Na decisão, o Conselho assentou que a instauração de inquérito civil se situa nos limites da atividade-fim da instituição e que a competência do Conselho, como órgão de controle externo, não inclui o pronunciamento sobre divergências na delimitação de atribuições entre os diversos ramos do Ministério Público. Eventual divergência quanto às atribuições de membros do MPU deve ser dirimida pelo Procurador-Geral da República, no caso dos ramos do Ministério Público da União, ou mediante controle jurisdicional.

2.2. Argumentos favoráveis

A recentidade dos debates em torno da legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura de Ação Civil Pública, por óbvio, reflete a igualmente recente atuação do *parquet* castrense nessa seara; por isso, assim como em relação às posições contrárias, há pouco material publicado em apoio à corrente favorável a essa atuação.

---

[13] Voto vista proferido pelo conselheiro Nicolao Dino de Castro e Costa Neto, do CNMP, na Reclamação nº 0.00.000.000501/2008-51. Disponível em: <http://cf-internet.pgr.mpf.gov.br/cnmp/temp/62889946381217/501.2008.51.pdf>. Acessado em: 31 ago. 2010.

Ainda, os argumentos defensivos aparecem como resposta à resistência apresentada pelo Judiciário federal a essa investida do MPM e, não por acaso, são sustentadas, em regra, por membros da própria instituição ministerial[14].

2.2.1. A legitimidade do MPM para a ACP como única interpretação possível do artigo 129, III, da Constituição Federal

Segundo a procuradora-geral da Justiça Militar, Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz, a Constituição de 1988 atribuiu ao Ministério Público incumbências sem paralelo nos regimes anteriores, previstas, genericamente, no artigo 127 da Carta Política[15].

Essa ampliação de atribuições, segundo a articulista, "abrange todos os seus ramos, inclusive o Ministério Público Militar", e, partindo da premissa de que o texto do artigo 129, inciso III, da Constituição se dirige à instituição ministerial como um todo, sem qualquer ressalva dirigida à promoção do inquérito civil e da Ação Civil Pública, ressalta a vedação de interpretação constitucional restritiva a direitos que visam à proteção social[16].

Considerando que a atribuição para a propositura do inquérito civil e da Ação Civil Pública é uma decorrência expressa do texto constitucional, não seria permitido ao legislador ordinário (referindo-se implicitamente à Lei Complementar nº 75/1993) fazer qualquer restrição, seja em relação ao MPM, seja em relação a qualquer outro ramo do Ministério Público da União.

Esse entendimento estaria, inclusive, assentado na própria LC/75, que, em seu artigo 6º, que dispõe sobre os instrumentos de atuação do MPU, atribui-

---

[14] Paralelamente, merecem registro os trabalhos monográficos elaborados por Dalila Maria Zanchet (ZANCHET, Dalila Maria. 2009. Da legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura da ação civil pública nas áreas sob administração militar. Monografia de Graduação, Universidade Federal de Santa Maria) e por Márcio Pereira da Silva (SILVA, Márcio Pereira da. Legitimidade exclusiva do Ministério Público Militar para a propositura de ação civil pública. 2009. Monografia de pós-graduação, Universidade Anhanguera-Uniderp), igualmente defendendo a legitimidade do MPM para a propositura da Ação Civil Pública.

[15] LUZ, Cláudia Márcia Ramalho Moreira. Legitimidade do Ministério Público Militar para a defesa dos direitos coletivos nas áreas sob administração militar. *In*: Revista do Ministério Público Militar, ano 36, nº 21, p. 9-14, abril 2010.

[16] Idem. Ibidem.

ria de forma ampla (a todos os seus ramos) a promoção do inquérito civil e da Ação Civil Pública, integrada, nesse particular, pelo disposto na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que relaciona a instituição do Ministério Público no rol de legitimados para a sua propositura.

Segundo a autora, o entendimento que veda a legitimidade do *parquet* militar para a propositura da ACP seria decorrente da interpretação equivocada da norma constitucional inserida no artigo 124, que dispõe sobre a competência da Justiça Militar da União:

> Uma simples leitura dessa norma demonstra o erro desse entendimento, uma vez que o referido artigo refere-se exclusivamente à Justiça Militar, órgão do Poder Judiciário. Evidentemente, tal dispositivo não pode ser aplicado ao MPM, já que, como sabemos, é instituição que não integra o Poder Judiciário, com funções constitucionais distintas.
> [...]
> Logo, o fato de a competência da Justiça Militar limitar-se ao processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei não pode servir como fundamento para impedir que o MPM exerça as funções constitucionais outorgadas ao Parquet, sejam judiciais, sejam extrajudiciais[17].

No mesmo sentido está o promotor da Justiça Militar Jorge Cesar de Assis. Após expor, sucintamente, a evolução das atribuições da instituição ministerial castrense, desde a sua origem, com o advento do Código de Organização Judiciária e Processo Militar, em 1920, até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o autor afirma que:

> Um simples passar de olhos pela Carta Magna e pela Lei Complementar nº 76/93 permite verificar que a estrutura e a competência fortes e bem definidas, o foram em relação a todo Ministério Público brasileiro, cuja compreensão está no art. 128 da Constituição [...], não havendo nenhuma ressalva em relação ao Ministério Público Militar, que é um dos ramos do MPU.
> Há que se concluir, portanto que não restam dúvidas acerca da legitimação ativa do Ministério Público Mi-

[17] Idem. Ibidem.

> litar para instaurar inquéritos civis e mesmo propor ações civis públicas[18].

2.2.2. A necessidade de atuação do MPM em ACP como mecanismo preventivo à ocorrência de ilícitos penais militares

Partindo da consideração de que o Direito Penal representa o mecanismo mais gravoso de controle social à disposição do Estado, Cláudia Luz demonstra que a restrição imposta à atuação do Ministério Público Militar – enquanto impedido de atuar em inquéritos civis e ações civis públicas – resultaria em grave contrassenso em prejuízo da própria sociedade:

> Caso o Parquet Militar seja impedido de promover o ICP e a ACP, ficará indevidamente reduzido a um mero órgão de acusação e será excluído da relevante atuação preventiva em relação aos conflitos ou de qualquer medida extrajudicial, restando impossibilitado de prevenir a prática de crimes que poderiam, facilmente, ser inibidos mediante a eficaz e diligente atividade ministerial[19].

Exemplificativamente, a autora aponta três situações em que a atuação preventiva do Ministério Público Militar, por meio de procedimentos de cunho administrativo (semelhantemente ao que se passa com o inquérito civil), obteve grande êxito ao promover a regularização de situações vividas pela Administração Militar que, em última análise, poderiam dar ensejo à ocorrência de crimes militares.

O primeiro versa sobre a elaboração de um "termo de ajustamento de conduta" celebrado entre a Procuradoria da Justiça Militar em Belém/PA e a Direção do Centro de Lançamento de Alcântara/MA (CLA), Unidade Militar da Aeronáutica, em resposta à verificação de irregularidades por parte da ANVISA no refeitório da Unidade Militar.

---

[18] ASSIS, Jorge Cesar de. Legitimidade do Ministério Público Militar para interposição de Ação Civil Pública. *In*: Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 12, n. 274, p. 61-63, 15 jun. 2008.

[19] LUZ, Cláudia Marcia Ramalho. *Op. cit.*

O segundo noticia o "termo de ajustamento de conduta" firmado pelo MPM com a Base Aérea dos Afonsos, com o objetivo de serem adotadas pela Administração Militar as medidas necessárias à proteção dos militares que realizavam a "decapagem química" das aeronaves, expostas à contaminação por "benzeno".

Por fim, ressalta o êxito da atuação conjunta do *parquet* castrense com o Ministério Público Federal, que recomendaram ao Departamento Geral do Exército a revogação de normas que estabeleciam limites à concessão de auxílio-transporte a militares convocados e incorporados, situação que deu ensejo a um elevado número de deserções nos anos de 2005 e 2006, na área sob a jurisdição da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar.

No mesmo sentido da tese, afirma Márcio Pereira da Silva:

> É possível afirmar que a pena imposta em ação penal nem sempre atinge seus fins, mormente em termos de prevenção de condutas semelhantes por parte de outras pessoas (prevenção geral). Diante desse quadro, percebe-se facilmente que uma simples atuação preventiva na área cível – entenda-se aqui todas atuações não-penais – pode ser muito mais eficaz do que várias atuações penais[20].

2.2.3. A legitimidade do MPM para a ACP como decorrência da teoria dos poderes implícitos

Um terceiro argumento aduzido em favor da legitimidade do Ministério Público Militar para propositura da Ação Civil Pública diz respeito à aplicação da teoria dos poderes implícitos (*inherent powers*)[21].

Segundo essa teoria, para cada poder outorgado pela Constituição a determinado ente federativo, instituição ou órgão, são "implicitamente" atribuídos todos os poderes necessários ao desempenho desse poder. Nesse passo, toda vez que a Constituição outorga um poder, aí se incluem, tacitamente, todos

[20] SILVA, Márcio Pereira da. Legitimidade exclusiva do Ministério Público Militar para a propositura de Ação Civil Pública. 2009. Monografia de pós-graduação lato sensu, Universidade Anhanguera-Uniderp, p. 43.

[21] SILVA, Márcio Pereira da. *Op. cit.*

os meios necessários à sua realização, desde que preservada a relação de adequação entre os meios e os fins.

Nesse sentido, Márcio Pereira da Silva afirma que:

> [...] se cabe ao MPM, perante a Justiça Militar, promover privativamente a ação penal pública, que por sua natureza, inequivocamente, é suscetível de causar danos bem maiores do que quaisquer outras ações, com muito mais razão pode ele propor ações que visam justamente evitar essa atuação repressiva.
> Quando se outorga ao Ministério Público Militar a atribuição de, privativamente, propor ação penal no âmbito da sua esfera de atuação, significa dizer que, ao cabo, os objetivos por ele perseguidos são a prevenção e repreensão de condutas que atentem de alguma forma contra a administração militar, já que esses são os objetivos das penas impostas em eventual condenação penal[22].

Portanto, se a Carta Magna atribuiu a competência (titularidade da ação penal pública) a uma instância de poder (Ministério Público Militar), com a finalidade de promover a repressão de ilícitos penais (o que, em última análise, significaria, igualmente, promover a "prevenção", geral e especial, de delitos), implicitamente também outorgou a essa mesma instância a possibilidade de dispor de todos os meios lícitos (legitimidade ativa) capazes de permitir o devido implemento dos fins colimados na norma concessiva (instauração de inquérito civil e a propositura de Ação Civil Pública como mecanismo de prevenir a ocorrência de crimes militares).

2.3. A posição do Judiciário frente aos casos concretos

Até o presente momento, as incursões do Ministério Público Militar para a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar, pela via da Ação Civil Pública, foram pontuais, e podem ser relacionadas em três situações[23].

---

[22] Idem. Ibidem.

[23] As três ações foram propostas por membros do Ministério Público Militar oficiantes na Procuradoria da Justiça Militar em Santa Maria/RS.

2.3.1. Pagamento de auxílio transporte a recrutas

Em decorrência do número crescente de deserções (crime militar definido no Dec.-lei nº 1.001/1969) verificadas na área de jurisdição da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, causadas em decorrência do reduzido valor do soldo e da distância da residência dos recrutas em relação às unidades militares para as quais foram designados, a Procuradoria da Justiça Militar ajuizou Ação Civil Pública, conjuntamente ao Ministério Público Federal (Processo nº 2009.71.02.002494-7/RS), objetivando obrigar a União a utilizar como parâmetro para a concessão do auxílio-transporte única e tão somente as condições previstas expressamente na MP 2.165-36/2001, no âmbito das três Forças Armadas, bem como ser declarada a nulidade dos atos normativos que estipulem restrições à concessão do auxílio-transporte.

Em 26/08/2010, o processo foi extinto sem julgamento de mérito. Quanto ao MPM, por supostamente não se inserir no seu rol de atribuições a defesa de interesses coletivos *lato sensu*, pela via da ação coletiva; quanto ao MPF, devido ao argumento de que os direitos que se visam tutelar por intermédio da Ação Civil Pública serem individuais, autônomos, disponíveis e sem relevância social.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF da 4ª Região), por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação (Apelação Cível nº 0002494-05.2009.404.7102), reconhecendo a legitimidade do MPM e do MPF para integrarem, conjuntamente, o polo ativo da Ação Civil Pública. A União Federal apresentou Recurso Extraordinário contra o acórdão em 25/04/2011.

2.3.2. Objeção de consciência para Serviço Militar Obrigatório (SMO)

Essa Ação Civil Pública (Processo nº 2008.71.02.000356-3/RS) foi intentada pelo Ministério Público Militar, também em litisconsórcio com o Ministério Público Federal, com o objetivo de impor à União o dever de implementar a prestação de serviço alternativo para aqueles que, ao se alistarem para o serviço militar obrigatório, alegarem objeção de consciência.

O pano de fundo dessa ação também seria o número expressivo de deserções de recrutas na área de jurisdição da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, conforme apurado no Inquérito Civil nº 01/2007 (o mesmo que deu origem à Ação Civil Pública sobre o pagamento de auxílio-transporte a recrutas), nesse caso fomentado pela não implementação do serviço alternativo e da inclusão de pessoas não aptas à atividade militar.

Em sentença datada de 28/04/2009, o juízo de primeiro grau reconheceu a ilegitimidade ativa do Ministério Público Militar (como questão preliminar) e, no mérito, julgou improcedente o pedido, ante a inexistência de provas concretas que demonstrassem que a falta de implementação do serviço militar alternativo estivesse causando prejuízo aos jovens que possuem imperativo de consciência, ou que seja efetivamente a causa de deserções de soldados recrutas na área de jurisdição da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar.

O TRF da 4ª Região, por maioria, deu provimento aos recursos de apelação (Apelação Cível nº 2008.71.02.000356-3), para admitir o Ministério Público Militar como litisconsorte ativo facultativo do Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal, tendo em vista a especificidade de sua atuação na seara militar.

2.3.3. Prestação de serviços domésticos por taifeiros

Essa Ação Civil Pública (Processo nº 2008.71.02.004712-8/RS) foi intentada pelo Ministério Público Militar com o objetivo de compelir a União a, no âmbito das Forças Armadas e em todo o território nacional, abster-se de utilizar militares subalternos, normalmente ocupantes da graduação de taifeiros, para a realização de atividades domésticas nas residências – inclusive particulares – de autoridades de altas patentes das Forças Armadas, como generais, coronéis e tenentes-coronéis.

Em 26/11/2008, o juízo de primeiro grau, reconhecendo a ilegitimidade ativa do Ministério Público Militar para manejo da Ação Civil Pública, indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem resolução do mérito.

Em sede de apelação (Processo nº 2008.71.02.004712-8), entretanto, o Tribunal Regional Federal admitiu a possibilidade de o Ministério Público Militar atuar como litisconsorte ativo facultativo no feito, ensejando a interposição de recursos especial e extraordinário por parte da União.

O Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao recurso especial (REsp 1185052/RS); entretanto, encontra-se pendente de julgamento o recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal (RE 635092, Relator Min. Joaquim Barbosa).

3. DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Como visto anteriormente, parte da doutrina e do Judiciário – até o momento – não reconhecem essa atribuição ao MPM, tendo sido identificados três fundamentos para esse posicionamento. De modo diverso, vimos que outra parte da doutrina entende que, apesar de a LC/75 silenciar a respeito, o Ministério Público Militar detém legitimidade para a ACP, e as considerações já tecidas a respeito dos seus argumentos são suficientes para o propósito.

Não obstante, a síntese de todo o debate envolvendo a legitimação do Ministério Público Militar para propositura de Ação Civil Pública perante a Justiça comum Federal – como todo problema envolvendo a aplicabilidade das normas jurídicas – parece residir, fundamentalmente, em um momento imediatamente anterior da experiência jurídica: o da interpretação das normas aplicáveis à matéria.

Nesse sentido, o posicionamento crítico no presente trabalho deve passar, necessariamente, pela contraposição aos argumentos contrários à tese da legitimidade do MPM para a ACP, fazendo, tanto quanto possível, o contraponto a cada um deles, e, por outro lado, deve abordar as questões hermenêuticas dispostas à aplicabilidade das normas jurídicas sobre o assunto.

Registre-se, desde já, que esse posicionamento crítico não será feito – como, de fato, não poderia – de forma segmentada, por meio de duas linhas de argumentação autônomas – uma para contrapor a doutrina contrária e outra para explicar os fundamentos interpretativos que direcionam a aplicabilidade do artigo 129, III, da Constituição às conclusões sustentadas pela outra parte da doutrina –, porquanto a desconstrução dos argumentos contrários implica, naturalmente, ou na afirmação dos argumentos daqueles que defendem a legitimidade do MPM para a ACP ou na construção de novos fundamentos para a aplicabilidade da aludida norma constitucional.

3.1. Crítica aos argumentos contrários

3.1.1. Crítica ao argumento da vinculação da atuação exclusiva do Ministério Público Militar perante a Justiça Militar da União

Embora o poder jurisdicional do Estado seja entendido como uma manifestação de sua soberania – daí as suas notas de unidade, indivisibilidade e

indelegabilidade –, o seu exercício é condicionado por uma série de critérios metodológicos, estabelecidos pela Constituição para um melhor rendimento da atividade judicante.

Assim, são definidas expressamente pela Constituição Federal as jurisdições de caráter especial: Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho e Justiça Militar. A essa definição constitucional corresponde o que a doutrina convencionou denominar competência em razão da matéria.

Portanto, sobre a questão da competência da Justiça Militar da União, não há dúvida: reza o artigo 124 da Constituição que compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei. O aludido preceito constitucional – norma de eficácia limitada – é integrado pelos artigos 9º e 10 do Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969).

Competência – aqui entendida como medida da jurisdição – significa a parcela do poder jurisdicional atribuído a cada um dos órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, segundo as regras estabelecidas na Constituição e nas leis de organização judiciária federal e estadual.

Nesse sentido, o artigo 124 da Constituição Federal define uma norma de natureza processual (normas de organização judiciária, normas que atribuem poderes e deveres às partes da relação processual, normas que disciplinam o procedimento[24]).

Em sendo uma norma de hierarquia constitucional, ela não pode ter seu conteúdo ampliado ou restringido por lei ordinária, tampouco ser objeto de interpretação extensiva, cabendo exclusivamente ao poder constituinte derivado alterar validamente a competência dessa Justiça especializada, por meio de emenda à Constituição[25].

---

[24] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 246.

[25] É o caso do Projeto de Emenda Constitucional nº 358/2005, que veicula a segunda parte da reforma do Judiciário, no qual se verifica a proposta de ampliação da competência da Justiça Militar da União.

No entanto, de modo diverso, as normas dos artigos 143 e 145 da Lei Complementar nº 75/93, que definem onde oficiam, ordinariamente, os procuradores e promotores da Justiça Militar, não são normas de natureza processual.

Trata-se de normas de natureza organizacional, cuja finalidade é especificar as áreas de atuação precípuas dos diversos órgãos do Ministério Público da União, como forma de impedir a atuação conflitante de mais de um deles, no interesse do mesmo objeto, perante o mesmo juízo.

A ideia de separação do Ministério Público da União em ramos atende a uma necessidade elementar de organização, cujo objetivo é o melhor exercício das funções institucionais que lhe foram confiadas pela Constituição – que por essas razões, inclusive, determina o fracionamento da instituição.

Kazuo Watanabe, comentando o veto ao § 2º do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, que dispunha sobre a possibilidade de litisconsórcio entre órgãos do Ministério Público, posiciona-se da seguinte forma:

> A autonomia de cada um desses Ministérios Públicos setoriais é apenas administrativa, tendo cada qual uma estrutura e carreira próprias. Em termos institucionais, é um único órgão, de âmbito nacional.
> Haveria, assim, certa impropriedade técnica em se falar em litisconsórcio entre vários órgãos de uma mesma instituição. Tecnicamente, mais apropriado seria, certamente, falar-se em representação da instituição.
> Ocorre que a própria necessidade de divisão do trabalho que levou à criação de vários órgãos do Ministério Público, com atribuições específicas de tarefas diferenciadas a cada um deles, seja por razão territorial, seja por razão de matéria, fez com que, tradicionalmente, esses órgãos atuassem com a indicação do setor que lhes compete. Assim, o Ministério Público do Estado de São Paulo tem agido com a indicação da unidade da federação a que pertence, o Ministério Público do Trabalho, com a menção à área que lhe toca, e assim por diante.
> [...] Desde que a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos esteja dentro das atribuições que a lei confere a um órgão do Ministério Público, a este é dado atuar em qualquer das justiças, até mesmo em atuação

> conjunta com um outro órgão do Ministério Público igualmente contemplado com a mesma atribuição[26].

Na mesma obra, Nelson Nery Júnior acentua a questão nos seguintes termos:

> [...] o Ministério Público é, do ponto de vista institucional, uno e indivisível. O art. 128 da CF divide o parquet com a finalidade de facilitar o exercício de suas funções institucionais.
> Resta saber, pois, quem representa em juízo a instituição una do Ministério Público, seja na Justiça Federal, seja na Estadual.
> A representação é a relação que se forma entre uma pessoa e outra ou várias, em virtude da qual a vontade da primeira se considera como expressão imediata desta última, de modo que, juridicamente, essa exteriorização aparece como a manifestação da vontade de uma só pessoa.
> As dicotomias clássicas da representação em legal e convencional, quanto à fonte, e necessária e voluntária, quanto a um dos caracteres de que pode ela se revestir, não explicam plenamente o fenômeno da representação das instituições e dos órgãos do Estado, sendo necessária, portanto, a criação de um tertium genus que é a representação institucional ou estrutural. Esta última surge da base das normas de organização de uma instituição, com a finalidade de substituição do titular do direito ou da obrigação e exercício do direito ou adimplemento da obrigação por conta e em nome do titular, para a tutela de um interesse representado.
> O titular do direito, no caso sob exame, é a sociedade, em nome de quem atua o Ministério Público, nas esferas judicial e extrajudicial.
> Essa representação estrutural ou institucional pode ser limitada pela lei, fazendo com que, por exemplo, o Ministério Público de um Estado federado não possa, sozinho, intentar ação judicial em outro Estado da federação. Na ausência de impeditivo legal, contudo, está o Ministério Público Estadual autorizado a, representando a sociedade, atuar na Justiça Federal ou na

[26] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e [et al.] Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 832-833.

> Justiça de qualquer Estado da Federação, já que a unidade e indivisibilidade da instituição do *parquet* assim o permitem.
> [...]
> A recíproca é verdadeira. O Ministério Público da União, formado pelos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e do Distrito Federal e Territórios (art. 128, nº I, CF), pode agir no âmbito da Justiça Federal comum ou especial, e, ainda, na Justiça Estadual[27].

Nesse sentido, a especialização entre os diversos ramos do Ministério Público da União (à exceção do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) é feita em razão dos interesses protegidos pelo ordenamento jurídico em cada caso. Assim, ao Ministério Público do Trabalho incumbe a defesa dos interesses sociais envolvendo as relações de trabalho; ao Ministério Público Militar incumbe a defesa dos bens e interesses relacionados às Forças Armadas e o exercício de suas missões constitucionais; e ao Ministério Público Federal cabe, residualmente, a defesa dos demais interesses sociais, naquilo que não conflitar com as atribuições do MPDFT e dos MPs estaduais.

Se os dispositivos em comento (artigos 143 e 145, *caput*, da LC/75) tivessem natureza processual – saindo em apoio à tese debatida – seriam eles, portanto, "corresponsáveis" por definir a legitimidade do MPM para a ação penal pública perante a Justiça Militar. Todavia, sabe-se, de antemão, ser inverídica essa conclusão.

Nesse ponto, dois questionamentos são opostos à tese combatida.

Primeiro, caso a LC/75 fosse silente sobre a legitimidade do Ministério Público Militar para a ação penal pública, ou fosse o dispositivo específico revogado expressamente por lei superveniente, estaria esse órgão impedido de atuar nesse mister perante a Justiça castrense? E, em caso de resposta negativa, qual seria, então, a norma a atribuir ao MPM essa legitimidade não prevista na lei organizacional?

Obviamente, a resposta a essa primeira questão é negativa, e o fundamento legal para o exercício da ação penal reside no disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, isoladamente.

[27] BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e [*et al.*]. *Op. cit*., p. 1019-1020.

Isso porque o fato de a LC/75 repetir a aludida norma constitucional em seu artigo 116, inciso I, não a credita como definidora da legitimidade para o exercício daquela atribuição específica.

Mais uma vez, basta um simples exercício mental para afastar a hipótese: em não existindo tal disposição na LC/75, estaria o MPM impedido de exercer a ação penal pública? De modo análogo: caso fossem suprimidos da lei complementar os dispositivos que referem o exercício da Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal, estaria esse órgão, desde então, impedido de manejar tal instrumento processual? Certamente não.

Pensar a questão de modo diferente implica, portanto, em subversão da hierarquia normativa. O que a Constituição permite não pode ser validamente restringido pela legislação ordinária, a menos que se trate de norma constitucional de eficácia contida – o que não é o caso –, circunstância que será oportunamente abordada adiante.

O segundo questionamento parte, igualmente, de uma situação hipotética: considerando que a criação das justiças especializadas e da ramificação do Ministério Público da União é matéria constitucional, diante da situação hipotética, e específica, de extinção da Justiça do Trabalho ou da Justiça Militar, mediante revogação dos artigos 111 a 117 e 122 a 124 da Constituição Federal, estariam os ramos do MPU coligados (MPT e MPM) concomitante e inexoravelmente extintos, ou impedidos de desempenhar os seus misteres constitucionais?

A resposta afirmativa somente é possível àqueles que defendem ser a Lei Complementar n° 75/1993 a responsável por definir as atribuições de cada um dos ramos do MPU, pois, ao designarem aos órgãos do MPT e MPM a atuação exclusivamente perante as Justiças do Trabalho e Militar, respectivamente, afastam qualquer possibilidade de atuação perante outros juízos, ainda que em litisconsórcio.

Todavia, no que se refere à particular composição do MPU, somente mediante intervenção específica do poder constituinte derivado poderiam ser extintos o MPT ou o MPM, ou terem eles as suas atribuições suprimidas, dada a especial destinação que o constituinte originário conferiu, indistintamente, a todos os ramos do *parquet*.

Na hipótese ventilada, em caso de extinção de alguma das justiças especializadas[28], remanescendo a sua competência para a Justiça comum Federal, sem que houvesse qualquer intervenção no tocante à composição do MPU, restariam perfeitamente íntegros o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Militar, os quais exerceriam as suas atribuições, por plena legitimação constitucional, perante o juízo remanescente que absorvesse as competências dos órgãos extintos.

3.1.2. Crítica ao argumento da taxatividade do rol de atribuições do Ministério Público Militar previsto na Lei Complementar nº 75/1993 – A legitimidade do MPM para a Ação Civil Pública como consentâneo a aplicabilidade do art. 129, III, da Constituição Federal

Toda instituição pública, para a otimização da prestação de seus serviços, subdivide e escalona as suas atribuições entre os diversos órgãos que a integram. Também é certo que nem todas as competências do órgão de maior amplitude estejam presentes nos órgãos de menor amplitude.

Assim é que, a título de exemplo, os subprocuradores-gerais da Justiça Militar oficiam nos feitos em tramitação no Superior Tribunal Militar, enquanto os procuradores e promotores exercem a persecução penal perante as Auditorias Militares. Da mesma forma, não são franqueadas a todos os ramos da instituição as atribuições privativas da chefia do MPU, como a apresentação de projetos de lei sobre o Ministério Público da União ao Poder Legislativo, a apresentação da proposta de orçamento do Ministério Público da União etc.

Todavia, não existe argumento que justifique, validamente, a supressão de atribuições do órgão inferior, mormente quando essas atribuições lhe tenham sido conferidas pela Constituição Federal.

O Ministério Público Militar detém, sim, legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública, com vista à proteção de direitos e interesses metaindividuais relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar ou para a impugnação de ato praticado por autoridade militar.

---

[28] Obviamente, a observação não se aplica à Justiça Eleitoral, cuja composição dos órgãos jurisdicionais e as representações do Ministério Público obedecem a critérios distintos de formação.

Se não existisse a Lei Complementar nº 75/1993, a Constituição disciplinaria, sozinha, as atribuições do Ministério Público da União e de seus ramos. Nesse contexto, o Ministério Público Militar teria plena competência para promover a Ação Civil Pública, sem qualquer óbice interpretativo.

Entretanto, com o advento da LOMPU, a omissão em seu texto quanto a essa prerrogativa do *parquet* castrense deu ensejo a dúvida sobre o âmbito das atribuições desse órgão.

É óbvio, portanto, que qualquer conclusão sobre a impossibilidade de o MPM manejar o inquérito civil e a Ação Civil Pública decorre, inexoravelmente, da conclusão de que a Lei Complementar nº 75/1993 limitou a eficácia da norma constitucional prevista no artigo 129, inciso III.

Apesar dessa atribuição não estar prevista expressamente na Lei Complementar nº 75/93, seu fundamento reside na própria Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III.

A suposta "vagueza semântica" das constituições (referida por Emerson Garcia) não é adjetivo que se aplique à Carta de 1988. Pelo contrário, a principal característica classificatória dessa Constituição é sua analiticidade (Constituição analítica ou prolixa, em oposição à Constituição sintética ou concisa).

Paulo Bonavides expõe as características das Constituições analíticas:

> As Constituições prolixas, cada vez mais numerosas, são em geral aquelas que trazem matéria por sua natureza alheia ao direito constitucional propriamente dito. Trata-se ora de minúcias de regulamentação, que melhor caberiam em leis complementares, ora de regras ou preceitos até então reputados pertencentes ao campo da legislação ordinária e não do Direito Constitucional, em cuja esfera entram apenas formalmente, por arbítrio do legislador constituinte, para auferir garantias que só a Constituição proporciona em toda a amplitude[29].

[29] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 91.

Uadi Bulos conclui:

> A Constituição brasileira de 1988 é pleonástica, amplíssima, detalhista, minuciosa e dirigente, em nítida oposição aos textos sintéticos, resumidos, objetivos e diretos. Aliás, no século XX, com a Constituição de Weimar de 1919 [...] os textos passaram a ser analíticos, numa tentativa de limitar o espaço deixado à atividade discricionária do legislador infraconstitucional. Essa desconfiança em relação ao legislador ordinário fez com que matérias de todo jaez fossem constitucionalizadas[30].

A analiticidade da Constituição de 1988 é o legítimo produto do embate de forças políticas opostas presentes em sua elaboração, refletindo no texto final as marcas de uma sociedade heterogênea. Não sem razão, essa amplitude e detalhamento temático da Carta política definem a sua intenção prospectiva e dirigente.

J. J. Gomes Canotilho discorre sucintamente sobre essa característica, afirmando que "o caráter longo [da Constituição] não é uma opção; é um resultado da compreensão da lei fundamental como lei material fundamental de um Estado supervisionador de uma sociedade pluralista e complexa"[31].

No mesmo sentido Peter Häberle:

> A Constituição não é apenas um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas também a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um veículo de auto-representação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos[32].

---

[30] BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 38.

[31] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 217.

[32] HÄBERLE *apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19.

De qualquer forma, ainda que se admitisse uma pretensa "vagueza" ao texto constitucional, tal característica jamais poderia ser atribuída de forma genérica a todos os seus dispositivos.

No caso em questão, a técnica legislativa aplicada à Constituição Federal de 1988, na parte que estabelece as funções institucionais do Ministério Público, foi suficientemente clara e objetiva para definir a eficácia de cada uma das normas que versa sobre as atribuições do *parquet*.

O texto constitucional assim dispõe:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
> III - 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;
> IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
> V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
> VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
> VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
> VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Seguindo a lição há muito formulada por José Afonso da Silva, que distingue entre normas constitucionais de eficácia plena, contida (ou restringível) e limitada, vê-se nitidamente, no texto transcrito, a diferença entre as normas que consagram atribuições genéricas (dirigidas a todos os órgãos do MPU) e aquelas que podem ser direcionadas a destinatários (órgãos) específicos.

Os grifos assinalados no texto servem de orientação elementar para a identificação daqueles dispositivos que revestem normas de eficácia contida.

Segundo José Afonso da Silva:

> Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.[33]
>
> Diversamente a essas normas, vemos que a função institucional prevista no inciso III – 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 – não possui qualquer elemento restritivo de sua eficácia, seja em sua proposição, ou seja em outros dispositivos da Carta Política.[34]
>
> Essa qualidade própria de algumas normas constitucionais, de não dependerem de outras normas para integrarem o seu sentido e determinar o seu alcance, define o que a doutrina especializada convencionou

[33] SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 116.

[34] Não se pode considerar como elemento restritivo da eficácia do artigo 129, inciso III, o disposto no artigo 128, § 5º, da CF/88. Isso porque, segundo o princípio da supremacia constitucional (elemento que sustenta toda a ideia de ordenamento jurídico), quem define o conteúdo da norma infraconstitucional é a própria Carta Política, e não o contrário. Assim, o § 5º do artigo 128 da CF/88 tem o condão de definir conteúdos distintos à regulamentação prevista na LC nº 75/93: no que especificar os dispositivos dos incisos I, VI e VII, do artigo 129, a Lei Complementar funcionará como elemento integrador da eficácia da norma constitucional; no que especificar o dispositivo do inciso III do mesmo artigo, não funcionará como norma de integração de sua eficácia, mas como elemento destinado a detalhar, a desenvolver a sua aplicabilidade no plano material.

> denominar normas constitucionais de eficácia plena (auto-executáveis)[35].

Segundo Inocêncio Mártires Coelho:

> Tendo em conta [...] a sua eficácia e aplicabilidade, consideram-se auto-executáveis as disposições constitucionais bastantes em si, completas e suficientemente precisas na sua hipótese de incidência e na sua disposição, aquelas que ministram os meios pelos quais se possa exercer ou proteger o direito que conferem, ou cumprir o dever e desempenhar o encargo que elas impõem[36].

Considerando que a Constituição de 1988, ao entrar em vigor, renovou a vigência da Lei nº 7.347/1985, pela técnica da recepção, entende-se que o instituto da Ação Civil Pública ganhou existência imediata ao estabelecimento da nova ordem constitucional, com disciplina própria e apto a instrumentalizar as pretensões deduzidas em juízo pelos sujeitos legitimados, seja pela Constituição, seja pela lei ordinária.

Essa constatação torna indiscutível a questão da aplicabilidade imediata do aludido dispositivo constitucional, inclusive para aqueles que entendem que a maioria das normas constitucionais não é autoexecutável.

A propósito desse entendimento, Inocêncio Mártires Coelho, apoiado em Ruy Barbosa, defende que "as disposições constitucionais, em sua maioria, não são autoaplicáveis, porque a Constituição não se executa a si mesma, antes, impõe ou requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos"[37].

---

[35] Aqui há identificação entre normas de eficácia plena e normas autoexecutáveis. O debate doutrinário em torno da subdivisão das normas não autoexecutáveis em normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada – que exigiria o regresso a estudos feitos por Rui Barbosa sobre o Direito norte-americano – não tem utilidade neste trabalho, porque não altera as circunstâncias que definem as conclusões declinadas ao longo do texto.

[36] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit*., p. 49-50.

[37] *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.,* p. 50-51.

Por todo o exposto, entende-se que a norma do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal nasceu autoexecutável, dotada, portanto, de eficácia plena.

O paradoxo sugerido pelo exemplo construído por Emerson Garcia[38] – sobre o reconhecimento da legitimidade do MPM para a Ação Civil Pública implicar, *ipso facto*, no reconhecimento da legitimidade do MPT para a ação penal pública e o controle externo da atividade policial militar – é apenas aparente, porque parte da premissa inválida de atribuir eficácia similar a normas constitucionais de natureza ontologicamente distintas[39].

Finalmente, conclui-se que o rol de atribuições previsto para o Ministério Público Militar na Lei Complementar nº 75/93 não é o único parâmetro para delimitar as suas possibilidades de atuação, notadamente porque não exaure todas as faculdades que lhe foram conferidas pela Constituição Federal.

3.1.3. Crítica ao argumento da violação ao princípio federativo

Embora o sistema federativo seja, sim, um fundamento constitucional que impregna a organização do Ministério Público, o argumento não procede para a finalidade de afastar a legitimidade do MPM para propositura da Ação Civil Pública.

A adoção do sistema federativo pela República Brasileira é responsável pela autonomia político-constitucional dos estados membros diante da federação, assentada em quatro características essenciais: capacidade de auto-organização (a entidade federativa deve possuir constituição própria); capacidade de autogoverno (eletividade de representantes políticos); capacidade de autolegislação (consiste na edição de normas gerais e abstratas); e capacidade de autoadministração (prestação e manutenção de serviços próprios)[40].

---

[38] Idem.

[39] A propósito da ampliação do debate, destaca-se o artigo do procurador do Trabalho da 12ª Região Marcelo José Ferlin D'Ambroso, no qual defende a competência da Justiça do Trabalho e a legitimidade do MPT em matéria criminal. *In*: D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141>. Acessado em: 29 ago. 2010.

[40] BULOS, Uadi Lammêgo. *Op. cit*., p. 76-77.

De forma associada aos princípios da unidade e indivisibilidade do Ministério Público, o postulado da federação determina a presença da instituição ministerial em cada um dos estados membros da federação e também no Distrito Federal (porque ele guarda características similares a um estado), nos moldes traçados pela Constituição Federal – assim como neles também devem existir poderes Legislativo, Executivo e Judiciário próprios.

O aludido "princípio federativo" define, portanto, a existência de Ministérios Públicos em cada um dos estados membros da federação – simetricamente à instituição de nível nacional, nos moldes da Lei nº 8.625/1993 – como uma decorrência da quarta característica que define a forma federal de Estado – capacidade de autoadministração do ente federado.

Mas o princípio federativo não é o fundamento para a distribuição de atribuições entre os outros três ramos do Ministério Público da União (MPF, MPT e MPM).

Se fosse verdade que a separação de atribuições do Ministério Público é feita com base no princípio federativo, o *parquet* castrense deveria possuir representações em cada um dos estados da federação, como decorrência da aplicação sistemática desse mesmo princípio.

Esse entendimento, inclusive, gera um paradoxo com a realidade no qual um órgão do Ministério Público Militar lotado na Procuradoria situada em um determinado estado membro não poderia atuar em feitos cujos fatos se passassem em âmbito territorial de outros estados, mesmo que neles não houvesse um "ofício" em representação à instituição. Nesse caso, as únicas soluções viáveis – em sintonia com o "princípio federativo" – seriam a instalação de tantas Procuradorias da Justiça Militar quantos sejam os estados da federação, além do Distrito Federal, ou então – e aí reside o paradoxo – cometer ao Ministério Público Estadual, ou a outra representação do MPU, as atribuições legais do *parquet* das Armas.

Entretanto, sabe-se que nenhuma dessas duas situações é o que se passa com a instituição ministerial castrense, cujas Procuradorias, distribuídas por doze estados da federação, respondem, em regra, por feitos provenientes de mais de um deles.

Na verdade, o equívoco desse entendimento reside no fato de o argumento da violação ao princípio federativo ter sido "mal emprestado" do debate envolvendo outro problema de legitimidade relativo à Ação Civil Pública: a possibilidade de litisconsórcio facultativo entre ramos do Ministério Público da União e Ministérios Públicos dos estados, franqueada pelo artigo 5º, § 5º, da Lei da Ação Civil Pública e por outros diplomas legais[41].

Hugo Mazzilli, comentando as razões do veto presidencial lançado ao artigo 82, §2º, do projeto de lei que culminou no Código de Defesa do Consumidor, afirma que:

> A esses argumentos levantados no veto, ainda outros têm sido apresentados em prol da inconstitucionalidade de referido litisconsórcio [entre ramos do MPU e Ministérios Públicos dos Estados]: a) como o Ministério Público atua perante os órgãos jurisdicionais, deve ter suas atribuições limitadas pela competência desses órgãos, não podendo o Ministério Público estadual atuar perante a Justiça Federal e vice-versa; b) a admissão de tal litisconsórcio entre Ministérios Públicos diversos violaria o próprio princípio federativo, ao subverterem-se as competências das autonomias[42]. [grifo nosso].

A propósito do debate, registre-se o contraponto feito por Mazzilli à questão do litisconsórcio entre Ministérios Públicos em face do sistema federativo:

> Não desnatura o princípio federativo que a lei expressamente confira ao Ministério Público estadual, por exemplo, algumas funções perante a Justiça Federal. Além da taxativa delegação ao Ministério Público estadual para atuar em matéria de interesse da União [ADCT, art. 29, §5º], desde a legislação anterior já se admitiam delegações conferidas na legislação infraconstitucional (como perante a Justiça Eleitoral e trabalhista; nas cartas precatórias ou de ordem; na ação penal por tráfico de entorpecentes para o exterior; na

[41] A exemplo do artigo 81, §1º, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), e do artigo 210, §1º, da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), ambos com redação idêntica: "Admitir-se-á litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta Lei".

[42] MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime jurídico do Ministério Público. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 191.

> avaliação de renda e prejuízos decorrentes para pesquisa mineral) [a propósito, o art. 52 da LC n. 40/81; o art. 73 da Lei n. 8.625, de 12-02-93, e o art. 79 da LC n. 75/93][43].

No caso, a legitimidade que se pretende ver reconhecida ao Ministério Público Militar é a de poder atuar perante a Justiça comum Federal, em questões que envolvem interesses transindividuais ligados às Forças Armadas, instituição de âmbito nacional.

Portanto, o argumento da suposta violação ao princípio federativo não guarda a menor pertinência temática com a discussão sobre a legitimidade do Ministério Público Militar para a Ação Civil Pública.

3.2. A Ação Civil Pública como instrumento de proteção dos direitos e interesses transindividuais relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar

Todo processo – enquanto mecanismo disposto pelo Estado à pacificação de conflitos e à realização do direito material – e, consequentemente, toda ação – como elemento fundante de cada processo –, na atual fase de desenvolvimento da ciência do Direito, devem ser estudados sob a perspectiva da instrumentalidade.

Essa perspectiva é sobremaneira relevante no trato das ações coletivas, cuja proposta é otimizar a eficácia da tutela jurisdicional, especialmente a partir da ampliação dos limites subjetivos da coisa julgada, mas também pela expansão do rol de legitimados para a sua propositura.

A visão do processo enquanto pura técnica foi gradualmente sendo substituída por uma nova mentalidade. Aqui, o processo perde sua condição de protagonista dos debates teóricos para assumir a posição de instrumento para a realização dos anseios sociais postos à consideração do Poder Judiciário.

Ultrapassadas as fases sincretista (caracterizada pela falta de consciência da separação entre os planos material e processual do direito) e autonomista (caracterizada pela consolidação do Direito Processual como ciência autônoma), o processo hoje é encarado sob um ponto de vista externo, tendo

[43] MAZZILLI, 2007, p. 192.

como preocupação principal não mais a sistematização de conceitos sob bases hipotéticas, em busca da conquista da autonomia científica (já alcançada na fase anterior), mas a crítica dirigida aos institutos processuais consagrados, como forma de extrair deles a máxima efetividade para a solução dos problemas concretos dispostos à jurisdição estatal.

Sobre instrumentalidade processual, afirma Fredie Didier Jr.:

> Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais hão de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às regras do direito material. (…) A instrumentalidade do processo pauta-se na premissa de que o direito material coloca-se como valor que deve presidir a criação, a interpretação e a aplicação das regras processuais[44].

A perspectiva instrumental do processo – orientada pelo método teleológico – visa ao atendimento de objetivos a serem alcançadas pelo Estado com o exercício da jurisdição. Essas metas podem ser identificadas com os denominados "escopos" (social, político e jurídico) da jurisdição, que atuam conjuntamente na formação da perspectiva instrumental do processo.

Em síntese, o escopo social relaciona-se com a pacificação com justiça (porque diz respeito ao resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade)[45]; o escopo político visa a afirmação do poder estatal, a preservação do valor liberdade e a participação democrática dos indivíduos na definição dos rumos da sociedade, por meio de mecanismos jurídicos como a Ação Popular, a Ação Civil Pública etc.; o escopo jurídico visa a atuação concreta do Direito (resolução dos conflitos com base nas na ordem jurídica vigente)[46].

[44] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 54-55.

[45] CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Op. cit.,* p. 30.

[46] PALÁCIOS, João Olegário. *Op. cit*. Passim.

Segundo Dinamarco, a busca isolada do escopo jurídico é responsável por distorções causadas especialmente em relação à tutela de direitos coletivos:

> Atribuir ao sistema processual a missão de atuar a vontade concreta do direito, sem maiores preocupações pela dinâmica social da própria fórmula e sem inseri-la no contexto dos demais escopos (sociais, políticos), significa resistir à realidade do direito de massa que vai forçando passagem para impor-se na sociedade moderna[47].

Portanto, a Ação Civil Pública representa um dos mais importantes instrumentos processuais dispostos pela Constituição com o objetivo de assegurar a participação democrática da sociedade na formação da vontade política do Estado e na proteção dos bens e interesses que lhe são caros.

Essa concepção da Ação Civil Pública é desenvolvida, inclusive, pela perspectiva da tutela constitucional do processo (uma subdivisão do denominado Direito Processual Constitucional, uma "metodologia" que sistematiza os princípios constitucionais do processo como cânone interpretativo/diretivo aplicável a toda ciência processual)[48].

No contexto da tutela constitucional do processo, encontra-se consagrado o princípio do acesso à Justiça. O desenvolvimento desse princípio, como correlato ao direito de ação e facilitação do acesso à Justiça, é realizado por todas as normas destinadas à defesa dos interesses difusos e coletivos; entre elas, as disposições que conferem ao Ministério Público legitimidade para a instauração do inquérito civil e a propositura da Ação Civil Pública[49].

Nesse particular, a conclusão declinada por Cláudia Luz sobre a impossibilidade de se proceder a interpretação restritiva de direitos que visam à proteção social tem aplicação perfeita no caso.

---

[47] DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 264.

[48] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 122-126.

[49] CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Op. cit,* p. 85.

Considerando que a Ação Civil Pública tem a missão de instrumentalizar o acesso à Justiça, inclusive para a proteção dos interesses metaindividuais ligados às Forças Armadas, a proibição lançada contra a legitimidade do Ministério Público Militar para a ACP configura-se como uma restrição ao dever de proteção dos bens e interesses transindividuais relacionados a lugar ou patrimônio público, que incumbe à instituição ministerial como um todo.

3.3. A interpretação das normas constitucionais pertinentes em face do paradigma pós-positivista

A síntese de todo o debate envolvendo a legitimação do Ministério Público Militar para propositura de Ação Civil Pública perante a Justiça comum Federal, em síntese, reside na interpretação sistemática das normas aplicáveis à matéria.

De um lado, parte da doutrina e o Judiciário – até o momento – não reconhecem essa atribuição ao MPM, baseados na compreensão de que a Lei Complementar nº 75/1993 não a previu; portanto, a atuação do *parquet* castrense estaria adstrita à Justiça Militar da União, voltada exclusivamente ao exercício das atribuições previstas no artigo 116 da aludida lei infraconstitucional.

De modo diverso, a outra parte da doutrina entende que, apesar de a LC/75 silenciar a respeito, o Ministério Público Militar detém legitimidade para a ACP, com fundamento no artigo 129, III, da Constituição Federal.

Essa diversidade de interpretação, no fundo, reflete o embate de forças travado entre a dogmática positivista e pós-positivista.

Analisando a transição do modelo positivista para o pós-positivista, Eliana Calmon afirma que:

> A formação jurídica dos magistrados brasileiros, de origem romano-germânica, pautou-se, historicamente, nas relações privadas e no Direito Civil que predominavam no centro do sistema, e a interpretação jurídica equivalia ao exercício de subsunção dos fatos à norma[50].

[50] CALMON, Eliana. Princípios e Garantias Constitucionais do Processo. Disponível em: <http://www. tacrim.sp.gov.br/cetac/Palestra230503.html>. Acessado em: 20 ago. 2010.

No contexto dessa visão positivista, a aplicação do Direito estaria apta a se desenvolver dentro das características de cientificidade, emprego da lógica formal, plenitude do ordenamento jurídico, racionalidade da lei e neutralidade do intérprete.

Com a evolução do pensamento jurídico, sobretudo a partir dos estudos desenvolvidos pela Teoria Crítica do Direito na Europa e nos Estados Unidos, com ênfase no caráter ideológico do Direito, passou-se a exigir do intérprete – e especialmente do aplicador do Direito – a busca pela realização do valor da justiça, mesmo quando não expressamente previsto na lei[51].

Esse movimento, que representa a queda do positivismo absoluto e a ascensão do que se convencionou denominar pós-positivismo, é um reflexo das transformações por que vinha passando o mundo desde o fim da Segunda Guerra, indo pela dissolução dos regimes políticos do leste europeu e culminando no fenômeno da globalização e na relativização do conceito de soberania (com a formação de blocos políticos e econômicos), até chegar às reformas neoliberais na América Latina.

Nesse contexto de rápidas e profundas transformações, o Direito aparece como função social, com novos princípios e novas regras, trabalhados sob a perspectiva de uma nova hermenêutica.

No Brasil, essa evolução da dogmática jurídica foi sensivelmente mais lenta, atingindo a maturidade somente na década de 1990, quando começaram a ser relevados os valores institucionais da Constituição Federal de 1988. Nesse momento, surge a interpretação principiológica, fundada em valores éticos e sociais: o intérprete, ao mesmo tempo em que se compromete com a lei, não se desprende da conscientização dos valores reais da sociedade.

Entretanto, a profundidade das mudanças sentidas pelo País nos campos político e econômico não teve correspondência no campo jurídico: na medida em que o Brasil passou a caminhar sobre um lastro de progresso e modernidade, vivenciando amplas alterações na vida social, tornaram-se cada vez mais evidentes os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, como o seu funcionamento moroso e dispendioso, marcado pela nota do excessivo formalismo e, não raro, de resultados decepcionantes.

[51] CALMON, Eliana. Idem.

Essa observação é assentada em conclusões por Eliana Calmon:

> [...] 2º) O acanhamento do Poder Judiciário Brasileiro que, por razões políticas, foi o último dos Poderes a proceder a uma revisão crítica, tem deixado o Judiciário em dificuldades; 3º) a dificuldade do Poder Judiciário, visto que após aderir ao paradigma da modernidade, encetando com esforço a política do ativismo judicial, veio a ser atropelado pelas mudanças na esfera político-econômica, está sendo o maior empecilho para uma mudança estrutural adequada; 4º) a globalização e os seus desafios colocaram o Poder Judiciário em posição crítica, dele exigindo uma releitura da Constituição de 1988, com o abandono do positivismo jurídico[52].

Estabelecendo um paralelo entre os paradigmas positivista e pós-positivista para a interpretação e a concretização constitucional, afirma Luiz Roberto Barroso:

> A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao papel da norma, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do juiz, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como regras, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante subsunção. Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já

[52] CALMON, Eliana. Idem.

> não lhe caberá apenas uma função de conhecimento, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis[53].

A partir de um ponto de vista tradicional, a interpretação do Direito tem por objetivo revelar o sentido e o alcance das normas jurídicas, e antecede o momento de sua aplicação. Fixar o sentido de uma norma jurídica é descobrir a sua finalidade, os valores nela consagrados pelo legislador e aquilo que teve por mira proteger; enquanto fixar o seu alcance é delimitar o seu campo de incidência, é conhecer sobre que fatos sociais e em que circunstâncias a norma tem aplicação[54].

A partir da superação da hermenêutica clássica, que trabalhava com a ideia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido, pela hermenêutica de cunho filosófico, passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas, sim, produtivo: interpretar é dar/atribuir sentido, deixando de existir equivalência entre texto e norma, bem como entre vigência e validade[55].

Alípio Silveira, referindo-se aos métodos da hermenêutica clássica, afirma que:

> Uma disposição legal poderá parecer clara a quem a examinar superficialmente, ao passo que não se revelará tal a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas ligações com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito em

---

[53] *Apud* MARANHÃO, Ney Stany Morais. O fenômeno pós-positivista: considerações gerais. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2246, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13387>. Acessado em: 1 nov. 2010.

[54] NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 263-264.

[55] STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 62.

> sua aplicação a relações que, sendo o produto de novas exigências, de novas condições, não poderiam ter sido consideradas ao tempo da formação da lei, na sua conexão com o sistema geral do direito positivo vigente[56].
> [...]
> A lógica tradicional, de tipo silogístico, resolve o caso particular considerando-o como um episódio menor dentro da órbita da norma geral, mediante um processo de subsunção lógica. Aquelas normas gerais funcionam, assim, como termos abstratos, como teoremas. O erro capital desse tipo de interpretação jurídica consiste, justamente, em não ver que aquelas normas devem funcionar, não como teoremas, mas como instrumentos de ação prática. Esta lógica de tipo matemático foi a que fez caminho através dos métodos tradicionais de hermenêutica, e, ainda mais do que isso, das teorias jurídicas fundamentais do século XIX[57].

Diversamente, o modelo atual de interpretação não se subsume aos ditames literais da norma, sobretudo da norma infraconstitucional. Afirmam Duarte e Marques:

> A teoria pós-positivista, consubstanciada no constitucionalismo, promoveu uma mudança de paradigma, evidenciando a força normativa da Constituição e uma nova maneira de encarar e interpretar o direito, na busca por um processo legítimo, eficaz e apto a efetiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos[58].

Disso decorre que todo diploma legal, seja ele anterior, seja posterior à Constituição de 1988, a partir do paradigma hermenêutico fornecido pela nova Carta Política, demanda uma forma especial de interpretação: em sendo anterior à ordem constitucional vigente, receberá ele novas normas quando de

---

[56] SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica jurídica – seus princípios fundamentais no direito brasileiro. v. 4. São Paulo: Leia livros, [s.d], p. 119.

[57] SILVEIRA, *Op. cit.,* p. 153.

[58] DUARTE, Hugo Garcez; MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Pós-positivismo e hermenêutica: o novo papel do juiz ante a interdisciplinariedade e a efetiva tutela dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hugo_garcez_duarte.pdf>. Acessado em: 20 ago. 2010.

sua recepção, a despeito da manutenção de seus textos (proposições); em sendo posterior, suas normas que disciplinam os diversos institutos jurídicos deverão ser deduzidas em perfeita sintonia com as finalidades para eles declinadas na Constituição.

Essa compreensão se fundamenta no primado da hierarquia das normas, uma construção que remonta à escola positivista (notadamente ligada à ideia de validade formal), mas que, no presente contexto, ganha novos contornos para atender aos princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição[59].

Para Friedrich Müller, as regras tradicionais da interpretação não podem ser isoladas como métodos autônomos. Essas regras se dirigem, conjuntamente, a toda e qualquer norma jurídica, porque toda norma tem o seu texto (interpretação gramatical); nenhuma norma do Direito positivo possui sentido isoladamente, mas deve se relacionar com todo o ordenamento jurídico (interpretação sistemática); e, consequentemente, cada norma pode ser questionada com vistas ao seu sentido e à sua finalidade[60].

Do mesmo modo, para Bobbio, "as normas jurídicas nunca existem sozinhas, mas sempre em um contexto de normas que têm relações específicas entre si"[61]:

> Em uma estrutura hierárquica, como aquela do ordenamento jurídico, os termos "execução" e "produção" são relativos, pois a mesma norma pode ser considerada, ao mesmo tempo, executiva e produtiva: executiva em relação à norma superior; produtiva em relação à norma inferior. As leis ordinárias executam a Constituição e produzem os regulamentos. [...] Costuma-se representar a estrutura hierárquica de um ordenamento

[59] Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (*In*: Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1224-1226), o princípio da máxima efetividade orienta o intérprete a atribuir à norma constitucional o sentido que lhe dê maior eficácia; quanto ao princípio da força normativa da constituição, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve prevalecer o ponto de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição "normativa", possibilite a sua plena eficácia e atualização normativa.

[60] MÜLLER *apud* STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. Ibid., p. 58 *et. seq*.

[61] BOBBIO, Norberto. Teoria geral do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 173.

> com a figura da pirâmide. [...] Se olharmos a pirâmide de cima para baixo, veremos uma série de processos de produção jurídica; se a olharmos de baixo para cima, veremos, ao contrário, uma série de processos de execução jurídica. [...] Esse duplo processo ascendente e descendente pode ser esclarecido também com duas outras noções características da linguagem jurídica: poder e dever. [...] Quanto à pirâmide que representa o ordenamento jurídico, a partir do momento em que poder e obrigação são dois termos correlatos, se a considerarmos de cima para baixo veremos uma série de poderes sucessivos: o poder constitucional, o poder legislativo ordinário, o poder regulamentar, o poder jurisdicional, o poder negocial e assim por diante; se a considerarmos de baixo para cima, veremos uma série de obrigações que se sucedem uma após a outra: a obrigação do sujeito de executar a sentença de um magistrado; a obrigação do magistrado de se ater às leis ordinárias; a obrigação do legislador de não violar a Constituição. [...] Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo, não lhe atribui um poder ilimitado[62].

Portanto, a interpretação do artigo 116 da Lei Orgânica do Ministério Público da União deve ser feita "de baixo para cima", observando-se se a proposição nele contida está apta a executar fielmente o mandamento constitucional.

Se o resultado da interpretação implicar em restrição à eficácia dos mandamentos constitucionais, estaremos diante de uma solução inválida sob o ponto de vista da moderna interpretação constitucional.

É nesse contexto que se sustenta a legitimidade do Ministério Público Militar para a instauração de inquérito civil e para a propositura de Ação Civil Pública perante a Justiça comum Federal.

Vimos anteriormente que, diante da ausência de qualquer elemento distintivo no texto constitucional do qual se infira a norma do artigo 129, III, se possuir eficácia contida, a lei complementar apenas poderia desenvolver a norma constitucional, mas não restringi-la, limitando a sua aplicabilidade a determinados órgãos do MPU.

[62] BOBBIO, Norberto. Idem., p. 201-203.

Esse entendimento (restritivo) pressupõe que o artigo 129, inciso III, da CF/88, possui eficácia contida ou restringível, porquanto somente diante dessa qualidade a LC 75/93 poderia se sobrepor à incidência plena da norma constitucional.

Contudo, a solução interpretativa que melhor se adapta aos vetores da máxima efetividade e da força normativa da Constituição certamente é aquela que atribui eficácia plena ao artigo 129, III, da Constituição Federal.

Somente a partir dessa interpretação é possível fixar a normatividade ínsita ao artigo 127 da Constituição Federal (revelação de seu sentido) – que outorga ao Ministério Público, como um todo, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – e maximizar a sua efetividade, franqueando ao Ministério Público Militar, com segurança, a atribuição específica para atuar na defesa de interesses metaindividuais por meio da Ação Civil Pública, perante a Justiça comum Federal (revelação de seu alcance).

4. PROPOSTAS DE LEGE FERENDA

A situação de incerteza vivida pelo MPM atualmente, no tocante à legitimidade para a Ação Civil Pública, apesar de ainda não ter encontrado solução jurisprudencial satisfatória, não tem passado despercebida pelo Poder Legislativo.

Nesse particular, ressalta-se a existência de dois projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional – um na Câmara dos Deputados e outro no Senado Federal –, os quais, uma vez aprovados (qualquer um deles), teriam o condão de esclarecer a extensão da norma constitucional prevista no artigo 129, inciso III, e pôr fim aos debates sobre a sua aplicabilidade ao Ministério Público Militar.

4.1. Projeto de Lei nº 5.139/2009

O Projeto de Lei nº 5.139, apresentado pelo Poder Executivo à Câmara dos Deputados em 29 de abril de 2009, foi elaborado a partir de estudos realizados por uma comissão de juristas instituída pelo Ministério da Justiça e tem por objetivo aperfeiçoar a disciplina hoje existente para a Ação Civil Pública.

Segundo a exposição de motivos do projeto, as profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais experimentadas pela sociedade na virada do século XX e, especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988, a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tornou-se insuficiente para proteger toda a gama de direitos que dizem respeito à cidadania.

Paralelamente, aponta a incapacidade do Código de Processo Civil (Lei nº 5.86973) de apresentar soluções eficazes aos problemas de alta complexidade dos casos que envolvem a tutela de direitos metaindividuais.

O PL 5139, portanto, tem o objetivo de estabelecer uma nova sistemática para o processo coletivo no País, implementando uma série de mudanças que vão desde a definição de princípios e institutos próprios (como forma de caracterizar uma disciplina processual autônoma), a ampliação dos direitos tuteláveis pela ACP, até o aperfeiçoamento do sistema de execução das tutelas coletivas[63].

O relator do projeto promoveu a realização de audiência pública, como forma de ampliar os debates em torno da matéria e, recebeu, também, diversas propostas de alteração ao texto original, sugeridas por diversas autoridades, órgãos e entidades públicas.

Desses estudos surgiu a necessidade de mudanças pontuais, que deram origem ao substitutivo apresentado pelo relator à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

Entre as propostas de alteração apresentadas no substitutivo, ressalta-se a que incluía um parágrafo no artigo 1º, com a finalidade de atribuir expressamente ao Ministério Público Militar a legitimidade para a propositura da Ação Civil Pública.

Em sua justificativa para a inclusão do dispositivo, o relator apresenta uma série de argumentos, entre eles o fato de a legitimidade para a Ação Civil Pública ter sido deferida indistintamente a todos os órgãos do Ministério Público pela Constituição Federal; de essa atribuição vir sendo negada ao MPM

[63] Parecer do Deputado Antonio Carlos Biscaia (Relator), por ocasião da apresentação do Substitutivo ao PL 5139/09. Apresentado em 15 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/690495.pdf>. Acessado em: 27 ago. 2010.

por diversos órgãos jurisdicionais; de existir Projeto de Lei Complementar do Senado nº 506/2003, que visa sanar a omissão indevida dessa atribuição no corpo da LC nº 75/93; de, em razão da especialização, o *parquet* das Armas se mostrar como o mais apto a litigar em ações envolvendo interesses ligados às Forças Armadas; além de apresentar diversos casos concretos – e outros hipotéticos – em que a atuação preventiva da instituição castrense (semelhantemente ao que se opera em inquérito civil) se mostrou – ou se mostra – salutar, senão imprescindível.

Na ocasião, a redação do dispositivo sugerido pelo relator ficou assim assentada: "§2º É cabível a propositura de Ação Civil Pública para a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar ou ato praticado por autoridade militar".

Note-se que a redação do dispositivo, conforme declinada, não especifica a sua aplicação ao Ministério Público Militar.

Essa indeterminação, no entanto, foi oportunamente corrigida, acolhendo-se proposta de emenda formulada pelo deputado José Genoíno, destacando-se que, ao Ministério Público Militar, há de ser dada a certeza jurídica de se livrar do campo restrito do processo penal militar e exercer suas funções constitucionais plenamente, na luta pela garantia do exercício dos direitos assegurados pela Magna Carta[64].

Com a alteração, o dispositivo passou à seguinte redação: "§2.º É cabível a propositura de Ação Civil Pública, pelo Ministério Público Militar, para a proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar ou ato praticado por autoridade militar".

Após essa alteração, o § 2º do artigo 1º manteve sua redação, embora o PL 5139/2009 tenha passado por novas alterações ainda na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

---

[64] Parecer do deputado Antonio Carlos Biscaia (relator), por ocasião da apresentação do segundo Substitutivo ao PL 5139/09. Apresentado em 15 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/704200.pdf>. Acessado em: 27 ago. 2010.

O projeto de lei passou por várias sessões de discussão e recebeu outros três votos em separado, um deles, inclusive, com a apresentação de um novo substitutivo, da lavra do deputado José Carlos Aleluia (que também mantinha a legitimidade do MPM para a propositura da Ação Civil Pública).

Dentre os votos em separado, destacam-se os dos deputados Paulo Maluf e Marcelo Itagibe, ambos sustentando divergência em relação ao projeto. Este, pelo argumento da inconstitucionalidade, devido o projeto (entre outras razões) supostamente criar uma situação processual em que o Estado-juiz deixa de ser árbitro para atuar em substituição à parte; por prever a condenação com base em evidências amostrais tomadas por dados estatísticos e por "diagnósticos sociais"; e por prever a instauração e arquivamento de inquéritos a critério do Ministério Público, sem qualquer controle externo[65]. Aquele, votando pelo não acolhimento do projeto, por razões de "mérito", sob o argumento de o Ministério Público já possuir uma "hipertrofia de atribuições", sem correspondentes mecanismos de controle, sugerindo, inclusive:

> É mister que se crie uma nova legislação que reorganize o Ministério Público, dando amplos poderes aos Procuradores Gerais para cassar ou reformar as manifestações de Promotores que não estejam de acordo com os limites legais [...].
> Também devem ser criadas punições específicas para os Promotores que ajam ao arrepio das leis, especialmente àqueles que se dedicam a perseguir políticos por motivações partidárias, usando a máquina do Estado e o Poder Judiciário como armas e contra o interesse público.
> O deputado Maluf, embora admitindo a constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa, note-se, no mérito, pugnou pela rejeição do PL 5139/2009[66].

Levado a votação perante a CCJC, em 17 de março de 2010, o projeto foi rejeitado pela maioria do colegiado. No parecer que consubstancia o voto da

[65] Voto em separado apresentado ao PL 5139/2009, em 2 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/721026.pdf>. Acessado em: 27 ago. 2010.

[66] Voto em separado apresentado ao PL 5139/2009, em 18 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/715114.pdf>. Acessado em: 27 ago. 2010.

maioria vencedora, destaca-se a menção à constitucionalidade, juridicidade e boa técnica legislativa; porém, no mérito, houve rejeição do Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 e do substitutivo a ele apresentado.

Em 24 de março de 2010, o deputado Antonio Carlos Biscaia, relator do projeto, interpôs recurso ao Plenário da Câmara dos Deputados, não havendo, até o encerramento desta monografia, registro de qualquer movimentação relevante alterando o panorama do PL 5139/2009.

4.2. Projeto de Lei Complementar do Senado nº 506/2003

O Projeto de Lei Complementar do Senado nº 506, apresentado pelo senador Demóstenes Torres em 4 de dezembro de 2003, em sua proposição original, acrescentava um inciso ao artigo 117 da Lei Complementar nº 75/1993, especificamente para autorizar o Ministério Público Militar a instaurar inquérito civil e propor Ação Civil Pública.

A redação do dispositivo sugerido era a seguinte:

> Art. 117.
> [...]
> III - promover o inquérito civil e a Ação Civil Pública para:
> a) a proteção dos direitos constitucionais no âmbito da jurisdição administrativa militar;
> b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico nas áreas sob administração militar;
> c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
> d) a defesa de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos, atinentes à esfera administrativa militar[67].

[67] Projeto de Lei Complementar do Senado nº 506/2003, do senador Demóstenes Torres. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/diarios/pdf/sf/2003/12/04122003/39992.pdf>. Acessado em: 28 ago. 2010.

No Parecer nº 1.211/2009, apresentado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da casa legislativa em 27 de janeiro de 2004, o senador Arthur Virgílio Neto, relator do projeto, assentou sua concordância com o mérito da proposta, destacando que:

> [...] deve, inegavelmente, ser sanada a omissão legislativa concernente à possibilidade de o Ministério Público Militar da União, com apoio na expressa dicção do inciso III do art. 129 do texto constitucional, instaurar, no âmbito de suas atribuições, o inquérito civil e promover a Ação Civil Pública [grifo nosso][68].

Todavia, o parlamentar apontou a necessidade de se proceder à adequação do texto do PLS 506/2003 à disciplina técnico-legislativa, como forma de preservar a sistemática estabelecida na Lei Complementar nº 75/93 para os demais ramos do Ministério Público da União e destacar a competência jurisdicional para a matéria, manifestando-se, conclusivamente, nos seguintes termos:

> Em face do exposto, e para que fique explicitada, no ordenamento jurídico brasileiro, a legitimidade do Ministério Público Militar para instaurar o inquérito civil e promover a Ação Civil Pública, manifestamo-nos pela APROVAÇÃO do Projeto de Lei do Senado nº 206, de 2003, em face de sua constitucionalidade e juridicidade e, ainda, por ser louvável, no mérito, desde que aprimorado na forma do [...] substitutivo[69] [grifo nosso].

O substitutivo apresentado pelo senador Arthur Virgílio Neto, intitulado Emenda nº 1-CCJ, apresentava a seguinte proposta de redação à Lei Complementar nº 75/1993:

> Art. 116. Compete ao Ministério Público Militar o exercício das seguintes atribuições:

---

[68] Parecer do senador Arthur Virgílio Neto (Relator), por ocasião da apresentação do Substitutivo (Emenda nº 1-CCJ) ao PLS 506/2003. Apresentado em 27 de janeiro de 2004. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/62935.pdf>. Acessado em: 28 ago. 2010.

[69] Parecer do senador Arthur Virgílio Neto. Idem.

> I – junto aos órgãos da Justiça Militar:
> a) promover, privativamente, a ação penal pública;
> b) promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato;
> c) manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.
> II – junto aos órgãos da Justiça Federal, dos Poderes Judiciário do Distrito Federal e dos Estados, promover a Ação Civil Pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico nas áreas sob administração milita, bem como para defesa de interesses individuais indisponíveis, homogêneos, difusos e coletivos, atinentes à esfera administrativa militar.
> Art. 117. Incumbe ao Ministério Público Militar, no âmbito de suas atribuições, e respeitada a competência dos demais ramos do Ministério Público da União, exercer as funções institucionais previstas nos Capítulo I, II, III e IV do Título I, especialmente:
> III – instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlativos[70].

O aludido parecer foi aprovado na CCJC do Senado somente em 8 de julho de 2009, sob a relatoria do senador Valdir Raupp (*ad hoc*).

Em 11 de agosto de 2009, foi comunicado pela Presidência ao Plenário da casa legislativa o decurso do prazo para a apresentação de emendas, sem o oferecimento de qualquer proposta de alteração, restando o projeto, desde então, apto à inclusão em Ordem do Dia, para discussão e votação pelo órgão plenário.

5. CONCLUSÃO

Toda e qualquer interpretação acerca da legitimidade do Ministério Público

[70] Parecer sustentado pelo senador Valdir Raupp (Relator "ad hoc"), que veicula a Emenda nº 1-CCJ ao PLS 506/2003. Aprovado em sessão realizada em 8 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=63278>. Acessado em: 28 ago. 2010.

para a defesa dos interesses transindividuais deve tomar em consideração aquilo que o constitucionalismo contemporâneo legou ao País: um Direito e um Estado com novos perfis.

Os modelos de Estado e de Direito que forjaram a tradicional legitimidade do Ministério Público Militar para a ação penal pública na seara militar já não são suficientes para oferecer resposta às atuais demandas da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 foi, sem dúvida, o instrumento de consolidação jurídico-constitucional do *parquet*, na medida em que lhe outorgou tratamento normativo singular, conferindo-lhe atribuições inderrogáveis, explicitando sua destinação político-institucional, ampliando-lhe as funções jurídicas e deferindo garantias inéditas tanto à Instituição como aos membros que a integram.

É importante ter em mente que a incumbência institucional de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, prevista no artigo 127 da Constituição, é indissociável da atribuição de promover o inquérito civil e a Ação Civil Pública, porquanto são esses os instrumentos constitucionalmente previstos para o desempenho de tal mister.

Por isso mesmo, defender a impossibilidade de o Ministério Público Militar manejar a Ação Civil Pública significa conceber a existência de um órgão ministerial anacrônico, ao revés dos demais, avesso ao atual contexto constitucional, sem atribuição para a defesa dos interesses metaindividuais tangentes às Forças Armadas – mesmo sendo o órgão mais preparado para o desempenho dessa função –, limitado ao exercício de atribuições remanescentes do regime constitucional da República Velha, voltadas exclusivamente à persecução penal, tudo isso com fundamento único e exclusivo na interpretação gramatical da lei infraconstitucional.

Essa postura míope se afasta da atual concepção do Ministério Público construída pela Constituição de 1988, que, a toda prova, não parece ter pretendido estabelecer órgãos mais ou menos fortes, aptos ou não aptos relativamente à defesa dos interesses sociais, conforme bem entendesse o legislador ordinário. Isso porque todos foram concebidos sob uma mesma orientação política e para a realização de um só propósito institucional: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Certo é que restringir a legitimidade do Ministério Público da União para a propositura da Ação Civil Pública aos órgãos expressamente elencados na LC/75, consideradas as implicações processuais decorrentes da carência da ação, apresentou-se como uma solução objetivamente satisfatória aos poucos casos até agora apresentados à jurisdição federal[71].

Entretanto, a simplicidade do argumento que rechaça a atuação do *parquet* castrense para processos coletivos, com base na leitura fria do texto da Lei Complementar nº 75, carrega consigo a pecha da inconstitucionalidade, porquanto, conforme visto anteriormente, a legitimidade do Ministério Público, como um todo, para a propositura da Ação Civil Pública deriva da Constituição, e não da lei. Assim, reputa-se inválido o critério que reconhece à norma infraconstitucional o poder de restringir as funções de um órgão constitucionalmente criado para a defesa de toda a sociedade.

Apesar de todas as reformas por que tem passado durante mais de duas décadas, não se pode perder de vista que a Constituição ainda possui como um de seus objetivos "construir uma sociedade livre, justa e solidária". Toda proteção estabelecida pela Constituição nesse sentido (como é o casos dos artigos 127 e 129) não pode estar suscetível de supressão por interesse ou descuido do legislador ordinário. Cabe ao Poder Judiciário enfrentar, com serenidade, as situações que, mesmo fugindo dos esquemas tradicionais de prestação jurisdicional, têm por escopo maximizar a eficácia dessa norma constitucional.

A par disso, aguarda-se o julgamento pelo egrégio Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário interposto contra a decisão do TRF4 na Apelação Cível nº 2008.71.02.004712-8 e, especialmente, a aprovação do Projeto de Lei nº 5.139/2009 e do Projeto de Lei Complementar do Senado nº 506/2003, como forma de pacificar a questão ou, ao menos, ensejar a provocação do STF para uma solução terminativa, pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

[71] Embora o posicionamento do Poder Judiciário atualmente seja pela negação dessa atribuição ao MPM, uma sinalização de mudança de entendimento foi dada no julgamento da Apelação Cível nº 2008.71.02.004712-8, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, como visto anteriormente, admitiu o *parquet* castrense como litisconsorte ativo facultativo em Ação Civil Pública, atuando ao lado do Ministério Público Federal.

Portanto, sopesados os argumentos antagônicos acerca do tema ora proposto, não resta dúvida de que a interpretação que melhor atende aos reclamos da legalidade democrática, aos anseios da sociedade e ao postulado da máxima efetividade do texto constitucional na defesa dos interesses transindividuais é aquela que prestigia a atribuição do Ministério Público Militar para conduzir o inquérito civil e promover, autonomamente, a Ação Civil Pública.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Legitimidade do Ministério Público Militar para interposição de Ação Civil Pública.** *In*: Revista Jurídica Consulex, Brasília, v. 12, n. 274, p. 61-63, 15 jun. 2008.

BARACHO, J. A. O. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BOBBIO, N. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BENJAMIN, A. H. de V.; DENARI, Z.; FILOMENO, J. G. B.; FINK, D. R.; GRINOVER, A. P.; NERY JUNIOR, N.; WATANABE, K. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BULOS, U. L. **Constituição Federal Anotada.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALMON, E. **Princípios e Garantias Constitucionais do Processo.** Disponível em: <http://www.tacrim.sp.gov.br/cetac/Palestra230503.html>. Acessado em: 20 ago. 2010.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

D'AMBROSO, M. J. F. **Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141>. Acessado em: 29 ago. 2010.

DIDIER JR., F. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

DUARTE, H. G.; MARQUES, L. A. M. **Pós-positivismo e hermenêutica: o novo papel do juiz ante a interdisciplinariedade e a efetiva tutela dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/hugo_garcez_duarte.pdf>. Acessado em: 20 ago. 2010.

GARCIA, E. **Ministério Público Militar e tutela coletiva: legitimidade para o uso da Ação Civil Pública**. *In*: Revista Direito Militar, Florianópolis, ano XII, nº 81, p. 16-18, janeiro/fevereiro 2010.

LA BRADBURY, L. C. S. **(In)competência da Justiça Federal: preliminar à atuação do Ministério Público Federal na tutela coletiva.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1229, 12 nov. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9139>. Acessado em: 29 ago. 2010.

LUZ, C. M. R. M. **Legitimidade do Ministério Público Militar para a defesa dos direitos coletivos nas áreas sob administração militar**. *In*: Revista do Ministério Público Militar, ano 36, nº 21, p. 9-14, abril 2010.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito.** 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro.** 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MARANHÃO, N. S. M. **O fenômeno pós-positivista: considerações gerais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2246, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/13387>. Acessado em: 1 nov. 2010.

MAZZILLI, H. N. **O Ministério Público na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989.

MAZZILLI, H. N. **Regime jurídico do Ministério Público.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, H. L. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEIVA, J. A. L. **Ação Civil Pública – litisconsórcio de Ministérios Públicos.** *In*: Revista Justitia, São Paulo, ano 56, nº 167, p. 40-45, jul/set. 1994.

PALÁCIOS, J. O. **A legitimação ativa da pessoa física para a ação coletiva no contexto brasileiro: uma alternativa viável?** 2007. Monografia de graduação, Universidade Federal do Pará.

PAREYSON, L. **Verdade e interpretação.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, J. A. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, M. P. **Legitimidade exclusiva do Ministério Público Militar para a propositura de Ação Civil Pública.** 2009. Monografia de pós-graduação lato sensu, Universidade Anhanguera-Uniderp.

SILVEIRA, A. **Hermenêutica jurídica – seus princípios fundamentais no direito brasileiro.** v. 4. São Paulo: Leia livros, [s.d].

STRECK, L. L.; FELDENS, L. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público.** 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. I – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ZANCHET, D. M. 2009. **Da legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura da Ação Civil Pública nas áreas sob administração militar.** Monografia de Graduação, Universidade Federal de Santa Maria.

A racionalidade penal moderna *versus* a reparação à vítima do delito como terceira via

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar.
Doutora e mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
Professora adjunta de Direito Penal nos cursos de graduação e
de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

"Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos."

Fernando Pessoa

ÁREA DO DIREITO: Penal. Civil.

RESUMO: Encontramo-nos submersos em um sistema de pensamentos que determina, entre outras coisas, a forma de atuação do sistema criminal. Esse sistema é refratário a adotar soluções menos voltadas para a exclusão social do infrator, como, outrossim, respostas alternativas à solução dos conflitos penais. O momento atual e o que se avizinha são o momento de "devolver o conflito às pessoas" e o de permitir inovações capazes de tornar a Justiça mais eficaz e menos dispendiosa − por exemplo, admitindo-se a reparação como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança.

PALAVRAS-CHAVES: Racionalidade. Vítima. Terceira via. Reparação. Pacificação social.

ABSTRACT: We find ourselves immersed in a system of thought that determines, among other things, the manner of operation of the criminal justice system. This system is refractory to adopt solutions that are less inclined to the social exclusion of the offender, as, instead, alternative answers to the penal settlement of disputes. The present moment and what lies ahead is the time to "return the conflict to the people" and to enable innovations that make the courts more efficient and less costly, for example, assuming the repair as the third means of criminal law, beside punishments and security measures.

KEYWORDS: Rationality. The victim. The third way. Reparation. Social peace.

SUMÁRIO: 1. Introdução − 2. Discussões ao derredor da terceira via − 3. Síntese do pensamento de Claus Roxin − 4. Breves notas conclusivas − 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É perceptível a dificuldade do sistema penal de adotar soluções menos voltadas para a exclusão social do infrator. Temos conhecimento do trabalho incessante de movimentos que buscam a implantação de uma Justiça restaurativa, daqueles que defendem uma ampliação de respostas alternativas, com estruturas de funcionamento contextual, usual e regular, e não apenas como possibilidades marginais[1].

A teoria da racionalidade penal moderna sustenta que o sistema penal se encontra preso em um conjunto de pensamentos que torna muito difícil a entrada de ideias alternativas no rol de possibilidades de soluções penais. Na realidade, ele orienta e apoia certas maneiras de fazer, ao mesmo tempo em que desencoraja outras que lhe são incompatíveis (PIRES, 1999).

A racionalidade penal moderna consiste, em suma, em um sistema de pensamentos dominantes, um conjunto de discursos apropriados por um sistema social, que funciona, para este, como fonte de cognição em relação ao que ele é (sua identidade) e quais são suas atribuições. Ele constitui um conjunto de ideias, nem sempre convergentes, que não se propõem a formar um todo harmônico, mas que têm a capacidade de, conjuntamente, emanar diretrizes para todo o sistema. Trata-se de um sistema de pensamentos que determina, entre outras coisas, a forma de atuação do sistema criminal e a maneira como ele deve tratar os conflitos penais.

[1] A racionalidade penal moderna torna tão "natural" a atribuição de um retrato punitivo ao sistema de Direito criminal que temos dificuldade de ver atualmente que a representação que esse sistema faz da pena é apenas uma possibilidade entre várias possíveis para se responder às transgressões consideradas criminais. Ela era, repetimos, uma possibilidade entre outras tantas que acabou sendo selecionada em fins do século XVIII, quando da formação do referido sistema, e desde então atualizamos a mesma maneira de conceber a pena criminal. Todavia, o fato de termos em mente que era apenas uma possibilidade entre outras permite que tenhamos hoje a clareza de que o seu destino permanece contingente: outras possibilidades de conceber a punição no futuro são sempre possíveis, embora a RPM permaneça com um enorme obstáculo cognitivo para inovações criativas em matéria de solução de conflitos penais (XAVIER, 2010, p. 291-292).

Opondo-se e enfrentando a racionalidade dominante, surgiu, nos últimos anos, uma tendência consensualista na Justiça penal não alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, mas que obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia. O Estado recuou, restringindo seu domínio, para aumentar aquele que passou a reservar à livre determinação do indivíduo.

O momento atual e o que se avizinha são o momento de "devolver o conflito às pessoas" e o de permitir inovações capazes de tornar a Justiça mais eficaz e menos dispendiosa, por exemplo, admitindo-se a reparação (ROXIN, 1992, p. 367-375) como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, renovando-se soluções de diversão, implantando-se e ampliando-se o uso da mediação. Faz-se necessário, pois, encontrar novos equilíbrios na realização da Justiça penal.

Na perspectiva da reparação à vítima, como terceira via, não se trataria de compensar o dano civil decorrente do delito, mas de se buscar atingir, na realidade, uma compensação das consequências do delito, mediante uma prestação voluntária por parte do autor, que terminaria servindo de mecanismo de restabelecimento da paz jurídica.

Os argumentos fundamentais favoráveis à reparação como "terceira via" são os seguintes: o interesse da vítima[2] é, em muitos casos, mais bem atendido pela reparação[3] do que por uma pena privativa de liberdade ou pecuniária; em muitos casos, de pequena ou média criminalidade, a reparação é suficiente para satisfazer as necessidades de estabilização contrafática das expectativas comunitárias na vigência da norma violada, tornando-se desnecessárias quaisquer outras sanções penais; à reparação deve atribuir-se um

[2] A vítima, ao mesmo tempo em que suscita compaixão, suscita também um mal-estar por não querer se limitar ao seu espaço marginal tradicional, por querer ter uma opinião sobre o andamento do caso penal e sobre o destino do seu agressor. "Um desconforto, até mesmo uma certa hostilidade, em relação a uma vítima que se imiscui nos 'assuntos da justiça'" (XAVIER, 2010, p. 304 -305).

[3] De acordo com Herrera Moreno (1996a, p. 242), no âmbito dessas últimas ideologias, há quem pretenda incubar o conceito equivocado de "reparação integral", que, sem embargo, é alheio à natureza ponderadamente reintegradora da reparação aqui comentada. Essa ideia é sequela de uma utópica e desorbitada fantasia, conforme a qual compete ao autor uma reparação, de tal natureza, que possa repor a condição da vítima ao exato estado prévitimizatório. "Mais que um lenitivo de solução, tal concepção integrista aspira a um direto endurecimento penológico" (HERRERA MORENO, 1996a, p. 242).

acentuado efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do delito[4] a se entreter com as consequências da sua conduta para a vítima[5], e pode, inclusive, conduzi-lo a um acordo com ela, ou, quando menos, a uma mútua compreensão e ao perdão "moral" da falta por ele cometida − o que, por seu lado, reforça a vigência e a validade da norma violada, contribuindo para o restabelecimento da paz jurídica atingida pelo cometimento do delito.

Atente-se, contudo, que, quando se refere ao esforço reparador por parte do autor do delito, não se está querendo afirmar que ele atenda tão somente ao interesse da vítima. Uma reparação que fosse ao encontro apenas do interesse da vítima deveria supor a exclusão da voluntariedade do agente.

Roxin, um dos arautos[6] da concepção da reparação como "terceira via", argumenta haver uma série de motivos que justificam a inserção da reparação do dano no Direito Penal (1992, p. 367-375). Entende Roxin que, se a reparação e o acordo de compensação entre o autor e a vítima têm encontrado uma aceitação tão ampla na mais recente discussão político-criminal, isso se deve, principalmente, às vantagens que a reparação traz para os envolvidos pela conduta punível: a vítima, o autor e, também, a administração da Justiça.

---

[4] Para Costa Andrade, recorrendo à plasticidade do vocabulário do interacionismo simbólico e da etnometodologia, parece seguro que, como reação criminal, a restituição da vítima favoreça a posição do delinquente na retórica da responsabilidade (1980, p. 250).

[5] Silva Sánchez também entende que a solução reparadora pode ter efeitos positivos de ressocialização, por meio da responsabilização da conduta cometida. Segundo ele, esta pode constituir uma via mais orientada à conduta, e menos instrumentadora, de obtenção da desejada ressocialização. "Precisamente, o maior mérito que alguns atribuem à eventual configuração da reparação do dano como sanção autônoma é sua contribuição à restrição das penas, em particular das privativas de liberdade. Por fim, algo similar cabe afirmar a propósito da prevenção geral de integração. A reparação pode expressar, certamente, em determinados casos, o reconhecimento e a conseguinte estabilização da norma vulnerada suficientes para produzir o efeito de confiança da coletividade no funcionamento do ordenamento jurídico. A questão é, de novo aqui, que a orientação prioritária à vítima, com a reparação, não ultrapasse os limites em que pode cumprir razoavelmente tal missão para entrar em terrenos nos quais desencadearíam a desestabilização e a desconfiança. De novo, produzir-se-ia, em tal caso, um sacrifício da vítima potencial a favor da vítima potencial". (SILVA SÁNCHEZ, 1998b, p. 405-406).

[6] Juntamente com BAUMANN, Jürgen / BRAUNECK, Anne-Eva / BURGSTALLER, Manfred / ESER, Albin / HUBER, Barbara / JUNG, Heike / KLUG, Ulrich / LUTHER, Horst / MAIHOFER, Werner / MEIER, Bernd-Dieter / RIEB, Peter / RIKLIN, Franz / RÖSSNER, Dieter / ROLINSKI, Klaus / SCHÖCH, Heinz / SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst / WEIGEND, Thomas.

A reparação, nesses moldes, serviria muito mais, mas não somente, aos interesses da vítima[7], uma vez que poderá ela ser indenizada rapidamente, sem nenhum custo ou esforço próprio, enquanto que o sistema penal tradicional que a remete ao Direito Civil lhe provocaria esse ônus. Esse caminho quase sempre terminava por prejudicar a vítima, uma vez que teria de despender muito tempo e dinheiro para reclamar a um Tribunal Civil. Além disso, o processo penal impedia também, quase sempre, que a vítima pudesse obter alguma indenização.

2. DISCUSSÕES AO DERREDOR DA TERCEIRA VIA

Tem-se objetado[8] que, com a inclusão da reparação no Direito Penal, se estaria apenas buscando solucionar uma crise do Direito Civil, pois se suporia evidente que não estaria ele em condições de acudir a vítima, indenizando-a

[7] Para Herrera Moreno, os efeitos ressocializadores da mediação-reparação podem beneficiar a vítima em seu processo de reinserção pós-vitimizatória. "A vítima alivia consideravelmente seu sentimento de impotência, sua autopercepção como sujeito paciente, quando deixa de ser expectadora inerte e passa a atuar, isto é, quando se lhe permite expressar sua experiência vitimizadora ao autor do delito. Por sua vez, a conciliação permite à vítima conhecer as razões, familiarizar-se com o contexto em que se perpetrou a ofensa, o que pode facilitar uma certa corrente de empatia com o ofensor ou, quando menos, estabelecer uma melhor condição de entendimento" (HERRERA MORENO, 1996a, p. 244).

[8] De acordo com Carbonell Mateu, o papel político-criminal atribuído à reparação pode ser significativo. Não há dúvidas de sua potencialidade como meio de diminuição da pressão penal e dos efeitos indesejáveis da pena. Constituiria, assim, uma "terceira via" de reação, sem efeitos dessocializadores e mediante a qual se conseguiria anular ou, ao menos, diminuir, notavelmente, as consequências do delito. Contudo, junto às vantagens indubitáveis aparecem as características de privatização. Para medir sua aceitabilidade, é necessário levar em consideração certas questões: não estamos diante de um fenômeno isolado, senão diante de uma expressão da tendência geral à privatização, o consequente relaxamento do caráter público do Direito Penal e o paulatino abandono do papel atribuído ao Estado constitucional moderno como titular único do poder punitivo. Por outro lado, a satisfação dos interesses fundamentalmente econômicos das vítimas poderia ser alcançada por outras vias que assegurem um maior respeito à legalidade, à igualdade e à justiça: incrementar o âmbito da responsabilidade civil subsidiária do Estado. Dentre as vantagens, acrescenta-se, pelo contrário, a de que se poderia obter uma recuperação social do autor a um custo menor do que comporta a aplicação da pena. "A função de tutela do bem jurídico se veria substituída, no fundo, pela satisfação de interesses privados. O Estado aparenta ter um interesse subsidiário: se não satisfaz a vítima mediante a reparação, então a pena cumpre sua função de controle social. As conseqüências de tudo isso não podem ser ignoradas: a manutenção do interesse público depende de decisões privadas, a vontade geral expressa na lei somente é aplicada se não for atingida a reparação. E isso, forçosamente, significa que, na realidade, o delito não parece consistir tanto na lesão ou exposição a perigo do bem jurídico, de forma típica, mas na insatisfação da reparação subseqüente" (CARBONELL MATEU2003, p. 216-217).

dos danos e prejuízos. Admitamos que haja nisso, também, algo de verdade. Todavia, com a introdução, já sugerida, de uma ação civil isenta de custas, não se poderia resolver o problema, posto que, ainda quando portando um eventual título executivo, em regra, não garantiria àquele que sofreu o dano o recebimento do valor que lhe fosse deferido judicialmente.

Entende-se, por essa razão, que o Direito Penal dispõe de possibilidades muito mais eficazes de assegurar uma realização efetiva de prestações reparatórias por meio da dispensa de aplicação da pena ou de uma sensível redução desta. Se, com isso, argumenta Roxin (1992, p. 367-375), ele está assumindo uma tarefa que já é atribuída também ao Direito Civil, não constitui isso nenhum dano − apenas ilustra o reconhecimento de que os diferentes ramos do Direito não podem ficar totalmente isolados uns dos outros, confirmando a interdisciplinaridade, posto que perseguem objetivos semelhantes por caminhos distintos. Também não há nada que se oponha a que tanto o Direito Civil quanto o Direito Penal envidem esforços no interesse da vítima. Constitui até mesmo uma vantagem a circunstância de que, naqueles casos mais graves de ação criminosa, em que é quase totalmente inútil a ação judicial privada, o Direito Penal ofereça, suplementarmente, o seu auxílio à vítima, alcançando, ao mesmo tempo, um meio eficaz de ressocialização do autor do delito.

O autor de um delito, enquanto privado de sua liberdade, fica impossibilitado de fazer algo para reparar o dano causado, embora as investigações empíricas tenham constatado, em muitos delinquentes, a necessidade de realizar a reparação (FREHSEE,1987, p. 336 e ss.). Tem-se observado, ainda, que a vontade de reparar a vítima vai desaparecendo no decorrer do cumprimento de uma pena privativa de liberdade. Quanto à pena de multa, tem-se constatado que muitos delinquentes que já efetuaram o pagamento da multa rejeitam a possibilidade de proceder a uma reparação, pois, dessa forma, se sentiriam duplamente punidos.

Por outro lado, a inclusão da reparação e do acordo de compensação autor-vítima no Direito Penal favorece também ao autor[9] [10], que tem, dessa manei-

[9] Para Herrera Moreno, a "teoria da dissonância cognoscitiva" (FESTINGER, 1957) demonstra que, quando o comportamento de uma pessoa é inconsistente com sua atitude mental, tal atitude interior vai se transformando até o modo em que melhor se justifica e se compadece como efetivo comportamento. Assim, o encontro conciliador autor-vítima do delito concede ao primeiro a possibilidade de livrar-se de uma pena carcerária vitimizante

ra, a possibilidade de, mediante uma reparação rápida e voluntária[11], obter importante atenuação da pena, ou, quando não, uma suspensão condicional dela. Tanto do ponto de vista social quanto do pessoal, encontra-se aí uma grande oportunidade de motivar-se o autor a empregar suas forças, a fim

e estigmatizadora; contudo, faz-lhe encarar diretamente as consequências tangíveis de seus atos, ativando sua empatia com a vítima; o processo de desumanização e autojustificação pré-delitivo pode ficar, dessa maneira, neutralizado. Isso – que, por outra parte, nem sempre se produz – constitui algo bem distinto do efeito expiatório ou purgativo. "Segundo se observa, a conciliação não tem com objetivo uma 'revolução' interior ou a 'reeducação', contudo, as tornam viáveis: é impensável uma genuína ressocialização que não passe pela percepção das conseqüências negativas do delito perpetrado. A sorte da vítima opera como básico fator reeducativo. Deste ponto de vista, a conciliação serve à vítima, como também se serve da mesma como potencial 'agente reeducador'" (HERRERA MORENO, 1996a, p. 243).

[10] Baumann sustenta que a ideia-chave é a repersonalização do sistema penal; alega-se que a vítima não necessita tão somente de dinheiro, senão fundamentalmente de arrependimento, reconciliação e satisfação; e que o autor necessita, precisamente, do mesmo para sua ressocialização. Sobre isso, obviamente, existe uma visão crítica do processo de despersonalização característico do Direito Penal moderno: sustenta-se que o Direito Penal causou muito mais dano que em um só dia o fizera a vingança privada ("Zur Repersonalisierung des Strafrechts", Beitrage zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70, Geburtstag, Heidelberg, 1993, p. 41-43, *apud* SILVA SÁNCHEZ, 1997b, p. 217).

[11] "O princípio da voluntariedade provavelmente constitui a inovação decisiva do nosso Projeto. Somente uma prestação voluntária do autor, que seja determinada e adequada para compensar as conseqüências do delito, deve ser reconhecida como reparação que restaura a paz jurídica. Decidimo-nos, por maioria, pelo princípio da voluntariedade porque, no cerne da reparação, além do restabelecimento da vigência das normas, está o acordo de compensação pessoal entre autor e vítima; este, contudo, só pode ocorrer convenientemente se presente a voluntariedade. Quando o autor apenas é condenado à prestação indenizatória do dano – de qualquer forma civilmente devida –, isto poderá, possivelmente, bastar para a aceitação por parte da vítima, mas, com isto, fez-se muito pouco para a realização dos objetivos da pena. Também a restauração da paz jurídica é bem mais garantida por meio de prestações efetuadas voluntariamente do que através de uma condenação à indenização do dano. Acresça a isto outros aspectos práticos. Os grandes problemas práticos relacionados à apuração do montante do dano e à execução – raramente possível — de uma demanda civil de indenização de dano, que, até agora, têm se constituído em obstáculos a uma ampliação da idéia, não se colocam – ou fazem-no apenas num âmbito consideravelmente reduzido – quando apenas prestações reparatórias voluntárias são reconhecidas. Além disto, o princípio da voluntariedade afasta possíveis restrições jurídico-constitucionais decorrentes da discriminação às vítimas de delitos. Isso porque, numa reparação determinada judicialmente, praticamente todas as vítimas do delito teriam de receber o mesmo tratamento. Isto conduziria a uma mescla genérica do Direito Penal e do Direito Civil. Finalmente, uma grande parte das prestações reparatórias, que, na prática, poderiam ser levadas em consideração, especialmente as prestações em trabalho, enquanto ações infungíveis, não poderia – ou só o poderia de forma inadequada — ser objeto de execução. Esta é mais uma razão para que só sejam admitidas prestações efetuadas voluntariamente. Acrescente-se que medidas

de alcançar um acordo[12] de compensação que satisfaça a vítima. "Estamos aqui, por conseguinte, diante de uma situação pouco comum, na qual convergem os interesses da vítima e do autor: precisamente aí reside a grande força de fascinação deste modelo" (ROXIN, 1999a, p. 8).

A reparação, em suma, não deve ser direcionada predominantemente ao autor do delito ou à vítima, devendo levar igualmente em consideração ambas as linhas de visão. O Direito Penal deve resolver conflitos sociais de forma tanto abrangente quanto possível. E a reparação à vítima constitui uma importante contribuição, embora a real eliminação do conflito – também no sentido dos interesses da coletividade – somente se torne possível com a compensação autor-vítima. Assim sendo, deve-se dar preferência a formas de composição que não percam de vista esse objetivo.

Obtém, ainda, grandes vantagens com a inserção da reparação como sanção autônoma, no Direito Penal, para a administração da Justiça. Para início, por exemplo, economizam-se ou um processo civil, ou, pelo menos, os inúteis esforços de execução de sentenças. A sentença penal condenatória somente proporciona à vítima um título executivo judicial, que termina carecendo de qualquer valor prático, quando o autor, como é comum acontecer, ou nada possui ou se subtrai à execução. Esse gasto inútil de energia, de tempo e de dinheiro no processo e na execução desaparece no momento em que o autor presta, por si mesmo, a indenização dos prejuízos. Acrescente-se que à administração da Justiça penal se pouparia praticar procedimentos custosos e que exigiriam muito tempo, caso o autor e a vítima, ao revés, se pusessem de acordo.

A reparação do dano, segundo essa compreensão, não constitui uma questão jurídico-civil, mas algo que contribui fundamentalmente para a realização

voluntárias de auto-ressocialização (como, por exemplo, o tratamento de desintoxicação de um alcoólico ou de um dependente de drogas), apesar de sua afinidade com a reparação simbólica, estão excluídas do elenco de reparações, por não apresentarem uma reparação com a vítima" (SCHÖCH, 1992, p. 73-82).

[12] Uma das críticas dirigidas a essa concepção concentra-se na ideia de que o entendimento conciliador-reparador é hipócrita, mercantil e conservador. O acordo oferece proteção aos interesses materiais das vítimas por meio de um pragmatismo exacerbado, frente ao qual os infratores ficariam indefesos, com absoluta preterição dos fins sociais do Estado Social. Tudo se reduziria a uma mera operação de compra e venda mais própria de um "bazar oriental sem preços fixos" que de um Estado de Direito (DAVOR KRAPAC, "La mediació víctima-delinquent", Justiforun, Papers d'Estudis i Formació, Centre d"Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 7/1997, p. 54, *apud* HERRERA MORRENO, 1996b, p. 390-391).

dos fins da pena[13]: ela possui um importante efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do delito a se enfrentar com as consequências de sua atitude, como, outrossim, a conhecer os legítimos interesses da vítima; viabiliza o fomento do reconhecimento das normas; pode conduzir a uma reconciliação entre autor-vítima e, consequentemente, facilitar a reintegração do primeiro deles; contribui para a prevenção integradora, ao oferecer um caminho de restauração da paz jurídica, pois "só quando se haja reparado o dano, a vítima e a comunidade considerarão eliminada – amiúde, inclusive, independentemente de um castigo – a perturbação social originada pelo delito" (ROXIN, 1997, p. 109).

Uma das maiores objeções à ideia da reparação reside na seguinte dúvida: se a sua incorporação seria ou não uma tarefa do Direito Penal[14]. Ou, então, no dizer de Roxin: "Que significado pode corresponder à reparação no sistema dos fins da pena?"[15].

---

[13] Silva Sánchez sustenta que a maior inclinação na reparação pode ter como consequência acessória a de intimidar autores potenciais. Contudo, em princípio, em matéria de prevenção geral negativa ou intimidatória, não são relevantes os efeitos positivos que poderiam ter uma maior insistência nesse terreno. Referentemente à prevenção especial de conteúdo ressocializador, a solução reparadora pode ter efeitos positivos de ressocialização, por meio da responsabilização da conduta cometida. A propósito da prevenção geral de integração, a reparação pode expressar, certamente, em determinados casos, o reconhecimento e a consequente estabilização da norma vulnerada, suficientes para produzir o efeito de confiança da coletividade no funcionamento do Ordenamento Jurídico. "A questão é, de novo aqui, que a reparação, com sua orientação prioritária à vítima atual, não ultrapasse os limites em que possa cumprir razoavelmente essa missão estabilizadora para entrar em terrenos nos quais desencadearia a desestabilização e a desconfiança. De novo, aqui, produzir-se-ia, em tal caso, um sacrifício da vítima potencial a favor da vítima atual" (SILVA SÁNCHES, 1997b, p. 221-222).

[14] "Quando pensamos nas sociedades que preferem a reparação à punição, a África Negra é o caso em questão. Há mais de quarenta países na África Negra, e, consequentemente, a variedade de soluções é impressionante". A ideia de restituição, ou reparação, é algo profundamente arraigado na África Negra tradicional. Através disso, a paz pode ser restabelecida na comunidade. A punição, por outro lado, não é importante: nada de positivo resulta disso. "Não obstante, seria uma ilusão tentar transferir tais modelos de reparação e de fazer as pazes para as anônimas sociedades dos modernos Estados industrializados" (MADLENER, 1996, p. 86-87).

[15] Roxin (1992, p. 367-375) propôs, em 1992, no Colóquio Internacional Jurídico-Penal e Criminológico, em Freiburg im Breisgau, que o Instituto Max Planck realizasse uma pesquisa sobre o tema, cobrindo três grandes áreas: a questão teórica jurídico-penal e criminalística da relação entre a pena e a reparação; o levantamento dos números legais de composição em todo o mundo; e, finalmente, o problema da eficácia prática de todas as tentativas até então implementadas.

Antevendo-se a esse patamar de questionamento, já Binding[16], no século XIX, sustentava que pena e reparação são institutos diferentes entre si. Argumentava, para tanto, que a reparação é prestada a quem sofreu o dano; já a pena, ao Estado, que cumpre o dever de infligi-la. A pena deve produzir uma ferida, e o ressarcimento do dano curar outra, na medida do possível, sem causar uma segunda.

Essa separação do Direito Penal do Direito Civil, como, do mesmo modo, a ideia amplamente aceita — que quase não tem sofrido impugnação nos últimos tempos — de que reparação e pena são institutos essencialmente distintos formaram o quadro a que hoje assistimos: a evidente dificuldade de se admitir a reparação como uma sanção autônoma, capaz de substituir totalmente a pena ou, ao menos, atenuá-la.

Se admitirmos como verdade absoluta e inquestionável que se deve remeter tudo aquilo que serve à vítima do Direito Penal ao Direito Civil, restarão somente como fins da pena, ainda que discutíveis, a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial (ROXIN, 2001b, p. 137).

Diante dessas questões, o cenário científico tem acenado com três soluções para a introdução da reparação no Direito Penal: a composição privada do conflito; a incorporação da reparação como uma terceira classe de pena, juntamente com a pena privativa de liberdade e a multa; e, finalmente, o estabelecimento de um novo fim para a pena, alcançável por prestações compensatórias do Direito Civil.

Para a primeira proposta, a composição do conflito por via de autonomia privada[17] apenas é possível até um determinado limite e, segundo entende

---

[16] Die Normen und ihre Übertretung, t. 1, 3ª edição, 1916, p. 284-298, *apud* Roxin, 2001b.

[17] Alguns esperam, quando menos vaticinam, para um futuro mais ou menos distante, uma privatização do Direito Penal (ESER, Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren; contra RIESS, Die Rechtsstellunh des Verletzten im Strafverfahren). A reparação tomaria o lugar da pena e desprezaria não somente essa reação penal, senão, em geral, a aplicação do Direito Penal; a composição privada do conflito tomaria o lugar do procedimento penal. "São tocantes as idéias do Prof. Maihofer, segundo o informe de Weigend: aquele se perguntava '...como se chega a viver hoje um renascimento de alguns elementos do procedimento de partes e, também, da idéia da reparação? Ele assinala a circunstância de no sistema composicional antigo já se ter desenvolvido uma forma mista entre a pena e o ressarcimento jurídico-civil do dano, que é designada hoje, amiúde, como prévia ao Direito Penal. Na verdade, contudo, ter-se-ia levado a cabo, nesse sistema originário de Direito Penal livre, hoje redescoberto, uma reintegração do autor, enquanto que a mediação do conflito indivi-

Roxin, "desejável do ponto de vista de Política Criminal"(ROXIN, 2001b, p.142). Acena o autor com o § 167 do Código Penal austríaco, que prevê um motivo de exclusão de pena, em um grande número de delitos contra a propriedade e o patrimônio, caso o autor do delito repare os danos ou, ao menos, se obrigue a isso contratualmente, antes que as autoridades tomem conhecimento do ocorrido[18].

As soluções do conflito, por via privada[19], de acordo com o autor, constituindo modelos para evitar o Direito Penal, têm a finalidade de lograr uma despenalização parcial, com a qual a reparação não se integra ao Direito Penal. O poder estatal fica renegado a um segundo plano e não conhece absolutamente nada do assunto.

Parece claro que esse tipo de solução somente é possível em âmbitos estritamente restritos: "A amplitude para essas possibilidades está adstrita ao limite disponível à despenalização. Isso deveria ser aproveitado. Ir mais longe, contudo, incidiria no perigo de, caso o Estado se retirasse do âmbito

---

dual e grupal, por intermédio da 'paz de Deus', ou estatal, conduziu, como se conhece, à formação de um Direito Penal servil à autoridade, contra os súditos. Em um Direito Penal entre homens livres e iguais, a reparação deveria ser, conseqüentemente, a sanção principal, e o fim do litígio por um contrato expiatório e pela compensação do dano, o procedimento prevalecedor. O movimento de espiral de desenvolvimento histórico remete, assim, hoje, à situação que dominava antes da mediação dos conflitos sociais: donde vivem sujeitos de direito em uma forma associativa democrática, donde o sentido da pena é a reinserção na sociedade, ali a vítima, afetada no sentido próprio, será promovida a uma figura central do procedimento penal" (WEIGEND, Thomas, Tagungsbericht Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung, 1981, em Bielefeld Tagungsbericht, em "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", nº 93, *apud* Maier, 2001, p. 196).

[18] De mesma natureza é a ideia proposta por um projeto alternativo na Alemanha: o projeto de lei contra o furto em lojas pretendeu excluir a persecução penal mediante o pagamento, por parte do autor da conduta, do valor do dobro do preço comercial a quem houvera sofrido o dano, desde que aquele, nos últimos dois anos, somente houvesse cometido uma ou duas vezes condutas semelhantes.

[19] As propostas no sentido de um Direito Penal privatizado são, em primeiro lugar, escassas, e, em segundo, de extensões muito diferentes. Apenas uns poucos se referem à privatização do conflito social, base do caso penal, como uma solução integral, precisamente os abolicionistas, que pretendem substituir o Direito Penal totalmente como forma de solução dos conflitos sociais; portanto, não confundem reparação com reação penal, senão que, antes bem, cuidam de expressar com aquela algo materialmente distinto da pena como sanção estatal. Outros, menos radicais, colocam certa classe de delitos ou certas penas fora da ação, quando se consegue a composição entre autor e vítima e sobrevém a reparação.

das lesões mais importantes aos bens jurídicos,o Direito não mais atuar, mas aqueles mais poderosos, acrescida a circunstância de que as pressões põem em perigo a paz jurídica, talvez num grau maior que o ocorrido em si mesmo"(ROXIN, 2001b, p.143).

A segunda proposta seria a "publicização" da reparação civil. Ou seja, constituir a reparação em uma pena para determinados delitos, autonomamente, ao lado das já existentes, integrando o catálogo sancionatório do Direito Penal. Essa é uma ideia defendida por Sessar (1983, p. 145 e ss.). Ele propõe introduzir a reparação no sistema de consequências jurídico-penais autônomas com caráter de pena, como "sanção negativa"[20], apoiando seu entender basicamente em dois argumentos principais: a ideia de que a reparação possui um caráter penal e a escassa ou nula necessidade de pena por parte da população, em determinadas hipóteses. Acrescenta, ainda, que a indenização do autor da infração representa um menoscabo patrimonial que se lhe impõe, porque lhe faz responsável pelo resultado danoso, e que, ademais, tem efeitos preventivos, produz efeitos penais e torna desnecessária, em muitos casos, a imposição de uma sanção posterior.

Criticamente, se a reparação que tenderia a consistir, basicamente, no ressarcimento do dano fosse uma pena, então a condenação jurídico-civil ao ressarcimento do dano seria, da mesma forma, uma pena criminal[21].

A reparação penal conformar-se-ia materialmente de maneira diversa do ressarcimento do dano do Direito Civil, podendo consistir em algo menos ou até em algo mais que a não somente indenização, mais até, inclusive, constituir-se em prestações materiais, como pagamentos ou, ainda, prestações em trabalho feitas a instituições de utilidade públicas (BAUMANN *et al*., 1982, p. 1).

Acrescente-se a isso que as penas têm como característica a circunstância de serem aplicadas por imposição estatal. A reparação, na perspectiva de Roxin (2001b, p. 144), deverá, na medida do possível, ser um resultado espontâneo e voluntário, quando menos, conseguido por meio de acordo entre autor e vítima, e não imposto como uma pena. Do ponto de vista político-criminal,

[20] Segundo Sessar (1983, p. 154), tudo indica que tanto na Justiça quanto na consciência pública e na dos partícipes de um delito a reparação constitui uma sanção negativa e opera correspondentemente, de forma parcial, similar às sanções do Direito Penal.

[21] "A suposição de poder inverter o movimento da roda da história seria uma utopia romântica" (ROXIN, 2001b, p. 143).

busca-se conceber a reparação como um conceito mais amplo, que tenha como finalidade a composição e a conciliação e que receba, por seu intermédio, diferentemente de como entende Sessar, uma compreensão e um caráter positivo, desde o seu começo.

Por fim, a terceira e última proposta para a introdução da reparação no Direito Penal seria a ideia defendida por Rössner e Wulf, como também por Seelmann, de que a reparação deveria constituir um novo fim da pena, e que poderia ela alcançar um significado independente tanto juntamente à retribuição quanto à prevenção geral ou especial.

Para Roxin, contrário a essa proposta, o fim da pena em um Direito Penal moderno só poderia ser o de evitar o delito, ou seja, a prevenção, em qualquer de suas formas ou matizes. Contudo, se a reparação se integra ao sistema de sanções penais, decorrerão duas constatações: ou a reparação não possui qualquer efeito preventivo ou, paradoxalmente, a reparação até estimularia a perpetração do delito.

Há uma série de argumentos para a tese de que a reparação não apenas é, por si mesma, um fim da pena, senão ainda que sua introdução persistente no sistema de sanções, em condições acima do âmbito mínimo que ocupa atualmente, faria fracassar os fins reconhecidos para a pena.

Quem, porventura, seja partidário da teoria retribucionista advertirá que a reparação significaria o fim, ou melhor, a renúncia à retribuição. Sob o ponto de vista das teorias preventivas, reconhece-se que o efeito preventivo será igual a zero,

> [...] se, por exemplo, o ladrão devesse devolver, tão-somente, a coisa furtada, ou o vigarista o dinheiro obtido fraudulentamente. Se o autor do delito entende que, em caso de fracasso, somente necessitaria restituir o status quo ante, cessar-se-ia todo o risco. Ele, pela comissão da conduta delituosa, só pode ganhar, nunca perder, de maneira tal que uma limitação à reparação aniquilaria o fim preventivo especial da ameaça penal. Da mesma forma, do ponto de vista da prevenção geral, a mera reparação significaria, antes, um convite ao roubo, por exemplo, pois, no pior dos casos, a ameaça consistiria na devolução do que se houvesse conseguido, cuja eventualidade não faria renunciar em nada a um plano (ROXIN, 2001b, p. 137-138).

Roxin[22] entende como impossível a reparação ser um fim da pena, uma vez que ela contradiz a função desta. "Ou bem a reparação é, certamente, um instrumento de utilidade preventiva para o Direito Penal, como afirmam os que advogam por ela, tal como tentarei explicar, ou, então, ela é um fator que tem efeitos preventivos especial ou geral, ou em ambas direções, e que tem que ser considerada como circunstância relevante nos fins tradicionais da pena" (ROXIN, 2001b, p. 146).

3. SÍNTESE DO PENSAMENTO DE CLAUS ROXIN

Em acertadas conclusões[23], a reparação, para o autor, pode ser eficaz tanto para os fins da prevenção geral quanto para aqueles da especial. A reparação deve constituir uma prestação autônoma que seja útil para alcançar os fins tradicionais da pena e que, na medida em que o consiga, substitua a pena ou sirva para atenuá-la[24]. Sua introdução no sistema de sanções penais não significa, de forma alguma, a privatização do Direito Penal, a transformação da reparação em um novo tipo de pena, tampouco a criação de um novo fim para a pena.

A reparação deve constituir uma sanção autônoma na qual se misturem elementos jurídicos civis e penais. Por pertencer ao Direito Civil, assume a função de compensar o dano, devendo, todavia, ser concebida também de acordo com as metas jurídico-penais, na hipótese de se levar em conta o esforço reparatório do autor ou − na hipótese de delitos contra a comunidade − ser aceito como prestação reparatória o trabalho de bem-comum. Deve-se pensar, ainda, na hipótese de autores de delitos financeiramente impossibilitados de oferecer um trabalho de bem-comum remunerado, cujo produto deveria ser revertido para a vítima.

---

[22] De acordo com Seelmann, até agora são poucas as vozes discrepantes sobre a necessidade de orientar o Direito Penal à vítima e à sua maior satisfação, em concreto, por meio da abertura de um espaço à reparação como sanção autônoma ou como pressuposto da imposição de certas sanções. Com certa surpresa, sublinha-se a unanimidade com que partidários da prevenção geral ou da ressocialização, defensores da retribuição e abolicionistas, juristas teóricos e membros de novos movimentos sociais a acolhem. (RECHTSDOGMATIK, p. 160-161, *apud* SILVA SÁNCHEZ, 1998b, p. 407).

[23] No mesmo sentido, a autora deste artigo (2010, p. 282-283).

[24] Para Kurt Madlener (1996, p. 101), deveríamos pensar mais na possibilidade de aplicar a reparação como um substitutivo da pena de multa, uma vez que em muitos países − por exemplo, na Alemanha −, em um grande número de casos, a multa já passou a ocupar o lugar da pena de prisão, que anteriormente se aplicava em casos de pequena criminalidade.

A propósito, há uma grande discussão sobre a natureza da reparação: se a reparação pertenceria ao Direito Civil ou ao Direito Penal. Para Roxin, a reparação conduz a uma relativa aproximação de ambos os ramos do Direito[25].

> Não se torna confusa a fronteira pela circunstância de que mecanismos jurídico-civis sejam utilizados pelo Direito Penal. Contudo, a separação entre ambos os ramos do Direito é ultrapassada na medida em que o Direito Penal se serve, também, dentre outros, de efeitos preventivos jurídico-civis, assim como, inversamente, o Direito Civil, atualmente, torna frutíferos efeitos penais (ROXIN, 2001b, p. 154 e 156).

Roxin chama a atenção para o fato de que, ao contrário, isso não demonstra uma inversão da marcha do desenvolvimento histórico, senão uma união desses ramos do Direito, que corresponde à função comum de dar soluções a conflitos sociais.

A distinção entre o Direito Penal e o Direito Civil é considerada uma das grandes aquisições jurídicas do século XIX. Enquanto, na antiguidade da história do Direito, uma das tarefas mais importantes do Direito Penal era exatamente proporcionar à vítima e/ou ao seu grupo familiar uma compensação pelos danos sofridos, o moderno desenvolvimento do Direito cortou o laço entre autor e vítima. De acordo com a concepção vigente, o Direito Penal, sendo disciplina de Direito Público, somente se ocupa da relação entre o Estado e o delinquente. Consequentemente, as pretensões das vítimas estão submetidas ao Direito Civil.

Hoje, diante do que se propõe, deve-se admitir que essa estrita separação entre esses ramos do Direito era um caminho equivocado, e "no futuro será necessária uma reaproximação entre o Direito Penal e o Direito Civil" (ROXIN, 1999b, p. 14).

A reparação deve constituir uma "terceira via" do Direito Penal, ao lado da pena e da medida de segurança. A reparação substituiria ou atenuaria a pena naqueles casos nos quais convenha, tão bem ou melhor, aos fins da pena e às necessidades da vítima. A inclusão no sistema penal, sancionador da indeni-

[25] "Se se pergunta acerca de se tal compreensão da reparação conduz a uma aproximação do Direito Penal e o Civil, a resposta é 'em parte sim, em parte não'"(ROXIN, 2001b, p. 154 e 156).

zação material e imaterial da vítima, significa que o Direito Penal se afasta da ideia abstrata e se aproxima da realidade social[26].

A importância dessa sanção para o Direito Penal descansa no princípio da subsidiariedade[27]. A pena, considerada como a medida político-social mais severa, apenas deve ser aplicada quando um mesmo resultado não possa ser alcançado por outros meios menos graves. Por conseguinte, a pena deve retroceder na medida em que a reparação e os esforços de reconciliação sejam suficientes para a compensação do ilícito e para a satisfação das necessidades de prevenção geral e especial do Direito Penal.

A inserção da reparação no Direito Penal significa a ocorrência de consequências de largo alcance para todo o sistema da administração da Justiça penal. Ou seja, significará um acontecimento que obrigará a revisar, em muitos pontos, as bases tradicionais do Direito Penal e do Direito Processual Penal[28].

A reparação como sanção jurídico-penal autônoma exige a criação de um procedimento penal independente. É sabido, porém, que a incorporação da reparação como "terceira via" do Direito Processual Penal será muito difícil, já que existe certa carência de trabalhos preliminares, devendo ser meditados, de antemão, inúmeros detalhes.

---

[26] Segundo Roxin (1999b, p. 14), quando Hegel ensinava que o ilícito seria anulado mediante a pena, isso não passava de uma anulação ideal, ou seja, um acontecimento que tem lugar no mundo normativo e, inclusive, metafísico. A satisfação dos danos e a reconciliação, diferentemente, levam a cabo algo de positivo e caracterizam, assim, a transição do Direito Penal, desde a atribuição de meros significados até a solução social de conflitos.

[27] Ainda que, nem sempre, sejam coincidentes as maneiras pelas quais se compreendem os conteúdos do princípio da subsidiariedade, há uma zona comum, no sentido de que somente se deve recorrer ao Direito Penal e, por via de consequência, à pena, como *ultima ratio*, quando não seja possível proteger a sociedade de determinadas condutas lesivas, ou seja, quando não seja possível preveni-las mediante meios menos graves. Isso deriva da ideia comum de que, dentre todas as sanções, a pena constitui a forma mais grave de ingerência nos bens da pessoa a que ela afeta.

[28] Quanto à questão de a reparação fazer parte do Direito Penal ou do Direito Processual Penal, "parece-me que nosso colóquio concluiu que o peso maior da reparação está no Direito Penal, a saber, no Direito das Sanções. (...). Seria melhor empregar o Código de Processo Penal apenas para composições procedimentais, como, por exemplo, para uma conciliação judicial". Claus Roxin, sobre o Colóquio Internacional Jurídico-Penal e Criminológico realizado em Freiburg im Breisgau, em 1992, sobre "Os novos caminhos da reparação no Direito Penal" (ROXIN, 1992 p. 367-375).

A reparação e o acordo de compensação entre o autor e a vítima transformam o processo penal de uma situação bilateral em uma trilateral. Isso quer dizer que, no processo penal bilateral, o procedimento se desenvolvia entre o Estado e o imputado. A vítima não tinha um papel processual independente; quando muito, aparecia como testemunha. Já no processo penal trilateral, a vítima há de ter uma atuação relevante, será uma parte coatuante na solução social do problema.

No processo penal de até então, o Ministério Público e o acusado enfrentavam-se como adversários; trata-se de um processo penal contraditório. Esse tipo de processo penal, de acordo com Roxin, continuará conservando sua importância no futuro, pois sempre que o acusado afirme sua inocência, que discuta determinados pontos da acusação ou que não mostre interesse na reparação e no acordo de compensação autor-vítima, "deve seguir mantendo-se todos seus direitos em um procedimento contraditório e, especialmente, todos seus amplos direitos de defesa" (ROXIN, 1999b, p. 14-15).

Convém chamar a atenção para a circunstância de que, junto ao procedimento contraditório, figurará, cada vez mais, uma segunda forma procedimental, a consensual. Isso significa que o processo contraditório tradicional deve ser completado com regras independentes para um processo consensual[29], uma vez que, nesse tipo de processo, se deve chegar a acordos cuja conclusão,

[29] Sobre se as formas reparatórias de compensação das consequências do delito deveriam ser extrajudiciais ou juridicamente controladas, Roxin entende que, em relação às primeiras, as possíveis restrições que se lhe poderiam fazer residem na ausência de critérios jurídicos claros e no risco de parcialidade e a injustiça que a isto está associado. "Esta foi a razão — para os autores do Projeto Alternativo – de se prever um processo de conciliação sob direção judicial. Contudo, qual das possibilidades merecerá preferência é algo que deverá ser determinado a partir da experiência prática". Da mesma forma, se as composições jurídico-civis (como *action civile* ou o processo de adesão) deveriam ser abarcadas pelo Direito Penal, ou deveria dar-se preferência a modelos de reparação próprios do Direito Penal, o autor entende que, no caso de uma assunção da ação civil pelo Direito Penal e composições reparatórias genuinamente jurídico-penais, as melhores razões falam a favor da segunda possibilidade. Porque é verdade que o processo de adesão poderia fazer-se juridicamente praticável caso se atribuísse ao juiz, como já sugeriu Jescheck, a obrigação de decidir acerca da demanda civil, computando-se essa decisão na sua quota de trabalho e duplicando os honorários advocatícios, então teríamos um número suficiente de processos de adesão. Todavia, com o título executivo, a vítima – como ficou patente na França — tem tão pouca garantia de receber o que lhe é devido quanto na sentença do processo civil. "Aqui reside a grande vantagem das soluções jurídico-penais: na circunstância de que a reparação influencia eficazmente a sanção, fazendo com que a motivação para o pagamento, por parte do autor, fique muito mais forte" (ROXIN, 1992, p. 367-375).

licitude, conteúdo e limites sejam determinados legislativamente, mediante um aparato especial de regras (ROXIN, 1999b, p. 15).

Na hipótese de autores confessos e prestes a proceder à reparação, deve-se conectar, antes da abertura do procedimento principal, um debate diante de um juiz especial, por efeito do qual deve esforçar-se para conseguir um acordo de reparação entre autor e vítima. Caso se ultrapasse essa fase, poder-se-ia, em alguns casos, encerrar a persecução penal sob a reserva da prestação, ou, em outros casos, prescindir da pena, ou atenuá-la, sob a condenação da culpabilidade. Para os casos de multa, poder-se-ia prever que, antes de seu pagamento, e com necessário cômputo para ela, teria de ser realizada a reparação do dano[30].

A inserção da reparação como "terceira via" no Direito Penal não interferiria muito no âmbito de aplicação da pena privativa de liberdade e de multa, exatamente porque, nos casos de delitos de maior gravidade, não é possível reconstituir a paz jurídica unicamente por intermédio da reparação. Nessas hipóteses, ela somente poderia provocar efeitos atenuantes da pena. Outrossim, subsistirá, na hipótese de autores reincidentes, a necessidade de provocar efeitos preventivos especiais adicionais. Porém, certo cuidado na substituição da pena pela reparação teria a vantagem de se poder alcançar um amplo consenso sobre a introdução dessa possibilidade. Igualmente dessa forma seriam assegurados por completo os interesses da vítima, pela circunstância de que a reparação conduzira somente a uma atenuação da pena (ROXIN, 2001b, p. 156).

Um modelo, assim, já havia sido preparado mediante um Projeto Alternativo de 1992, que compreendia 25 parágrafos, no qual Roxin interveio como coautor, juntamente com outros tantos professores de Direito Penal, alemães, suíços e austríacos[31] – Alternativ - Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)

[30] Sessar (1983, p. 159) apresenta, para o caso, uma proposta alternativa: na hipótese de fracassar o acordo reparatório, levar-se-ia a cabo um debate formal, no qual deveriam ser considerados, em certa medida, elementos jurídicos restaurativos (por exemplo, na hipótese de acordo posterior ou de rechaço unilateral pelo ofendido, insuficientemente motivado).

[31] BAUMANN, Jürgen / BRAUNECK, Anne-Eva / BURGSTALLER, Manfred / ESER, Albin / HUBER, Barbara / JUNG, Heike / KLUG, Ulrich / LUTHER, Horst / MAIHOFER, Werner / MEIER, Bernd-Dieter / RIEB, Peter / RIKLIN, Franz / RÖSSNER, Dieter / ROLINSKI, Klaus / ROXIN, Claus / SCHÖCH, Heinz / SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst / WEIGEND, Thomas.

−, que dispõem, em vasta Exposição de Motivos, toda a discussão alemã e internacional sobre o tema[32].

Esse modelo se diferencia das velhas formas de vinculação entre o Direito Penal e o Direito Civil, tais como aquelas que representam a *action civile* francesa e a *compensation order* inglesa; primeiramente, por não ser a vítima quem reclama sua indenização de danos no processo penal, como na *action civile* francesa; depois, por tampouco ser o juiz quem condena o autor no processo penal ao pagamento da indenização, como na *compensation order* inglesa. É exatamente o contrário; é o próprio autor quem, sem reclamação e condenação, causa uma prestação reparadora dirigida à reconciliação. Vale a pena acrescentar que esses procedimentos repercutem eficazmente sobre a pena, atenuando-a ou substituindo-a. "A reconciliação e a reparação, por conseguinte, convertem-se em elementos essenciais do sistema de sanções."(ROXIN, 1999b, p. 7).

Para Roxin, cada uma das inovações estruturais esboçadas apresenta problemas que põem em questão desenvolvimentos jurídicos que, durante muito tempo, pareciam seguros. Por esse motivo, não pode surpreender que ainda hoje seja muito forte a resistência contra essas evoluções jurídicas, que, em parte, quase aparecem como revolucionárias. "Em qualquer caso, nossa ciência, todavia, terá de trabalhar muitos anos nas reestruturações de nosso sistema sancionador e processual introduzidas pela Vitimologia e pela idéia da reparação".

4. BREVES NOTAS CONCLUSIVAS

O sistema no qual estamos inseridos demonstra claramente como um pensamento dominante limita a possibilidade de se admitir novas formas de soluções para os conflitos penais. Essa busca se encontra bastante limitada por ideias retributivas vinculadas à aplicação das penas, à má vontade quanto à adoção de medidas alternativas, ao preconceito para reconhecer que a vitima é parte no conflito.

[32] Para Joan Queralt (1997, p. 164 e 171), o Projeto Alternativo de Reparação representa o desenho mais bem-acabado de modalidade para se evitar a aplicação da pena, buscando dar respostas aos interesses individuais ou coletivos atingidos sem, por isso, abandonar o terreno da prevenção geral. Para o autor, a reparação somente pode ser constitucionalmente efetiva caso tenha lugar no âmbito de um procedimento regular, finalizado por sentença na qual se preservem os modos, as formas e as maneiras de tal substitutivo penal.

Demonstradas que foram as vantagens da admissibilidade da reparação à vítima, como terceira via, para seu agressor, como, ainda, para a administração da Justiça, impõe-se trazer ao conhecimento frase de Roxin, para que ela nos remeta a uma reflexão sobre o tema e o papel que temos de exercer, como operadores do direito, no sistema penal: "A busca constante por novos caminhos constitui uma missão da ciência[33]; e neste caminho encontram-se grandes possibilidades − ainda não esgotadas − de composição de conflitos sociais".

5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, M. C. **A vítima e o problema criminal**. Separata do volume 21 do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980.

BAUMANN, J. *et al*. **Alternativ - Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGW)**. Münchem: C.H. Beck, 1992.

CARBONELL MATEU, J. C. **Alternativas al derecho penal**. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 215-221.

FREHSEE, D. **Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle**. Berlin: Duncker & Humblot, 1987.

HERRERA MORENO, M. **La hora de la víctima**. Compendio de victimologia. Madrid: Edersa, 1996a.

HERRERA MORENO, M. **Introducción a la problematica de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación** Revista

[33] Em razão do Colóquio Internacional "Novos Caminhos da Reparação no Direito Penal", do Instituto Max Planck, realizado em 1989, foram encetadas pesquisas pelo próprio Instituto que redundaram na publicação da obra Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven, em três volumes (57/1-1996; 57/2-1997; 57/3-2001), cujos editores foram Albin Eser e Susanne Walther. Nessa obra, buscou-se contribuir para uma discussão mais aprofundada das questões em torno da reparação e das várias abordagens tentadas e testadas, na prática, em sistemas legais estrangeiros. Os países pesquisados foram os seguintes: Holanda, Inglaterra, Finlândia, Polônia, Rússia, Austrália, Uganda, Estados Unidos, Japão, França, Itália e Espanha (Disponível em: <verlag@iuscrim.mpg.de >. Acesso em: 5 out 2004).

de Derecho Penal y Criminología. Madrid: Marcial Pons, n. 6, 1996b, p. 377-414.

MADLENER, K. **Compensação, Restituição, Sanção Pecuniária e Outras vias e Meios de Reparar o Dano às Vítimas do Crime através dos Tribunais (2ª parte)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 14, 1996, p. 83-101.

MAIER, J. B. J. **La víctima y el sistema penal**. *In*: De los delitos y de las víctimas. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 185-249.

MAX PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT. Disponível em: <verlag@iuscrim.mpg.de>. Acesso em: 5 out 2004.

PIRES, A. **Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal**. Sociologias 1/ 64-95, 1999. v. 1.

QUERALT, J. J. **Víctimas y garantias: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de Reparación**. *In*: Política Criminal y nuevo Derecho Penal (Libro-Homenaje a Claus Roxin). Barcelona J. M. Bosch Editor, 1997, p. 145-171.

ROXIN, C. **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht**. *In*: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org.). Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. Freiburg im Breisgau, 1992, p. 367-375.

ROXIN, C. **Derecho Penal − Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Editorial Civitas, S. A., 1997. Traduzido da 2 ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.

ROXIN, C. **Culpa e Responsabilidade**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n. 4, 1999a, p. 503-542.

ROXIN, C. **Pena y reparación**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de Justicia, t. 52, 1999b, p. 5-15.

ROXIN, C. **La reparación en el sistema de los fines de la pena. De los delitos y de las víctimas**. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 131-156. Artigo publicado, originariamente, no livro Wiedergutmachung und Strafrecht, aos cuidados de Hainz Schöch, München: Ed. W. Fink, 1987.

SANTANA, S. P. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHÖCH, H. V**orläufige Ergebnisse der Diskussionem zu einem Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) im Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer**. *In*: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org.). Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. Freiburg im Breisgau, 1992, p. 73-82.

SESSAR, K. **Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, em Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht**. *In*: Geburtstag, C. F. Müller, Heildelberg. Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. 1983, p. 145-161.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites**. *In*: Política Criminal y nuevo Derecho Penal (Libro-Homenaje a Claus Roxin), Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997b.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. **La posición de la víctima en el maraco general de la función del derecho penal**. *In*: Libro- Homenaje a José Rafael Mendonza Troconis, tomo 2. Universidad Central de Venezuela, 1998b, p. 401-428.

XAVIER, J. R. F. **O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, 2010.

AS interfaces entre a Justiça Federal e a Justiça Militar da União

Soel Arpini
Promotor de Justiça Militar.

RESUMO: Este trabalho objetiva identificar pontos de conexão entre a Justiça Federal e a Justiça Militar da União. A competência da Justiça Militar da União é determinada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/69), sendo que a sua organização e funcionamento também estão previstos no Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69) e na Lei de Organização da Justiça Militar (LOJM – Lei nº 8.457/92). Com relação aos aspectos criminais, o Supremo Tribunal Federal tem entendido não ser da competência da Justiça Militar da União alguns delitos antes considerados como crimes militares. De outro lado, alguns delitos previstos na legislação comum não possuem correspondência na seara militar. Quanto aos aspectos administrativos e cíveis, a Justiça Militar da União tem competência exclusivamente criminal a despeito de algumas decisões contrárias do Supremo Tribunal Militar. Em consequência, muitos fatores administrativos das Forças Armadas que possuem relação com crimes militares são objeto de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Militar perante a Justiça Federal.

PALAVRAS-CHAVES: Justiça Federal. Justiça Militar da União. Competência. Crime militar. Constituição Federal.

ABSTRACT: This paper intends to verify some common points between the Brazilian Federal Court of Justice and the Brazilian Federal Court of Military Justice. The jurisdiction of Brazilian Federal Court of Military Justice is fixed by the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Brazilian Military Penal Code (Decree-law no. 1.001/69 of October 21, 1969), and its arrangement and operation are fixed by the Brazilian Code of Military Procedure (Decree-law no. 1.002 of October 21, 1969) and the Federal Law of Military Justice (LOJM - Federal Law no. 8.457/92). In a criminal point of view, Superior Military Tribunal exposed an understanding that some crimes considered military crimes are not related to the Military Jurisdiction. In the other hand, some ordinary crimes do not have correspondence in the Military Penal Code. With regard to non-judicial and civil aspects,

Brazilian Federal Court of Military Justice has exclusively criminal jurisdiction in spite of some punctual legal cases from the Superior Military Tribunal. In consequence, many administrative factors related to the Armed Forces and connected to military crimes are analyzed by the Brazilian Public Prosecutors Office of Military Justice and the Brazilian Federal Public Prosecutors Office.

KEYWORDS: Federal Justice. Military Justice. Jurisdiction. Military Crime. Brazilian Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A competência da Justiça Militar da União – 3. Aspectos Criminais – 4. Aspectos administrativos e cíveis – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição, como norma fundante de uma nação, na lição de Alexandre de Moraes, tem como objeto estabelecer a estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, por meio, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais[1].

A República Federativa do Brasil adota como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Em relação à organização do Poder Judiciário, o Constituinte originário, além de lhe assegurar a autonomia e independência essenciais à caracterização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, enumerou seus órgãos e estabeleceu detalhadamente as competências que lhes cabiam. Na visão de Clèmerson Merlin Clève, "talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira"[2].

Em relação ao objeto deste trabalho, necessário se faz identificar quais as competências jurisdicionais estabelecidas pelo legislador constitucional para a Justiça Militar da União.

[1] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.

[2] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 38.

2. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

A Constituição Federal, ao tratar sobre a competência da Justiça Militar da União, estabeleceu que:

> Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Os crimes militares foram definidos no Código Penal Militar (CPM), Decreto-Lei nº 1.001/69, o qual foi recepcionado pela atual Constituição. Não se pode deixar de mencionar que, embora recepcionado pela Lei Maior, o CPM é um diploma legal instituído pelo Poder Executivo, na forma dos malsinados decretos-leis, em um momento de séria crise institucional, razão pela qual sua leitura constitucional deve ser feita com bastante cuidado.

Em tempo de paz, são crimes militares aqueles que se amoldarem a uma das situações previstas no art. 9º do CPM.

> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
> I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;
> II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
> a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
> b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
> c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996);
> d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

> e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;
> III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
> b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
> c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
> d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.
> Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Registre-se, por oportuno, que o Projeto de Lei nº 6615/2009, de iniciativa do Senado Federal, aprovado e transformado na Lei Federal nº 12.432, de 29 de junho de 2011, alterou o parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, para estabelecer a competência da Justiça Militar no julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos no contexto de abate de aeronaves civis, na hipótese do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Já em tempo de guerra, as hipóteses de cometimento de crime militar seriam ainda mais elásticas. Transcrevemos o dispositivo.

> Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:
> I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;
> II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;
> III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou es-

> pecial, quando praticados, qualquer que seja o agente:
> a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;
> b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;
> IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

A organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar estão previstos tanto no Código de Processo Penal Militar (CPPM), Decreto-Lei nº 1.002/69, como na Lei de Organização da Justiça Militar (LOJM), Lei nº 8.457/92.

A Justiça Militar da União de primeiro grau, segundo a leitura da Lei nº 8.457/92, processa e julga os militares (excluindo os oficiais-generais) e os civis que praticarem crime militar definido em lei.

No primeiro grau, em tempo de paz, o processo e o julgamento são realizados por um Conselho de Justiça (art.16, Lei nº 8.457/92).

Caso o acusado seja praça ou civil, será processado e julgado pelo Conselho Permanente, que, além do juiz-auditor, possui um oficial-superior, que será o presidente, e mais três oficiais de posto até capitão.

Na hipótese de o acusado ser oficial (excluindo-se a hipótese de oficial-general), será processado e julgado pelo Conselho Especial, constituído pelo juiz-auditor e por quatro juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial-superior de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade que os demais juízes.

Em poucas linhas, deve-se respeitar o princípio constitucional da hierarquia, pois o Conselho de Justiça será constituído de juízes militares superiores hierarquicamente ao acusado.

Segundo a LOJM, o Superior Tribunal Militar é competente para processar e julgar os oficiais-generais nos crimes militares. Dispõe a alínea "a" do

inc. I do art. 6º da Lei nº 8.457/92, cuja redação atual foi dada pela Lei nº 8.719/93:

> Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:
> I- processar e julgar originariamente:
> **a) os oficiais-generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei.** [negritos nossos]

Em poucas linhas, essa seria a base legal da competência da Justiça Militar da União, órgão incluído no Poder Judiciário Brasileiro a partir da Constituição de 1934.

3. ASPECTOS CRIMINAIS

A Justiça Militar da União processa e julga militares e civis que cometerem crime militar. Ocorre que, em relação aos crimes militares praticados por civis, o Guardião da Constituição tem-se manifestado, de maneira reiterada, que a competência da JMU é excepcional, somente incidindo quando as condutas imputadas aos civis ofenderem aos bens jurídicos tipicamente associados à função militar, como a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Com esse fundamento, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a competência da JMU para processar diversas condutas imputadas a civis. Transcrevemos decisões nesse sentido.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. FALSIFICAÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIFICAÇÃO E REGISTRO (CIR). CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. O delito militar praticado por civil, em tempo de paz, tem caráter excepcional. A Justiça Militar somente terá competência para julgar condutas de civis quando ofenderem os bens jurídicos tipicamente associados à função castrense, tais como a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. 2. Compete à Justiça Federal analisar e decidir as ações penais contra civil denunciado pelo crime de falsificação de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou Habilitação de Arrais-Amador, ambas expedidas pela Marinha do Brasil. Precedentes. 3. Ordem concedida. (STF, HC nº 104.619348/BA, Mi-

nistra Relatora Carmem Lúcia, julgamento 08/02/11, publicação DJE 14/03/11).

EMENTA: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR. CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. CRIME DE DANO AO PATRIMÔNIO FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. É excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do "intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado" (Conflito de Competência 7.040, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 2. O cometimento de delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Isto é, apenas quando tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). 3. Na concreta situação dos autos, não se extrai, minimamente que seja, a vontade do paciente de se voltar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar. Pelo que não há nenhum indicativo de que, deliberadamente, o acusado praticou qualquer ato para se contrapor a instituição militar ou a qualquer de suas específicas finalidades ou operações. Ingrediente psicológico ou subjetivo de aversão ou propósito anticastrense sem o qual não é possível atrair a competência da Justiça Militar. Precedentes: HC 81.963, da relatoria do Ministro Celso de Mello; e HCs 86.216, 100.230 e 101.206, da minha relatoria. 4. Ordem concedida tão-somente para assentar a incompetência absoluta da Justiça Militar para processar e julgar o paciente. (STF, HC nº 105.348/RS, Ministro Relator Ayres Brito, julgamento 19/10/10, publicação DJE 11/02/11).

Todavia, uma questão recorrente na JMU, as fraudes nas pensões militares, em que normalmente civis, utilizando-se de ardil, continuam a receber os proventos em nome de um beneficiário já falecido, deveria ter, no nosso mo-

desto sentir, o mesmo tratamento dado às situações acima transcritas, pois não há ofensa aos bens jurídicos tipicamente militares na conduta imputada aos acusados. Contudo, tais questões criminais ainda estão sendo processadas e julgadas pela Justiça Especializada, sendo que não temos conhecimento de nenhuma decisão do STF em sentido contrário. Nesse sentido, destacamos a seguinte decisão do STM.

> Apelação. Estelionato. Pensão Militar. Óbito não comunicado. Presença dos elementos essenciais do crime de estelionato previsto no art. 251 do CPM: meio fraudulento, dolo em induzir a Administração Militar a erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Elementos probatórios suficientes para comprovar a materialidade e autoria. Confissão da Acusada, feita durante a fase investigatória corroborada pelas demais provas produzidas em Juízo. Dolo antecedente caracterizado pelo silêncio da Apelada que, embora tendo o dever de comunicar o óbito da sua genitora à Administração Militar, deixou de fazê-lo. Apelo improvido. Decisão unânime. (STM, Apelação nº 2008.01.051152-0, Ministro Relator Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, julgamento 14/12/10, publicação DJE 02/03/11).

A competência jurisdicional é de natureza absoluta, tornando nula, por ofensa à garantia do juiz natural, a decisão que não a observar. Se não bastasse essa grave violação constitucional, esse estelionato previdenciário, tão comum no seio da Justiça Federal em relação às condutas praticadas em desfavor do INSS, ser considerado crime militar traz outros sérios e graves prejuízos ao infrator.

Na legislação penal comum, o delito de estelionato simples, tipificado no art. 171, é apenado de um a cinco anos de reclusão, enquanto a mesma conduta na seara militar é sancionada de dois a sete anos de reclusão (art. 251, CPM). Não bastasse essa "pequena" diferença, não podemos nos olvidar que a legislação penal militar não permite a aplicação de diversos institutos que visam a evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, como suspensão condicional do processo ou a substituição por pena restritiva de direitos. É evidente o prejuízo ao acusado.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que também as condutas envolvendo militar contra militar, as quais o STM sempre entendeu

serem da competência da Justiça Militar da União, não seriam, só por causa dessa condição, processadas e julgadas na Justiça Especializada. Transcrevemos o acórdão.

> EMENTA: PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. CRIME IMPRÓPRIO: LESÃO CORPORAL GRAVE (CPM, ART. 209, § 1º). CRIME PRATICADO POR MILITAR CONTRA MILITAR EM CONTEXTO EM QUE OS ENVOLVIDOS NÃO CONHECIAM A SITUAÇÃO FUNCIONAL DE CADA QUAL, NÃO ESTAVAM UNIFORMIZADOS E DIRIGIAM CARROS DESCARACTERIZADOS. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DEFINIDA NO ARTIGO 9º, INCISO II, ALÍNEA 'A' DO CÓDIGO PENAL MILITAR. 1. A competência da Justiça Militar, posto excepcional, não pode ser fixada apenas à luz do critério subjetivo, fazendo-se mister a reunião de outros elementos que justifiquem a submissão do caso concreto à jurisdição castrense, principalmente a análise envolvendo a lesão, ou não, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado. 2. In casu, uma discussão de trânsito evoluiu para lesão corporal, sem que os envolvidos tivessem conhecimento da situação funcional de cada qual, além de não se encontrarem uniformizados e dirigirem seus carros descaracterizados. A Justiça Castrense não é competente a priori para julgar crimes de militares, mas crimes militares . Precedentes: RHC 88122/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 13/09/2007 e 83003/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ e de 25/04/2008. 3. Ordem concedida para declarar a incompetência da Justiça Militar. (STF, HC nº 99.541/RF, Ministro Relator Luiz Fux, julgamento 10/05/11. publicação 25/05/11).

No mesmo sentido se posiciona o STJ.

> CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. MILITAR DO EXÉRCITO. HOMICÍDIO CULPOSO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de homicídio culposo decorrente de acidente automobilístico

> em que acusado e vítima, embora militares, não se encontravam em serviço, não estavam em local sujeito à administração militar, tampouco atuavam em razão da função. Precedentes. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Uruguaiana/RS. (STJ, CC nº 114.404/RS, Ministro Relator Celso Limongi, julgamento 13/04/11, publicação 25/04/11).

Com total acerto o Guardião da Constituição. O simples fato de o agente e a vítima serem militares, por si só, não fixa a competência da Justiça Militar da União. Existem, na vida cotidiana, situações que podem envolver militares na condição de autor e vítima de um fato delituoso, como sói ocorrer nos delitos de trânsito, sem que sequer a condição de militar da vítima seja de conhecimento do agente. Mas tal "destino" não pode justificar a especialização da justiça, com todos os seus gravames, em especial nos crimes culposos de trânsito. Na seara militar, esse delito é de ação penal pública incondicionada, não permitindo a aplicação de nenhum dos institutos despenalizadores criados pela Lei nº 9.099/95.

A Lei nº 9.299/96 estabeleceu ser da competência da Justiça Comum, estadual ou federal, os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civis nas hipóteses do art. 9º do CPM. Tal norma, contudo, sofreu pequena ressalva, tendo em vista a aprovação, pelo Congresso Nacional, da Lei Federal nº 12.432/2011. Ela estabeleceu, mediante alteração da redação do parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar, a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes praticados no contexto do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – abate de aeronaves civis.

Já em relação à tortura, delito tipificado na Lei nº 9.455/97, o Código Penal Militar não traz disposição normativa semelhante; todavia, há o delito de maus tratos, tipificado no art. 213 do CPM Transcrevemos.

> Maus tratos
> Art. 213. Expor a perigo a vida ou saúde, em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar, de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, quer abusando de meios de

> correção ou disciplina:
> Pena - detenção, de dois meses a um ano.
> [...] Formas qualificadas pelo resultado
> § 1º Se do fato resulta lesão grave:
> Pena - reclusão, até quatro anos.
> § 2º Se resulta morte:
> Pena - reclusão, de dois a dez anos.

Neste ponto, é evidente a desatualização do CPM. Como exemplo, podemos citar o delito de tortura, qualificado pelo resultado morte, que, pela Lei nº 9.455/97, é apenado de oito a 16 anos de reclusão. Já incidindo o agente no delito de maus-tratos, mesmo com resultado morte, na seara militar o condenado poderá, inclusive, ser beneficiado com a suspensão condicional da pena, desde que a sanção definitiva seja a mínima cominada ao delito. Um absurdo, em flagrante descompasso com o atual estágio da sociedade brasileira.

Outro exemplo de desproporção nas penas pode-se constatar no delito de tráfico de drogas na legislação penal castrense, tipificado no art. 290. Transcrevemos.

> Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar
> Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão, até cinco anos.

Se não bastasse o fato de o legislador tratar, no mesmo tipo penal, as condutas do usuário e do traficante, percebe-se, com facilidade, que as penas são desarrazoadas para as duas ações. Extremamente severa para o usuário e condescendente em demasia com o traficante. Basta lembrar que a novel Lei de Drogas prevê, para o traficante, como pena mínima, o máximo que a legislação penal militar estabelece para a mesma conduta, cinco anos, enquanto, para o usuário, a pena se restringe a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa.

Em relação ao tráfico internacional de substâncias entorpecentes, importante ressaltar que tais condutas, que em tese poderiam ser tipificadas como crime militar, devem ser julgadas pela Justiça Federal, segundo orientação do STF, tendo em vista serem crimes previstos em tratados quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Destacamos.

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - AFASTAMENTO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual divergi, na companhia do Ministro Ilmar Galvão, estando ausente, na ocasião, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, compete ao Superior Tribunal de Justiça, e não ao Supremo Tribunal Federal, dirimir o conflito, enquanto não envolvido o Superior Tribunal Militar. CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL MILITAR VERSUS JUSTIÇA FEDERAL - ENVOLVIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - AFASTAMENTO. A competência para dirimir o conflito é do Supremo Tribunal Federal, ante o fato de, em curso as ações penais alicerçadas nos mesmos dados, o Superior Tribunal Militar haver conhecido e indeferido habeas corpus, versando sobre a custódia, impetrado contra ato do Juízo da Circunscrição Militar. COMPETÊNCIA - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE - DECRETO LEGISLATIVO Nº 5/64 - ÁREA, VEÍCULO E AGENTE MILITARES. A ressalva constitucional da competência da Jurisdição Especializada Militar - incisos IV e IX - não se faz presente no inciso V do artigo 109 da Constituição Federal. Cuidando-se de crime previsto em tratado ou convenção internacional, iniciada a execução no Brasil e o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, a competência é da Justiça Federal estrito senso. (STF, CC nº 7.087, Ministro Relator Marco Aurélio, julgamento 03/05/00, publicação 31/08/01).

Outra questão que deve ser abordada se refere à possibilidade de, havendo conexão de crimes da competência da Justiça Federal e da Justiça Militar da

União, os delitos serem apurados separadamente em cada jurisdição. Nesse sentido, temos como exemplo o caso do acidente da Gol.

> PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ACIDENTE AÉREO. ATENTADO CONTRA 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, CC nº 91.016/MT, Ministro Relator Paulo Gallotti, julgamento 27/02/08, publicação 25/03/08).

Em relação ao delito de assédio sexual, tal conduta não é tipificada nesses termos na seara militar. Deve-se registrar que, no âmbito das Forças Armadas, no qual a hierarquia e a disciplina militares são extremamente rígidas, a criminalização como tipo penal militar do assédio sexual seria por demais oportuna, uma vez que, nessas instituições, a relação de mando, entre superior e subalterno, é razão de ser das FFAA. Enquanto há projeto de lei criminalizando o assédio moral para a legislação penal comum, não temos conhecimento de tal medida em relação à seara militar. Menos mal que, embora tais condutas não possam ser enquadradas como crime militar, uma vez que não previstas nesses termos no CPM, isso não significa que os agentes militares ficarão impunes. Isso porque a legislação penal comum os alcança, sendo competência da Justiça Federal processá-los e julgá-los, uma vez que agiram utilizando-se da relação hierárquica que detêm, havendo evidente interesse da União no fato.

Feitas essas breves anotações sobre a competência criminal da Justiça Federal e da Justiça Militar da União, passemos, pois, a analisar as implicações em outras áreas do Direito em relação a fatos que repercutem em ambas esferas mencionadas.

4. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS E CÍVEIS

A competência da Justiça Militar da União restringe-se a processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124, CF). Ela não possui competência para as questões administrativas, nem mesmo para apuração das punições disciplinares, diversamente do que ocorre em relação à Justiça Militar estadual. Esta, desde a promulgação da EC nº 45/04, possui competência para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Todavia, observa-se, com uma frequência indesejável, o Superior Tribunal Militar julgar *habeas corpus* em matéria de punição disciplinar, o que evidentemente não lhe compete, pois, no nosso modesto entendimento, a sua jurisdição se restringe à seara criminal militar. Não há no Brasil nenhuma hipótese em que uma questão possa ser do conhecimento de duas ou mais jurisdições. A vingar o entendimento do STM, *habeas corpus* em matéria disciplinar seria tanto da sua competência como da competência da Justiça Federal de primeiro grau. Registre-se, por oportuno, que a legislação, no âmbito da JMU, restringe apenas ao Superior Tribunal Militar o processo e o julgamento dos *habeas corpus* (art. 469, CPPM; art. 6º, I, "c", Lei nº 8.457/92). Destacamos alguns acórdãos.

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Habeas Corpus impetrado em favor de Paciente punido disciplinarmente com vinte dias de prisão. A regra constitucional que veda o cabimento do Habeas Corpus em relação a punições disciplinares não é absoluta, não estando, pois, excluídos da apreciação judicial os aspectos atinentes à legalidade do ato punitivo (art. 142, § 2°, CF/1988). Hipótese em que tais aspectos foram observados pela autoridade militar indigitada coatora. Restando demonstrado que o Paciente tomou plena ciência da conduta irregular que lhe foi atribuída, tendo, inclusive, admitido que efetivamente a realizou, não há que se falar em instauração de procedimento investigatório para apurá-la. Não caracterizada, in casu, a

ocorrência de constrangimento ilegal. Denegação da Ordem. Unânime. (STM, HC nº 2009.01.034730-5, Ministro Relator Renato Quintas Magioli, julgamento 15/12/09 publicação 05/02/10) .

EMENTA. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CABIMENTO. Há muito esta Corte Castrense, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal, vem se manifestando pela possibilidade de se apreciar habeas corpus em casos como o que ora se apresenta, desde que sejam analisados não os motivos da punição - matéria de mérito do ato administrativo -, mas os pressupostos de sua legalidade, tais como "a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada", tudo previsto nos Regulamentos Disciplinares de cada Força (STM, HC nº 2006.01.034201/DF; STF, RE nº 338840/RS). Decisão que aplicou punição disciplinar de 02 (dois) dias de detenção ao Paciente por ter faltado ao serviço, quando escalado como operador do Centro de Controle de Área de Brasília (CINDACTA I). A pena foi determinada em conformidade com as disposições do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAer) e da Portaria nº 839/GC3, de 11 de setembro de 2003, que aprova a sistemática de apuração de transgressão disciplinar e da aplicação de punição disciplinar militar. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na punição imposta, razão por que deve ser negado o presente pedido. Ordem denegada. Unânime. (STM, HC nº 2009.01.034617-1, Ministro Relator Rayder Alencar da Silveira, julgamento 24/03/09 publicação 17/04/09).

Ementa: HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. A Prescrição Administrativa do comportamento disciplinar da praça está prevista no Decreto nº 71.500/1972, em seu art. 17, estabelecendo o prazo de 6 (seis) anos. Assim, não há que se falar em prescrição administrativa. Comprovada a prática de conduta afrontosa e atentatória aos Princípios da Hierarquia e Disciplina, a Autoridade Administrativa Militar instaurará a sindicância. Imposta a punição disciplinar respeitando e seguindo a análise prevista no art. 16, inciso IV, do RDE, resta suficientemente motivada a decisão

> proferida. Denega-se a Ordem de Habeas Corpus, por ausência de constrangimento ilegal. Decisão Unânime. (STM, HC nº 2008.01.034600-7 , Ministro Relator Olympio Pereira da Silva Junior, julgamento 05/02/09 publicação 24/03/09).
>
> EMENTA: Habeas Corpus. Prisão disciplinar. Apreciação Judicial circunscrita à legalidade do ato punitivo. Inexistência de constrangimento ilegal a ser reparado pela via do remédio heróico porquanto demonstrado que a autoridade competente agiu nos estritos limites estabelecidos no RDAer, sendo plenamente atendidos os demais requisitos de validade do ato administrativo. Conhecido o pedido e denegada a ordem. Decisão majoritária. (STM, HC nº 2008.01.034513-2, Ministro Relator Francisco José da Silva Fernandes, julgamento 30/06/08 publicação 19/08/08).

Mas outras questões também devem ser objeto de debate. Passemos a analisar as implicações administrativas que atuam para o cometimento do delito de deserção, o qual, no nosso sentir, parece ser um dos crimes mais hediondos deste País.

O crime de deserção, esclareça-se, ocorre quando o militar se ausenta, sem motivo justificável, por mais de oito dias da organização militar onde serve. Trata-se de delito militar próprio que atenta contra o serviço e o dever militares, e, por assim ser, o seu cometimento é apenado de forma extremamente rigorosa: em tempo de paz, com detenção de seis meses a dois anos, sem possibilidade de *sursis*, por expressa vedação legal (art. 88, II, "a", CPM); e, em tempo de guerra e na presença do inimigo, prevê o Código Penal Militar, no art. 392, a pena de morte, como grau máximo, e a reclusão de 20 anos, como grau mínimo.

Além disso, o STM entende que o desertor que se apresenta voluntariamente ou é capturado deve permanecer preso por até 60 dias, enquanto aguarda julgamento, com fundamento no art. 453, do CPPM, o qual transcrevemos: "Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo".

Tal entendimento foi sumulado pelo STM: "Súmula 10 - Não se concede li-

berdade provisória a preso por deserção, antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM".

Apenas em 2007, o egrégio STF declarou que tal prisão apenas decorrente de preceito legal, sem apoio em uma das hipóteses autorizadores da prisão preventiva, era ilegal.

> EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto, alega-se falta de fundamentação de acórdão do Superior Tribunal Militar (STM) que revogou a liberdade provisória do paciente por ausência de indicação de elementos concretos aptos a lastrear a custódia cautelar. 2. Crime militar de deserção (CPM, art. 187). 3. Interpretação do STM quanto ao art. 453 do CPPM ("Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo"). O acórdão impugnado aplicou a tese de que o art. 453 do CPPM estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias como obrigatório para a custódia cautelar nos crimes de deserção. 4. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), a concessão da liberdade provisória, antes de ultimados os 60 (sessenta) dias, previstos no art. 453 do CPPM, não implica qualquer violação legal. O Parquet ressalta, também, que o decreto condenatório superveniente, proferido pela Auditoria da 8ª CJM, concedeu ao paciente o direito de apelar em liberdade, por ser primário e de bons antecedentes, não havendo qualquer razão para que o mesmo seja submetido a nova prisão. 5. Para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentado e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental (CF, art. 5º, XV - HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006; e HC nº 88.129/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 17.8.2007). 6. O acórdão impugnado, entretanto, partiu da premissa de que a prisão

> preventiva, nos casos em que se apure suposta prática do crime de deserção (CPM, art. 187), deve ter duração automática de 60 (sessenta) dias. A decretação judicial da custódia cautelar deve atender, mesmo na Justiça castrense, aos requisitos previstos para a prisão preventiva nos termos do art. 312 do CPP. Precedente citado: HC nº 84.983/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005. Ao reformar a decisão do Conselho Permanente de Justiça do Exército, o STM não indicou quaisquer elementos fático-jurídicos. Isto é, o acórdão impugnado limitou-se a fixar, in abstracto, a tese de que "é incabível a concessão de liberdade ao réu, em processo de deserção, antes de exaurido o prazo previsto no art. 453 do CPPM". É dizer, o acórdão impugnado não conferiu base empírica idônea apta a fundamentar, de modo concreto, a constrição provisória da liberdade do ora paciente (CF, art. 93, IX). Precedente citado: HC nº 65.111/RJ, julgado em 29.5.1987, Rel. Min. Célio Borja, Segunda Turma, unânime, DJ 21.8.1987). 7. Ordem deferida para que seja expedido alvará de soltura em favor do ora paciente. (STF, HC nº 89.645, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgamento 11/09/07, publicação 28/09/07).

Todavia, apesar da clareza do acórdão, ainda assim o egrégio STM mantém seu entendimento de que a prisão do desertor é automática. Lamentamos.

Pois bem, entendendo que já demonstramos a "gravidade" do delito deserção, passemos pois a analisar as eventuais condutas administrativas relacionadas à prática do delito.

Estudo feito no âmbito da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar constatou que o número de deserções estava aumentando ano a ano[3].

	Ano 2002	Ano 2003	Ano 2004	Ano 2005	Ano 2006
IPD[4]	06	28	35	77	64
Ação Penal	02	12	15	32	42

[3] A 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição da Justiça Militar tem jurisdição na área central e noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, sendo sua sede na cidade de Santa Maria.

[4] IPD: Instrução Provisória de Deserção. Faz a função do inquérito policial militar no crime de deserção.

Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público Militar, em conjunto com o Ministério Público Federal, apurou quatro fatores que, em maior ou menor grau, poderiam estar contribuindo para essa situação.

As alegações sustentadas pelos militares desertores nos seus interrogatórios em juízo eram praticamente uníssonas no sentido de que a prática do ilícito ocorre por problemas sociais, donde quatro fatores estariam concorrendo, em maior ou menor grau, para o incremento daquela prática delituosa, a saber:

a) a incorporação de conscritos residentes em municípios distantes das Organizações Militares em que irão servir;

b) limitações espaciais, temporais e burocráticas para a não indenização, notadamente por parte do Exército, do Auxílio-Transporte para os incorporados se deslocarem para as suas residências;

c) o baixo valor do soldo dos soldados que cumprem o serviço militar inicial (recrutas);

d) a não divulgação aos jovens em processo de alistamento militar do direito fundamental à escusa de consciência, previsto no art. 5º, VIII, da Constituição Federal.

O MPM e o MPF passaram, então, a combater, um a um, tais fatores contribuintes, com algumas ações exitosas e outras nem tanto. Analisemos cada item em separado.

Ficou comprovado que, no momento da seleção complementar, conscritos residentes no município-sede da Organização Militar designada estavam sendo dispensados sob diversas alegações, como a de estar cursando ensino superior, contrariando o expressamente previsto no item 4.5.3, do PRC/2006, que estabelece que “a condição de estudante universitário não caracteriza a situação de problema social”, ou de não serem voluntários, contrariando o previsto no item 7.9.3 do PRC/2006, que estabelece que “o conscrito constante da relação dos Distribuídos por Organização Militar como 'necessidade' deverá ter toda prioridade para incorporação, uma vez que possuí nível de capacitação superior ao designado como 'majoração'”, sendo então incorporados para servirem jovens “voluntários” que residiam a centenas de quilômetros da organização militar.

Constatou-se, assim, o equívoco da situação, pois a Lei nº 4.357/64 (Lei do Serviço Militar), prevê que "tanto quanto possível, os convocados serão incorporados em Organização Militar da Ativa localizada no Município de sua residência" (art. 21). Com igual teor, o Decreto nº 57.654/67, que regulamenta a Lei do Serviço Militar, estabelece que "tanto quanto possível, os convocados serão incorporados em Organização Militar da Ativa localizada no Município de sua residência" (art. 76). Por fim, reafirma o Decreto nº 66.949/70 também a necessidade de serem priorizados os conscritos residentes no município-sede da Organização Militar, ao dispor que se deve "aproveitar, para incorporação em Organizações Militares da Ativa, os conscritos residentes nos Municípios mais próximos da Organização Militar interessada" (item 6.3).

Então, MPM e o MPF recomendaram ao Comando da 3ª Região Militar que a) determinasse expressamente, no Plano Regional de Convocação, que o princípio da proximidade da residência devesse ser observado, tanto quanto possível, como critério de prioridade durante o processo de seleção, distribuição, designação, seleção complementar e incorporação dos conscritos para as Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM; b) divulgasse as medidas adotadas a todas as Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM; c) determinasse às Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM que mantivessem registro sobre os fundamentos que as levaram a dispensar os conscritos indicados como "necessidade" e residentes no município-sede; d) analisasse o fundamento das dispensas acima à luz das normas que regem o serviço militar obrigatório; e, e) apurasse eventuais descumprimentos das ordens daquele Comando com base no Regulamento Disciplinar.

Em retorno, o Comando da 3ª Região Militar informou as medidas administrativas adotadas para o cumprimento daquela recomendação ministerial, estando a questão relativa aos critérios para o chamamento de recrutas do SMO (Serviço Militar Obrigatório), em princípio, solucionada a contento.

Já em relação ao auxílio-transporte, constatou-se que o Exército, por intermédio da Portaria nº 098-DGP, de 31 de outubro de 2001, havia instituído limitação espacial para a concessão do auxílio transporte (AT), previsto na Medida Provisória nº 2.165-36/2001 da seguinte forma:

> 3. CONCEITUAÇÕES
> [...]
> j. Transporte coletivo municipal, intermunicipal ou in-

> terestadual.
> Transporte coletivo municipal ou urbano é aquele executado pelo poder público [...] O intermunicipal tem as mesmas características do municipal, coma diferença de que executa o deslocamento entre municípios integrantes de uma mesma região metropolitana (ex.: Grande Rio, Grande São Paulo, Grande Porto Alegre, etc.). **Também se enquadra como intermunicipal aquele de itinerário com extensão igual ou inferior a 75 km (setenta e cinco quilômetros) e que atende a localidades de um mesmo mercado de trabalho**. (Ex.: Volta Redonda-RJ/Barra Mansa-RJ, Resende-RJ/ Itatiaia-RJ e outras). [**destacamos]**

Por entender que tal limitação (75 km) para a concessão do AT aos militares, notadamente aos soldados do Efetivo Variável (recrutas), não encontrava respaldo na lei (Medida Provisória nº 2.165-36/2001) e nos próprios regulamentos e portarias militares, bem como que a limitação imposta na referida portaria contribuía para o aumento do delito de deserção, o Ministério Público Federal e o Ministério Público Militar expediram recomendação ao Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército para que revogasse toda e qualquer referência existente nas normas editadas pelo DGP a limites espaciais para a concessão do auxílio-transporte.

Em resposta àquela recomendação, o Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército Brasileiro remeteu cópia da Portaria nº 269-DGP, de 11 de dezembro de 2007, informando que tal normativa havia revogado a anterior limitação espacial de 75 quilômetros para o pagamento do auxílio-transporte.

Em relação ao baixo valor do soldo pago aos recrutas, essa, na visão do Ministério Público, seria uma das principais causas da deserção.

Na condição de titular da ação penal militar, o Ministério Público Militar observou que a maior parte dos delitos de deserção ocorre no círculo das praças de graduações mais baixas, com especial destaque para os soldados-recrutas, quais sejam, aqueles oriundos do Serviço Militar Obrigatório (SMO).

Esses militares, como é cediço, recebem a menor contraprestação estatal (soldo) das Forças Armadas, a qual, no ano de 2007, atingia modestos R$

207,00 (duzentos e sete reais), conforme determinava a Lei nº 11.359, de 19 de outubro de 2006, quando, no mesmo período, o salário mínimo atingia o valor de R$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais).

Tal quantia, além de se mostrar escassa para atender a todas as necessidades dos militares prestadores do Serviço Militar Obrigatório, representou um verdadeiro retrocesso social, uma vez que, em determinado momento histórico, o legislador ordinário garantiu a todos os militares o direito à percepção da remuneração em valores não inferiores ao do salário mínimo (art. 73, Lei nº 8.237/91). Revogar tal conquista, como fez o §2º do art. 18 da Medida Provisória nº 2.215/10, de 31 de agosto de 2001, sem propor medidas compensatórias, representou, na visão do Ministério Público, evidente retrocesso social, ferindo princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Em março de 2008, os órgãos ministeriais, litisconsorciados com a Defensoria Pública da União, propuseram Ação Civil Pública contra a União, objetivando garantir ao jovem que está prestando o serviço militar obrigatório o direito de não receber valor inferior ao salário mínimo vigente a título de remuneração mensal, conforme estabelecido no art. 73 da Lei nº 8.237, de 30 de setembro de 1991, que garantiu a todos militares, sem exceção, esse direito, vedado qualquer retrocesso social (AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 2008.71.02.001618-1-RS).

Nessa Ação Civil Pública, em que pese ter sido o processo prematuramente extinto sem resolução de mérito, não foi interposta apelação, em face da provável e inócua luta processual que se estabeleceria diante da novel Súmula Vinculante nº 6 do Supremo Tribunal Federal, publicada em 16 de maio de 2008 (após o ajuizamento da ACP), que, expressamente, assim diz: "Súmula Vinculante 6: Não viola a Constituição da República o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial".

Todavia, coincidentemente, o valor do soldo do soldado teve um aumento substancial com o advento da Medida Provisória nº 431, de 14 de maio de 2008, convertida na Lei nº 11.748/09, a qual reajustou em mais de 100% o soldo do recruta prestador do serviço militar.

A tabela abaixo mostra a variação do soldo e do salário mínimo nos últimos anos, bem como o percentual daquele em relação a este. Percebe-se que,

no período em que essa relação atingiu o seu menor valor (ano de 2006), o resultado foi diretamente verificado no número de deserções, que teve seu maior número no período analisado.

Valores do soldo e do salário mínimo a partir de 2001 (Em reais)							
	Abr/01	Abr/02	Abr/03	Mai/04	Set/04	Mai/05	Abr/06
Soldo do Recruta	153,00	153,00	153,00	153,00	168.00	168,00	168,00
Salário Mínimo (SM)	180,00	200,00	240,00	260,00	260,00	300,00	350,00
Proporção entre o soldo e o SM	85%	76,5%	63,75%	58,84%	64,61%	56%	48%

Valores do soldo e do salário mínimo a partir de 2001 (Em reais) (cont.)						
	Abr/07	Mar/08	Mai/08	Fev/09	Jan/10	Fev/10
Soldo do Recruta	207,00	207,00	417,00[5]	453,00	492,00	492,00
Salário Mínimo (SM)	380,00	415,00	415,00	465,00	465,00	510
Proporção entre o soldo e o SM	54,47%	49,87%	100,48%	97,41%	105,80%	96,40%

Na atualidade, o valor do soldo dos soldados recrutas está, por força da MP nº 431/2008 – convertida na Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008 – próximo ao valor do salário mínimo. O MPF e o MPM entenderam que não subsistem mais elementos fáticos para a atuação ministerial.

Por fim, em relação à escusa de consciência, concluíram o Ministério Público Militar e o Ministério Público Federal que o número de cidadãos que alegaram imperativo de consciência para se eximir do serviço militar vem diminuindo drasticamente.

[5] Por meio da Medida Provisória nº 431, de 14 de maio de 2008, convertida na Lei nº 11.784/08, foi reajustado o soldo dos militares, com aumentos escalonados previstos até janeiro de 2010, sendo que os efeitos financeiros retroagiram a janeiro de 2008.

A tabela abaixo mostra a quantidade anual de jovens que alegaram imperativo de consciência, ainda segundo o Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa.

Quantidade de Eximidos	ANO DA EXIMIÇÃO						
	Anos Anteriores	2002	2003	2004	2005	2006	Total
	28.678	11.082	3.637	170	3	36	43.606

Além da notória falta de divulgação do serviço alternativo, outro fator que influencia o não exercício daquele direito-dever (Serviço Militar Alternativo ou SMA) é a falta de transparência da Administração Militar no momento do alistamento do jovem. Como constatado ao longo do feito, de regra ninguém lhe pergunta se tem alguma escusa de consciência que o impeça de cumprir o serviço militar obrigatório.

Em face de todas essas questões, os órgãos ministeriais propuseram a Ação Civil Pública nº 2008.71.02.000356-3, autuada perante a 2ª Vara Federal de Santa Maria/RS, na defesa do interesse difuso de obrigar a União a efetivamente implementar a norma constitucional que estabelece o serviço alternativo àqueles que aleguem imperativo de consciência para se eximirem de prestar o serviço militar obrigatório.

Igualmente, a referida Ação Civil Pública objetivou obrigar à União, por meio das Forças Armadas, fazer a efetiva implementação do primado constitucional que determina a atribuição de serviço alternativo aos cidadãos que aleguem imperativo de consciência para se escusarem de prestar serviço militar obrigatório. Trata-se, enfim, de um preceito fundamental que até o presente jamais ocorreu, sendo que mais de 40 mil jovens foram dispensados dessa prestação alternativa pela sua inexistência, a despeito de a Lei Maior ter completado mais de 20 anos da sua promulgação.

Por fim, a referida ACP também buscava obrigar a União a divulgar o direito fundamental do cidadão à escusa de consciência, com a consequente contraprestação do serviço alternativo, pois as campanhas publicitárias pelos órgãos governamentais apenas fazem menção à obrigatoriedade do serviço militar.

Em julgamento de apelação interposto pelos órgãos ministeriais, a 4ª Turma do TRF-4[6] decidiu que a União deve:

[6] TRF-4, 4ª Turma, Apelação Cível nº 2008.71.02.000356-3/RS, julgado em 16/03/11, Desembargadora Relator Marga Inge Barth Tessler.

> a) no prazo máximo de 3 (três) anos a contar desta decisão, inserir nas campanhas publicitárias e no formulário o direito à escusa de consciência;
> b) no prazo máximo de 3 (três) anos, iniciar a implementação por meio de convênios com instituições públicas o serviço alternativo ao serviço militar obrigatório, firmando convênios em pelo menos duas áreas prioritárias: saúde e educação.

Todavia, os problemas administrativos relacionados ao crime de deserção não se restringem apenas ao momento anterior ao delito, havendo também questionamentos em relação a atos administrativos durante o período em que o desertor responde à ação judicial, depois de se ter apresentado voluntariamente ou ter sido capturado.

O Código de Processo Penal Militar estabelece uma condição de procedibilidade para ação penal no delito de deserção: ser o desertor considerado apto em inspeção de saúde para ser reincluído no serviço ativo, readquirindo a condição de militar que perdera com a sua ausência injustificada por mais de oito dias do quartel.

Ocorre que a condição de militar, necessária para a instauração da ação penal, segundo jurisprudência do STM chancelada pelo STF, deve permanecer durante toda a instrução processual. Nesse sentido, destacamos.

> EMENTA: DESERÇÃO. CONDENAÇÃO "A QUO". INCONFORMISMO DA DEFESA. APELO PREJUDICADO. Militar que incorreu em deserção foi excluído das fileiras das Forças Armadas, antes do término do serviço militar obrigatório. O Tribunal, preliminarmente, julgou prejudicado o apelo defensivo por falta de condição de procedibilidade da ação penal, considerando a perda do "status" de militar do acusado, determinando o encaminhamento do presente Acórdão ao Comandante da Aeronáutica e ao Comandante do Centro de Lançamento de Alcântara, à luz do que dispõem os artigos 31, § 5º, da Lei nº 4.375/64 e 145 do Regulamento da Lei do Serviço Militar. Decisão por unanimidade. (STM, Apelação 0000041-50.2008.7.08.0008, Ministro relator Alvaro Luiz Pinto, julgamento 18/02/11, publicação 31/03/11).

Como a jurisprudência entende ser necessária, durante toda a fase processual, a condição de militar, mantendo-o no serviço ativo ainda que o desertor já tenha cumprido o tempo do serviço militar obrigatório, a alta administração militar orienta às organizações militares no sentido de que não podem licenciar o recruta quando do término do serviço obrigatório se ele estiver respondendo pelo delito de deserção. Entendemos equivocado tal posicionamento.

O art. 6º da Lei do Serviço Militar asseverou que o "serviço militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses". Já o art. 33 da LSM dispõe que "aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados e reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada".

Parece claro que a prorrogação do serviço militar, de cada militar individualmente considerado, pressupõe, como *conditio sine qua non*, o requerimento do interessado e o interesse da administração militar, não se podendo, assim, falar em prorrogação individual do serviço militar com base apenas na vontade unilateral da Administração, por inexistência de amparo legal.

Nesse sentido, já se manifestou o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> **Ementa**. Administrativo. Serviço Militar Obrigatório. Licenciamento durante o curso da ação penal militar. O art. 145 do Decreto 57.654/66 não impede o licenciamento do incorporado que responde à ação penal militar. Após o termo final do serviço militar obrigatório, licenciamento é efetuado de ofício, admitida a prorrogação apenas mediante requerimento do interessado, nos termos do art. 33 da Lei n.º 4.375/64. Impossibilidade de prorrogação com o objetivo de aguardar o trânsito em julgado da decisão na ação penal militar para subseqüente aplicação da pena de expulsão. Remessa oficial cumprida. (TRF/4. ROMS. Processo 1998.04.01.050437-3/PR, 4ª Turma, relatora Silvia Maria Gonçalves Goreb, decisão de 11.05.1999, Diário de Justiça de 07.07.1999, p. 411).

A manutenção no serviço ativo do militar que responde pelo delito de deserção após o término do prazo legal do serviço militar obrigatório, contra a sua vontade, é uma pena antecipada, de uma pessoa que sequer pode ser considerada culpada, pois ainda não ocorreu o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. O prejuízo é evidente. Por exemplo, se é absolvido em primeiro grau e o MPM recorre, segundo a jurisprudência atual, o réu deve permanecer no serviço ativo. Com isso, há casos de jovens que têm sua sentença absolutória confirmada pelo STM, mas que prestaram quase dois anos de serviço obrigatório.

Eram essas as breves afirmações acerca das consequências administrativas do delito da deserção que merecem um olhar mais atento dos operadores do Direito.

Todavia, há outras questões que merecem reflexão. O recrutamento dos jovens para prestar o serviço militar obrigatório movimenta, anualmente, mais de um milhão de alistados, dos quais pouco menos de cem mil irão efetivamente servir.

Dentro das fases do processo de seleção, está prevista uma inspeção de saúde. A questão é que essa inspeção é por demais superficial, sendo realizados apenas uma anamnese e um exame clínico, pois sequer o sangue é coletado, muito menos é feito algum exame mais complexo, como radiografias, eletrocardiograma etc.

Assim, é bem possível que seja incorporado para o serviço militar uma pessoa que possua um grave problema de saúde que não tenha sido possível se detectar durante a "singela" inspeção de saúde.

Ocorre que a LSM permite que seja anulada a incorporação do recruta se ele tiver uma doença que preexistia. Mas essa questão merece um olhar mais cauteloso, pois não nos parece que a administração pode simplesmente desincorporar o recruta se não realizou procedimentos básicos, como um simples exame de sangue, com uma simples alegação de que a doença preexistia. É responsabilidade da administração tal comprovação, bem como a comprovação de que não foi possível detectá-la no momento oportuno, a despeito de terem sido feitos diversos exames. Mas simplesmente não submeter o alistado a nenhum exame nos parece que implica em assumir o risco do resultado.

5. CONSIDERAÇÔES FINAIS

A competência dos órgãos do Poder Judiciário é prevista na Carta Magna, sendo que compete à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Ocorre que há diversas questões que, embora sejam da competência da JMU, produzem reflexo na Justiça Federal e vice-versa.

O presente trabalho procurou identificar alguns desses pontos, com o objetivo de permitir uma melhor reflexão sobre o tema.

6. REFERÊNCIAS

CLÈVE, C. M. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

MORAES, A. **Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

2 Peças

I PM 45-07 - Denúncia, Arquivamento e Ofício

Alexandre Reis de Carvalho
Promotor de Justiça Militar
André Luiz de Sá Santos
Promotor de Justiça Militar
Rejane Batista de Souza Barbosa
Procuradora de Justiça Militar

Excelentíssimo Sr. Dr. Juiz-Auditor da 5ª Circunscrição Judiciária Militar

O Ministério Público Militar, por seus Órgãos adiante assinados, no uso de suas atribuições legais e com fundamento no Inquérito Policial Militar nº 45/07, vem oferecer DENÚNCIA em desfavor de:

1º) CARLOS ALBERTO MASSAPUST, Suboficial da Aeronáutica, filho de Damião Massapust e Hele Nice Carvalho Massapust, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 25 de janeiro de 1963, Identidade nº. 397.432, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

2º) JORGE LUIZ DOS SANTOS RAMOS, Suboficial da Aeronáutica, filho de Centemar Ramos e Lindalva dos Santos Ramos, natural de Manaus/AM, nascido em 09 de novembro de 1958, Identidade nº. 308.405, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

3º) DINARTE BICHELS JÚNIOR, Suboficial da Aeronáutica, filho de Dinarte Bichels e Yara Pisani Bichels, natural de Cerro Azul/PR, nascido em 13 de novembro de 1967, Identidade nº. 425.333, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

4º) SÉRGIO LUIZ SIQUEIRA, Suboficial da Aeronáutica, filho de João Nabor Siqueira e Elisabeth Fernandes Siqueira, natural de São Paulo/SP, nascido em 16 de fevereiro de 1962, Identidade nº. 224.645, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

5º) EDUARDO GUILHERME DA SILVA RIBEIRO, Suboficial da Aeronáutica, filho de Eduardo Guilherme de Faria Ribeiro e Valinda Maria Melo da Silva, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 18 de julho de 1964, Identidade nº. 374.882, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

6º) MARCOS FERREIRA DA SILVA, 1º Sargento da Aeronáutica, filho de João Ferreira da Silva e Tereza de Jesus Ferreira da Silva, natural de Ponta Grossa/PR, nascido em 19 de abril de 1968, Identidade nº. 447.126, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

7º) ANDRÉ LUIZ FERRAZ MARTINS, 1º Sargento da Aeronáutica, filho de Donires José Martins e Ana Maria Ferraz Barreto, natural de Nova Iguaçu/RJ, nascido em 12 de junho de 1971, Identidade nº. 454.982, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

8º) JOELSON ANTÔNIO DA ROSA DARTE, 1º Sargento da Aeronáutica, filho de Joelson da Rosa Darte e Erminda de Souza Leite, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 02 de agosto de 1969, Identidade nº. 435.424, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

9º) JOÃO MARCELO DE JESUS, 1º Sargento da Aeronáutica, filho de Quirino Miguel de Jesus e Irma Silva de Jesus, natural de Lages/SC, nascido em 28 de janeiro de 1973, Identidade nº. 460.886, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

10º) WILSON ROCHA DE ALMEIDA, 1º Sargento da Aeronáutica, filho de Otacílio Jorge de Almeida e Delfina da Rocha Almeida, natural de Jataí/GO, nascido em 14 de outubro de 1973, Identidade nº. 460.888, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

11º) CARLOS DOLVINO GEORG, 2º Sargento da Aeronáutica, filho de Arno Georg e Maria Salete Dolvino Georg, natural de Laguna/SC, nascido em 20 de julho de 1974, Identidade nº. 475.580, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

12º) RICARDO BORDIN, 2º Sargento da Aeronáutica, filho de José Aldo Bordin e Célia Maria Mortari Bordin, natural de Santa Maria/RS, nascido em 18 de abril de 1978, Identidade nº. 495.641, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

13º) JOSEMAR ANTÔNIO SARZI SARTORI, 2º Sargento da Aeronáutica, filho de Pedro Sarzi Sartori e Letícia Elisa Predebon Sarzi Sartori, natural de São João do Polesine/RS, nascido em 26 de janeiro de 1969, Identidade nº. 464.572, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

14º) CLEBER MENDES DE ANDRADE, 2º Sargento da Aeronáutica, filho de Jairo Pimentel de Andrade e Selma Mendes de Andrade, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 08 de julho de 1976, Identidade nº. 489.320, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

15º) GÉRCIO OLIVEIRA DA SILVA, 2º Sargento da Aeronáutica, filho de Gércio da Silva e Marlene Oliveira da Silva, natural de Pirassununga/SP, nascido em 28 de agosto de 1964, Identidade nº. 395.014, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

16º) LEANDRO DA COSTA MONTEIRO, 2º Sargento da Aeronáutica, filho de Vilmar Monteiro e Rosane da Costa Monteiro, natural de Porto Alegre/RS, nascido em 18 de dezembro de 1975, Identidade nº 463.872, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

17º) NILDO VERA DE OLIVEIRA, 2º Sargento da Aeronáutica, filho de Nazário Dias de Oliveira e Cleide Vera de Oliveira, natural de Forte Coimbra/MS, nascido em 05 de janeiro de 1969, Identidade nº 470.090, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

18º) FÁBIO ALVES SOUZA, 2º Sargento da Aeronáutica, filho de Maria de Souza, natural de Anápolis/GO, nascido em 07 de fevereiro de 1969, Identidade nº 470.789, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

19º) CRISTIANE LARA PRESTES, 3º Sargento da Aeronáutica, filha de Tarcizo Prestes Filho e Eliane Skiba Prestes, natural de Curitiba/PR, nascida em 14 de maio de 1981, Identidade nº. 515.630, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

20º) RAFAEL GARCIA SCHWIETZER, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Lothar Schwietzer e Joana Darke Garcia Schwietzer, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 13 de novembro de 1982, Identidade nº. 518.148, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

21º) RENATA SIQUEIRA FONTES DA ROCHA SCHWIETZER, 3º Sargento da Aeronáutica, filha de Renato Fontes da Rocha Filho e Kátia Maria Fontes da Rocha, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascida em 03 de agosto de 1984, Identidade nº. 518.153, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

22º) EMMANUELLE MARIA MOREIRA DE SOUZA, 3º Sargento da Aeronáutica, filha de Elomir Lázaro de Souza e Vânia Maria Moreira, natural de João Pessoa/PB, nascida em 05 de setembro de 1983, Identidade nº. 518.187, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

23º) WAGNER FUCHS, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Alfredo Fuchs e Cleuza Massaco Sato Fuchs, natural de Curitiba/PR, nascido em 01 de outubro de 1979, Identidade nº. 518.235, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

24º) ALISON FRAGA DA SILVEIRA, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de René Mauro da Silveira e Sirlei Rejane Fraga da Silveira, natural de Canoas/RS, nascido em 20 de maio de 1985, Identidade nº. 490.289, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

25º) RODRIGO VAZ DOS SANTOS, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Reinaldo Ferreira dos Santos e Jacira Vaz Rivero, natural de Bagé/RS, nascido em 26 de setembro de 1981, Identidade nº. 468.817, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

26º) LILIAN RICARDO FRITSCH, 3º Sargento da Aeronáutica, filha de Paulo Roberto Fritsch e Zildinéia Ricardo Fritsch, natural de Brasília/DF, nascida em 25 de setembro de 1985, Identidade nº. 522.471, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

27º) RAFAEL GOMES LISBOA, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Jailton Oliveira Lisboa e Nilza Maria Gomes Lisboa, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 20 de setembro de 1983, Identidade nº. 522.895, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

28º) RUDINEI GOMES DO PRADO, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Manoel do Prado e Amália Gomes do Prado, natural Eldorado/MS, nascido em 06 de fevereiro de 1975, Identidade nº. 504.199, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

29º) TIAGO DUTRA BRITTES, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Luís Natal Machado Brittes e Ilda Fátima Dutra Trindade Brittes, natural de Santo Ângelo/RS, nascido em 06 de agosto de 1980, Identidade nº. 518.094, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

30º) HUGO DA CUNHA DIAS, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Roberto Dias e Hildete Moura da Cunha, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 28 de março de 1981, Identidade nº. 508.934, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

31º) DIEGO DA CUNHA ALVES, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Luiz Alberto Palma Alves e Aida da Cunha Alves, natural de Porto Alegre/RS, nascido em 24 de abril de 1983, Identidade nº. 522.442, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

32º) INGRID LAGO DOS SANTOS, 3º Sargento da Aeronáutica, filha de Juarez Paulo dos Santos e Rosângela Lago dos Santos, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 12 de janeiro de 1981, Identidade nº. 515.709, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

33º) ROBERTO ALTVATER FILHO, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Roberto Altvater e Matilde de Christo Altvater, natural de Balsa Nova/PR, nascido em 02 de junho de 1976, Identidade nº. 504.188, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

34º) ABIATAR FERNANDO DE SOUZA, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Jair de Souza e Neide de Souza, natural de Curitiba/PR, nascido em 19 de setembro de 1983, Identidade nº. 518.179, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

35º) FÁBIO ALEXANDRE IGNÁCIO, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Antônio Geraldo Ignácio e Vera Lúcia Prevato Ignácio, natural de Pirassununga/SP, nascido em 22 de janeiro de 1982, Identidade nº. 510.887, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

36º) RICARDO CANOSSA, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Oli Canossa e Elia Pinto Canossa, natural de Porto Alegre/RS, nascido em 20 de abril de 1979, Identidade nº. 506.372, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

37º) REVERSON DE GRANDIS DA COSTA, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Nativo Rodrigues da Costa e Maria Darci de Grandis, natural de São Luiz Gonzaga/RS, nascido em 23 de novembro de 1978, Identidade nº. 506.359, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

38º) LEANDRO KLEIN BORGES DE AMORIM, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Juarez Tadeu Gonçalves de Amorim e Marilda Borges da Costa de Amorim, natural de Canoas/RS, nascido em 13 de abril de 1981, Identidade nº. 466.420, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

39º) JULIO CÉSAR DA SILVA CARDOZO, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Júlio Santanna Cardozo e Maria José Alves da Silva Cardozo, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 26 de janeiro de 1985, Identidade nº. 518.133, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

40º) JOÃO LUIZ MATOS DOS SANTOS JUNIOR, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de João Luiz Matos dos Santos e Zélia Castanheira Matos dos Santos, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 28 de março de 1981, Identidade nº 509.068, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

41º) OTÁVIO LOPES DA SILVA JUNIOR, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Otávio Lopes da Silva e Maria Aldenira da Silva, natural de Magé/RJ, nascido em 27 de março de 1978, Identidade nº 509.079, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

42º) LEANDRO MENEZES RODRIGUES, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Herbert Segobia Rodrigues Filho e Andiara Menezes Segobia Rodrigues, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 16 de junho de 1982, Identidade nº 509.059, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

43º) KIRK DIAS CORRÊA DA SILVA, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Nilson Corrêa da Silva e Maria de Lourdes Dias da Silva, nascido em 29 de agosto de 1983, natural do Rio de Janeiro/RJ, Identidade nº 520.274, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

44º) ULISSES DIAS DE LIMA ARÊAS, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Wanderley de Lima Arêas e Marize Dias de Lima Arêas,

natural de Araguari/MG, nascido em 04 de junho de 1982, Identidade nº. 508.909, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

45º) RENATA MOTA DA ROSA, 3º Sargento da Aeronáutica, filha de Airton da Rosa e Darly Mota de Góis da Rosa, natural de Parnamirim/RN, nascida em 16 de julho de 1983, Identidade nº. 486.893, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR;

46º) WESLEY SILVA DE OLIVEIRA, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Lázaro Alves de Oliveira e Jocilene José da Silva de Oliveira, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 04 de janeiro de 1983, Identidade nº 509.004, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

47º) GILBERTO FRÓES DE AGUIAR JÚNIOR, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Gilberto Fróes de Aguiar e Rosalina Santanna de Brito, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 20 de fevereiro de 1981, Identidade nº 511.007, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

48º) CARLOS ROBERTO ROMERO GENEROSO, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Carlos Roberto dos Santos Generoso e Faustina Amaral Romero, natural de Canoas/RS, nascido em 14 de julho de 1982, Identidade nº 483.161, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

49º) FARLEY SANTOS DE SOUZA, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de José Freire de Souza e Maria do Carmo dos Santos, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 13 de agosto de 1982, Identidade nº 518.186, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

50º) PRISCILA HELENA DE OLIVEIRA, 3º Sargento da Aeronáutica, filha de Clério Heleno de Oliveira e Suzana Helena Pedreiro de Oliveira, natural de Gurupi/TO, nascida em 15 de maio de 1985, Identidade nº 520.388, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

51º) LEONARDO DE SÁ TEDROS, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Paulo França Tedros e Maria da Glória de Sá Tedros, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 15 de dezembro de 1979, Identidade nº 506.520, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

52º) RODRIGO SESTREM, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Marlésio Sestrem e Valquíria Nazário Sestrem, natural de Curitiba/PR, nascido em 26 de junho de 1984, Identidade nº 522.626, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR);

53º) ANDERSON LUIZ DOS SANTOS CARNEIRO, 3º Sargento da Aeronáutica, filho de Ademilson da Silva Carneiro e Maria das Graças dos Santos Carneiro, natural do Rio de Janeiro/RJ, nascido em 03 de setembro de 1978, Identidade nº 464.607, servindo no CINDACTA II(CURITIBA/PR)

pela prática dos fatos em tese delituosos que passam a expor:

Na tarde do dia 30 de março de 2007, diversos veículos de comunicação começaram a divulgar notícias acerca da mobilização dos controladores do tráfego aéreo dos Centros Integrado de Defesa Aérea e de Controle do Tráfego Aéreo – CINDACTA; I (Brasília) e IV (Manaus), onde houve aquartelamento voluntário, greve de fome e efetiva paralisação das atividades operacionais dos respectivos Centros de Controle de Área - ACC.

Por volta das 18h45m daquela sexta-feira, um supervisor do Centro de Controle de Brasília (ACC – BS) comunicou oficialmente o Centro de Controle de Curitiba ACC-CW, sobre a restrição de tráfego aéreo para a área de abrangência daquele Centro, no sentido de que a partir daquele momento todas as decolagens para àquela área (FIR BRASÍLIA) estavam suspensas por tempo indeterminado, "até segunda ordem"(fls. 497 e 513).

Com intuito de aderirem ao movimento já deflagrado pelos colegas em Brasília e Manaus, diversos controladores de tráfego aéreo do ACC – CW iniciaram comunicação entre si, tendo sido acertado que todos deveriam reunir-se nas dependências do Centro Operacional Integrado (COI) do CINDACTA II, o que efetivamente ocorreu a partir das 20h, como comprovam os diversos depoimentos colhidos neste IPM, corroborados pelo Laudo de Avaliação do Banco de Dados do Controle de Acesso ao COI, de fls. 59-65.

A medida que iam chegando ao COI, os controladores se reuniram inicialmente na sala de estar do ACC-CW, onde passaram a acompanhar os fatos que aconteciam em Brasília e a discutir qual seria a posição dos controladores do ACC-CW.

Restou deliberado naquela sala de estar que os controladores presentes deveriam apoiar os controladores de Brasília através da paralisação no ACC-CW (fls. 83, 98, 143).

Assim, por volta das 22h30m, o supervisor 1S ANDRÉ dirigiu-se à sala do Centro de Controle e comunicou o Ten SÉRGIO, Oficial de serviço (Chefe de Sala), bem como os 1S ERIC e 1S EDSON, supervisores do turno, que a partir daquele momento, conforme acertado na sala de estar, não haveria mais rendição para a equipe que estava trabalhando. Diante do informado, o Chefe de Sala e os supervisores tomaram as medidas necessárias para se adequar à nova situação, dentre elas a suspensão das decolagens e o agrupamento dos setores em dois consoles (fls. 33-37, 299-302, 305-307).

Concomitantemente, os supervisores SO SÉRGIO, SO CARLOS ALBERTO, SO GUILHERME, SO JORGE LUIZ, SO DINARTE, 1S MARCOS F. e 1S JOELSON foram ao encontro do Comandante do CINDACTA II, Cel KIAME, que se encontrava na sala do Centro Meteorológico de Vigilância, localizado nas dependências do COI. Na presença do Comandante, o 1S JOELSON iniciou a conversação, informando que os supervisores representavam o grupo de controladores reunidos na sala de estar e que haviam decidido paralisar as atividades de controle de tráfego aéreo do ACC -CW, em apoio ao movimento iniciado em Brasília.

Interrompendo as palavras do 1S JOELSON, o Cel KIAME questionou-lhes se haviam avaliado as conseqüências daquele ato. Contra-argumentando, o 1S JOELSON respondeu que a decisão de parar era do grupo, tendo o SO SÉRGIO complementado que essa resolução já estava tomada pelo grupo e que a partir daquele momento não mais retornariam às posições de trabalho, suspendendo as decolagens e somente controlando os vôos em andamento.

A reunião encerrou-se por volta das 23h20m, momento em que o SO GUILHERME e o 1S DINARTE, após exaustiva argumentação do Comandante, comprometeram-se em levar as considerações deste Oficial ao grupo reunido na sala de estar. Por fim, o Cel KIAME disse aos presentes que iria ao grupo maior para conversar e expor os seus pontos de vistas, tendo o SO SERGIO declarado que "não" e que o grupo não iria recebê-lo.

Por volta das 23h30m (fls. 56), o grupo de controladores que estava na sala de estar, seguindo a orientação daqueles supervisores, dirigiram-se à

sala de briefing, onde a reunião prosseguiu. Estando todos reunidos às portas fechadas, o 1S JOELSON expôs a posição do Comandante e fez considerações acerca das implicações criminais que poderiam advir. Na seqüência, dirigiram-se ao grupo o SO SERGIO e o 1S ANDRE.

Não obstante, o grupo manteve a decisão anteriormente tomada de paralisar as atividades de controle do tráfego aéreo mediante a não rendição das posições de controle (console). Deliberou-se, ainda, que para evitar eventuais punições aos controladores que estavam no turno, estes, ao serem chamados para a próxima rendição, alegariam, em conjunto, falta de condições psicológicas.

Próximo à meia-noite, o Cel KIAME determinou ao Ten SÉRGIO, Chefe de Sala, que chamasse os próximos controladores para render as posições operacionais, o que foi executado pelo 1S EDSON, supervisor do turno. Os 2S MONTEIRO, 3S PRISCILLA, 3S TEDROS e 3S SESTREM, controladores do turno, que se encontravam no horário de descanso, apresentaram-se ao Chefe de Sala e, conforme o combinado, informaram, coletivamente, que iriam render, mas não tinham condições psicológicas de efetuar o controle das aeronaves.

Diante dessa negativa, o Cel KIAME determinou que o Chefe de Sala procedesse individualmente às perguntas e registrasse as respostas no Livro de Registro de Ocorrências, tendo sido mantidas as negativas em efetuarem o controle, sob as mesmas justificativas.

Em razão das alegadas ausências de condições psicológicas, o Cel KIAME determinou que os 04 (quatro) graduados, que não renderam o serviço, comparecessem ao hospital do CINDACTA II para avaliação médica, o que ocorreu por volta da 00h37min (fl. 63).

Enquanto isso, o grupo de controladores continuou reunido na sala de briefing, onde mantinham contato com os colegas controladores de Brasília e aguardavam o resultado das negociações realizadas entre o Ministro do Planejamento – PAULO BERNARDO SILVA e os representantes dos controladores. Por volta da 00h40min, chegou a notícia de que havia sido celebrado um acordo que atendia as reivindicações dos controladores e isentava-os de eventuais punições, bem como o ACC – BS já operava normalmente. Na sequência, circulou entre os militares reunidos na sala de briefing um

fac-símile do acordo assinado pelo Ministro do Planejamento, o que foi comemorado entre os presentes.

Em razão desse acordo e do retorno das atividades operacionais no ACC – BS, o grupo reunido na sala de briefing resolveu normalizar o controle do tráfego aéreo, providenciando voluntários para substituir os quatro controladores que não assumiram as posições no console sob alegação de ausência de condições psicológicas.

Por volta da 1h10m, o SO SÉRGIO e o 1S JOELSON, acompanhados do 3S ABIATTAR, 3S CARNEIRO, 3S VAZ e da 3S EMMANUELE, compareceram na sala de controle do ACC – CW e informaram ao Ten SÉRGIO que o ACC – BS estava voltando às operações normais e que se dispunham a ficar no lugar dos controladores que tinham ido ao hospital.

Assumiram efetivamente as posições de controle, o 1S JOELSON, 3S ABIATTAR, 3S EMMANUELE e 3S VAZ. Em seguida, o SO SÉRGIO retornou à sala de briefing e dispensou os presentes para regressarem às suas casas, o que de fato ocorreu (fls. 58/65). Em consequência do acordo firmado entre os controladores de Brasília e o Governo Federal, nenhuma prisão pôde ser efetuada, tampouco qualquer óbice foi posto à saída dos participantes das referidas reuniões.

As provas colhidas durante a instrução provisória, notadamente os depoimentos dos próprios denunciados, corroborados pelo referido Laudo de Controle de Acesso ao COI (fls. 58/65), dão conta que participaram da reunião promovida na sala de estar do ACC – CW, os seguintes militares: SO SÉRGIO, SO GUILHERME, SO CARLOS ALBERTO, SO JORGE LUIZ, 1S MARCOS F., 1S JOELSON, 1S ANDRÉ, 1S JESUS, 1S BRITES, 2S NILDO, 2S FÁBIO, 2S SARTORI, 2S GERCIO, 2S BORDIN, 2S GEORG, 2S CLEBER, 3S CARNEIRO, 3S MATOS, 3S KIRK, 3S ULISSES, 3S RENATA MOTA, 3S WESLEY, 3S INGRID, 3S IGNÁCIO, 3S REVERSON, 3S KLEIN, 3S FROES, 3S RUDINEI, 3S LISBOA, 3S LILIAN, 3S VAZ, 3S ALISON, 3S FUCHS, 3S EMMANUELE, 3S RENATA, 3S SCHWIETZER, 3S LARA e 3S ABIATTAR.

Deste grupo, os Supervisores SO SÉRGIO, SO CARLOS ALBERTO, SO GUILHERME, SO JORGE LUIZ, SO DINARTE, 1S MARCOS F. e 1S JOELSON, ao comunicarem ao Comandante do CINDACTA II a decisão de

paralisar as atividades do ACC – CW, demonstraram inequivocamente que assentiram em recusa conjunta de obediência, praticando, destarte, o crime previsto no artigo 149, inciso III, 1ª parte, do CPM.

De igual forma, o 1S ANDRÉ assentiu na recusa conjunta de obediência, ao informar ao Chefe de Sala (Ten SÉRGIO) e aos Supervisores de Serviço (1S ERIC e 1S EDSON) que a partir daquele momento, conforme acertado na sala de estar, não haveria mais rendição para a equipe que estava trabalhando, praticando também a conduta descrita no artigo 149, inciso III, 1ª parte, do CPM.

Em que pese alguns dos supervisores tenham justificado que tão-somente comunicaram ao Comandante a intenção dos controladores de aderir ao movimento de Brasília, restou demonstrado que o teor da conversa foi no sentido de que todos, inclusive os supervisores, já haviam decidido pela efetiva paralisação das atividades do ACC-CW, conforme relataram o Cel KIAME (fls. 13-15, 27-32) e o supervisor 1S MARCOS F. (fls. 98-100), que também participou da reunião. Tanto é verdade, que o 1S ANDRÉ, concomitante à referida reunião com o Comandante, comunicava a efetiva decisão de parar ao Chefe de Sala e aos Supervisores do turno, consoante comprovam os depoimentos de fls. 33-37; 299-302 e as degravações de fls. 712-717.

No tocante aos demais controladores acima nominados, muito embora as provas coligidas demonstrem tenham eles deliberado pela adesão ao movimento dos controladores de Brasília e conseqüente paralisação das atividades de controle do tráfego aéreo do ACC-CW, não foi possível estabelecer, individualmente, o assentimento à recusa conjunta de obediência. Todavia, ao reunirem-se na sala de estar do COI, com a finalidade de discutir assunto atinente a disciplina militar, ao menos praticaram a conduta descrita no art. 165 do Código Penal Militar, que trata do crime de Reunião Ilícita.

A referida reunião ilícita prosseguiu na sala de briefing, sob a coordenação dos supervisores, tendo o grupo mantido a decisão de paralisar as atividades do controle do tráfego aéreo do ACC-CW, não obstante as colocações e advertências do Comandante do CINDACTA II acerca das graves conseqüências daquele ato, tendo inclusive o grupo se negado a ouvir pessoalmente as considerações de seu Comandante (fls. 13-15, 27-32, 83-88, 165-169).

Além dos militares acima citados, também participaram da reunião ilícita na sala de briefing, os seguintes militares: SO DINARTE, 1S WILSON, 3S ROMERO, 3S FARLEY, 3S HUGO, 3S DIEGO, 3S ALTVATER, 3S CANOSSA, 3S JULIO CESAR, 3S OTÁVIO e 3S MENEZES.

Os 2S MONTEIRO, 3S TEDROS, 3S SESTREM e 3S PRISCILLA, apesar de também terem tomado parte na reunião na sala de briefing, realizaram a conduta tipificada no artigo 149, inciso III, 1ª parte, do CPM, uma vez que, ao serem chamados para assumirem as suas posições operacionais, alegaram, conjuntamente, conforme combinado, falta de condições psicológicas para efetuar o controle das aeronaves.

Registre-se que a falta de condições psicológicas alegada tanto pelos supervisores, como pelos controladores para não assumirem o serviço, restou infirmada pela prova dos autos, constituindo-se em mera falácia criada para justificar as condutas criminosas praticadas.

Com efeito, no momento em que ocorria a reunião da sala de estar e decidia-se pela paralisação no ACC-CW, os controladores 2S MONTEIRO, 3S TEDROS, 3S SESTREM e 3S PRISCILLA trabalhavam normalmente nos respectivos turnos de serviço (fls. 634, 645, 636, 637, 662), não tendo relatado aos seus superiores e pares qualquer alteração de ordem psicológica.

Tão-somente no horário de descanso, após participarem da reunião ilícita na sala de briefing, é que os referidos controladores passaram a alegar, aos seus superiores, não possuir condições psicológicas para efetuar o controle de tráfego.

Diante do exposto, denunciamos 1º) CARLOS ALBERTO MASSAPUST, 2º) JORGE LUIZ DOS SANTOS RAMOS, 3º) DINARTE BICHELS JÚNIOR, 4º) SÉRGIO LUIZ SIQUEIRA, 5º) EDUARDO GUILHERME DA SILVA RIBEIRO, 6º) MARCOS FERREIRA DA SILVA, 7º) ANDRÉ LUIZ FERRAZ MARTINS, 8º) JOELSON ANTÔNIO DA ROSA DARTE, 16º) LEANDRO DA COSTA MONTEIRO, 50 º) PRISCILLA HELENA DE OLIVEIRA, 51º) LEONARDO DE SÁ TEDROS e 52º) RODRIGO SESTREM, como incursos no artigo 149, inc. III, 1ª parte, combinado com o artigo 53, todos do Código Penal Militar.

Denunciamos, também, 9º) JOÃO MARCELO DE JESUS, 10º) WILSON ROCHA DE ALMEIDA, 11º) CARLOS DOLVINO GEORG, 12º) RICARDO BORDIN, 13º) JOSEMAR ANTÔNIO SARZI SARTORI, 14º) CLEBER MENDES DE ANDRADE, 15º) GÉRCIO OLIVEIRA DA SILVA, 17º) NILDO VERA DE OLIVEIRA, 18º) FÁBIO ALVES SOUZA, 19º) CRISTIANE LARA PRESTES, 20º) RAFAEL GARCIA SCHWIETZER, 21º) RENATA SIQUEIRA FONTES DA ROCHA SCHWIETZER, 22º) EMMANUELLE MARIA MOREIRA DE SOUZA, 23º) WAGNER FUCHS, 24º) ALISON FRAGA DA SILVEIRA, 25º) RODRIGO VAZ DOS SANTOS, 26º) LILIAN RICARDO FRITSCH, 27º) RAFAEL GOMES LISBOA, 28º) RUDINEI GOMES DO PRADO, 29º) TIAGO DUTRA BRITTES, 30º) HUGO DA CUNHA DIAS, 31º) DIEGO DA CUNHA ALVES, 32º) INGRID LAGO DOS SANTOS, 33º) ROBERTO ALTVATER FILHO, 34º) ABIATTAR FERNANDO DE SOUZA, 35º) FÁBIO ALEXANDRE IGNÁCIO, 36º) RICARDO CANOSSA, 37º) REVERSON DE GRANDIS DA COSTA, 38º) LEANDRO KLEIN BORGES DE AMORIM, 39º) JULIO CÉSAR DA SILVA CARDOZO, 40º) JOÃO LUIZ MATOS DOS SANTOS JUNIOR, 41º) OTÁVIO LOPES DA SILVA JUNIOR, 42º) LEANDRO MENEZES RODRIGUES, 43º) KIRK DIAS CORRÊA DA SILVA, 44º) ULISSES DIAS DE LIMA ARÊAS, 45º) RENATA MOTA DA ROSA, 46º) WESLEY SILVA DE OLIVEIRA, 47º) GILBERTO FRÓES DE AGUIAR JÚNIOR, 48º) CARLOS ROBERTO ROMERO GENEROSO, 49º) FARLEY SANTOS DE SOUZA e 53º) ANDERSON LUIZ DOS SANTOS CARNEIRO, como incursos no artigo 165 combinado com o artigo 53, todos do Código Penal Militar.

Por fim, requeremos seja recebida e autuada a presente, com a citação dos denunciados para o processo e o julgamento, até final condenação, caso comprovada a denúncia, inquirindo-se as testemunhas abaixo arroladas.

ROL DE TESTEMUNHAS:

1.Cel EDUARDO JEAN KIAME (fls. 27-32), servindo no CINDACTA II;

2.Cel JEFERSON GHISI COSTA (fls. 20-22), servindo no CINDACTA II;

3.Maj JOSÉ CARLOS GOMES (fls. 43-46), servindo no CINDACTA II;

4.Cap. CARLOS WILMAR MATSCHINSKE (fls. 23-26), servindo no CINDACTA II;

5.Ten SERGIO LUIZ BONFIM PINTO (fls. 33-37), servindo no CINDACTA II;

6.Ten MARCELO FUNARI MESQUITA (fls. 47-49), servindo no CINDACTA II;

7.Ten TANIA MARIA PAIM DE ALMEIDA, servindo no CINDACTA II;

8.1S JOSE LUIZ MANOEL JUNIOR (fls. 149-151), servindo no CINDACTA II;

9.1S ERIC DE SOUZA PIRES (fls. 299-302), servindo no CINDACTA II;

10.1S EDSON LUIZ DE LEMOS SILVEIRA (fls. 305-307), servindo no CINDACTA II;

11.1S ISAQUE DIAS DOS REIS (fls. 266-269), servindo no Destacamento de Controle do Espaço Aéreo de Florianópolis (DTCEA-FL);

12.1S ELTON LUIS VARGAS (fls.104-107), servindo no CINDACTA II;

13.2S RICARDO FERREIRA DIAS (fls. 291-293), servindo no CINDACTA II;

14.3S ROBERTO FERREIRA DIAS (fls. 240-242), servindo no CINDACTA II;

15.3S ROBSON TSCHÁ GIRARDELLO (fls. 279-281), servindo no CINDACTA II;

16.3S ÁTILA POHL GUIMARÃES (fls. 250-252), servindo no CINDACTA II;

17.3S ITAMAR VIANA MATA (fls. 243-245), servindo no CINDACTA II.

Curitiba, 30 de outubro de 2007.

REJANE BATISTA DE SOUZA BARBOSA
Procuradora de Justiça Militar

ANDRÉ LUIZ DE SÁ SANTOS
Promotor de Justiça Militar

ALEXANDRE REIS DE CARVALHO
Promotor de Justiça Militar

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz-Auditor da 5ª Circunscrição Judiciária Militar

IPM nº 45/07

Restou apurado que os 1S ELTOM CARLOS DE OLIVEIRA (fls. 253/254), 3S DANIELE SOUZA CORRÊA DA CUNHA (fls. 173/174), 3S EDGAR HENRIQUE ESCOBAR DOS SANTOS (fls. 196/198) e 3S VITOR HUGO SILVA PIVOVAR (fls. 203/205) não participaram efetivamente das reuniões ocorridas na sala de estar e na sala de briefing, uma vez que chegaram ao COI quando as discussões e a paralisação das atividades de controle aéreo já haviam se consumado, tudo conforme comprovam os depoimentos dos referidos militares e o Laudo de Avaliação do Banco de Dados do Controle de Acesso ao COI, de fls. 59/65.

Relativamente aos indiciados 1S VITOR DACOL e ISAQUE DIAS DOS REIS, ambos servindo no DTCEA – FL, também não há elementos suficientes para a deflagração da persecução penal. Com efeito, o telefonema feito pelo 1S ISAQUE (fls. 266-269) a pedido do 1S DACOL (fls. 311-314), por volta das 23h37min (fls. 726-727), visava tão-somente informar aos colegas reunidos no ACC-CW que, naquele momento, o Ministro do Planejamento, Paulo Bernardo da Silva, estava reunido no ACC-BS com os presidentes da "Federação" com objetivo de efetuar um acordo com os controladores e promover o retorno das atividades de tráfego aéreo.

Dessa forma, a simples comunicação de que se realizava um acordo entre os controladores e o Governo Federal não caracteriza, por si só, a prática do crime de incitamento (art. 155 do CPM) ou qualquer outra infração penal, mormente pelo horário que a mesma ocorreu.

No tocante aos militares de serviço, 1S ERIC DE SOUZA PIRES , 1S EDSON LUIS DE LEMOS SILVEIRA, 1S ELTON LUIS VARGAS, 1S JOSÉ LUIZ MANOEL JUNIOR, 2S RICARDO FERREIRA DIAS, 3S ROBERTO FERREIRA DIAS, 3S ITAMAR VIANA MATA, 3S ÁTILA POHL GUIMARÃES, 3S ROBSON TSCHA GIRARDELLO, igualmente não há nenhum crime a punir. Restou comprovado que os militares acima nominados trabalharam normalmente, rendendo e sendo rendidos, conforme determinação superior, não tendo, outrossim, participado efetivamente das reuniões ocorridas nas salas de estar e briefing.

Em relação à conduta do Comandante do CINDACTA II e demais Oficiais de serviço na noite dos fatos não vislumbramos a ocorrência de qualquer crime contra o dever funcional. Isto porque receberam ordem direta do Diretor-Geral do DCEA para não proceder qualquer prisão, pois "*que a questão estava sendo resolvida pela Presidência da República e que o Ministro Paulo Bernardo estava reunido com o controladores de Brasília; que a Aeronáutica havia sido desautorizada para efetuar quaisquer prisões* (fls. 31).

Em que pese a evidente ilicitude da ordem dada, tratava-se de uma determinação oriunda do próprio Comandante Supremo das Forças Armadas (fls. 13/15, item "n"), cujo descumprimento, num ambiente regido pelos rígidos princípios da hierarquia e da disciplina, não se pode esperar exigível pelos referidos oficiais.

No que tange ao serviço de Chefe de Sala do ACC-CW, nos dias subsequentes, apurou-se que os Oficiais escalados compareceram regularmente ao local do serviço, onde cumpriram seus turnos. Todavia, consoante orientação superior, não interferiram nas atividades de controle do tráfego aéreo, a qual, desde a noite dos fatos, passou a ser gerenciada e subordinada à Presidência da República, em decorrência do processo de desmilitarização. Anote-se, por fim, que, não obstante não tenham interferido na atividade os controladores, há notícias nos Autos de que os referidos Oficiais de serviço estiveram presentes e disponíveis para prestar alguma ajuda, caso fosse necessário. Igualmente, não há relatos de que tal situação tenha gerado qualquer prejuízo ao serviço.

Por todo o exposto, os Órgãos do Ministério Público Militar requerem o ARQUIVAMENTO dos autos com relação aos fatos e pessoas supra expostos, com fulcro no artigo 397, do Código de Processo Penal Militar.

Curitiba, 30 de outubro de 2007.

REJANE BATISTA DE SOUZA BARBOSA
Procuradora de Justiça Militar

ANDRÉ LUIZ DE SÁ SANTOS
Promotor de Justiça Militar

ALEXANDRE REIS DE CARVALHO
Promotor de Justiça Militar

Ofício nº 743/07-DI/PJM/Curitiba/PR

Curitiba, 30 de outubro de 2007.

A Sua Excelência a Senhora
Dra. MARIA ESTER HENRIQUES TAVARES
Procuradora-Geral da Justiça Militar
Brasília/DF

Senhora Procuradora-Geral,

Valemo-nos do presente para solicitar a V. Exa., por força do disposto no art. 45, inc. III, da Lei Complementar nº 75/93, o encaminhamento ao Exmo. Procurador–Geral da República, para conhecimento e providências julgadas cabíveis, de cópia integral do IPM nº 45/07, oriundo da 5ª CJM, e da denúncia que teve como objeto as condutas, em tese, criminosas – Motim (art. 149, inc. III, do Código Penal Militar) e Reunião Ilícita (art. 165 do Código Penal Militar) – perpetradas, no dia 30 de março de 2007, por 53 (cinqüenta e três) controladores de tráfego aéreo, pertencentes ao efetivo militar do Segundo Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo (CINDACTA II).

Tal solicitação justifica-se tendo em vista que há notícias nos Autos (fls. 13-15; 27-32; 562) que, não obstante as referidas práticas, em tese, criminosas, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, ao arrepio da Lei, determinou às Autoridades Militares competentes que não tomassem as providências que lhes impunha expressa disposição legal, qual seja, proceder a prisão em flagrante delito dos referidos controladores, nos termos do artigos 5º, LXI, da CF/88 e 243 do Código de Processo Penal Militar.

Com os cumprimentos de estilo,

REJANE BATISTA DE SOUZA BARBOSA
Procuradora de Justiça Militar

ANDRÉ LUIZ DE SÁ SANTOS
Promotor de Justiça Militar

ALEXANDRE REIS DE CARVALHO
Promotor de Justiça Militar

Marco Aurélio Dutra Aydos
Procurador da República

Procedimento Criminal 1491/2011-71
Classe: Discriminação racial
Origem: Representação criminal
Representantes: Seccionais Ceará e Pernambuco da Ordem dos Advogados do Brasil
Representados: @AmandaRegis e @lucianfarah77.

PROMOÇÃO DE ARQUIVAMENTO

I. Representação

As Seccionais do Ceará e de Pernambuco da Ordem dos Advogados do Brasil representam criminalmente em desfavor dos responsáveis pelos microblogs associados aos endereços @AmandaRegis e @lucianfarah77, pelos seguintes fatos:

> A Senhora AMANDA RÉGIS e o Senhor LUCIAN FARAH postaram em suas páginas do Microblog Twitter, nos dias 11 e 12 de maio do ano de 2011, mensagens **induzindo, praticando e incitando** o racismo em desfavor dos inúmeros cidadãos cuja procedência nacional é o nordeste brasileiro, violentando, dessa forma, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
> Dentre outras expressões, seguem duas mensagens extraídas do referido site/microblog Twitter utilizado pela ora Noticiada para praticar o crime em comento:

> *[segue reprodução fac-símile do blog, com a mensagem de Amanda]*
> "esses nordestinos pardos, bugres, índios, acham que tem moral, cambada de feios. Não é atoa que não gosto desse tipo de raça."
> *[segue reprodução fac-símile do blog, com a mensagem de Lucian]*
> "só vim no twitter falar o qnto os NORDESTINOS é a DESGRAÇA do brasil...pqp! Bando de gente retardada qu acham que sabe de alguma coisa.

A conduta vem classificada no art. 20 e seu § 2º da Lei 7.716/1989 c/c art. 286 do Código Penal.

II. Atribuição federal e territorial

A representação foi direcionada para este órgão com amparo no art. 109, V-A, da CF/EC 45/2004. Mas possivelmente a competência federal se defina neste caso pelo interesse federal do art. 109, IV, da CF. A palavra não se restringe a interesse patrimonial e a União tem *interesse jurídico* na sua preservação e do pacto federativo, cláusula pétrea (art. 60, § 4º). Nas modalidades induzir e incitar, associadas ao racismo de procedência nacional, a prática do crime prejudica esse interesse jurídico. Os movimentos separatistas usualmente fazem uso dessa apologia, de modo que se pode considerar o separatismo perigo potencial associado à conduta. Relativamente à atribuição territorial, provisoriamente pode-se acolher a atribuição pela regra do art. 72, § 2º, do CPP, uma vez que este órgão como destinatário da representação foi o que primeiro tomou conhecimento do fato.

III. Repercussão do caso

A repercussão conhecida do fato é relevante. O informativo globo. com noticiou em 12/5/2011, por duas vezes, a conduta, trazendo na segunda a palavra dos representados:

> Após a reação que levou o hashtag #orgulhodesernordestino ao topo dos Trending Topics do Brasil, a internauta apagou o comentário e nesta quinta-feira tentou se desculpar:
> "Meu deus gente, agi por impulso por causa do flamengo, não

> tenho nada contra nordestinos....desculpa ai galera. JAMAIS DEVERIA TER FEITO ISSO".
> Já Lucian Farah afirmou em uma mensagem: "Acho que eh soo .. bando de viado que roobaram esse jogo (sic)... nordestinos burros!"
> Em outra, o internauta xingou os nordestinos e conclui:
> "Só vim no twitter falar o qnto os NORDESTINOS é (sic) a DESGRAÇA do brasil.. pqp ! bando de gnt retardada qe acham que sabe de alguma coisa"
> Em novo post, Farah tentou explicar o xingamento:
> "Como brasileiro, TORÇO sim ! e quando torço, sou FANÁTICO ! e qdo sou fanático, eu xingo msm ! mas ontem me exaltei e fui alé disso ! qdo me referi aos nordestinos, queria me referir inteiramente ao time do ceara. e tenho CERTEZA que nao fui o unico a xingar os nordestinos".

Indico ainda o caminho do vídeo de cobertura jornalística do evento no Ceará, relevante para compreensão da dimensão da ofensa entre integrantes do grupo discriminado: http://tvverdesmares.com.br/bomdiaceara/oab-ce-abre-acao-judicial-contra-racismo-na-internet.

IV. Tipos penais aplicáveis em tese

Segundo a representação, as mensagens ofensivas praticaram, induziram e incitaram ao racismo. Mas se alguém conseguir praticar na mesma conduta os três núcleos do tipo penal do art. 20 da Lei 7.716/1989, seremos obrigados a concluir que a lei foi redundante e usou palavras inúteis, o que não é bom início de interpretação, que deverá socorrer-se da gramática e história do dispositivo.

É natural que se peça a punição de todas as formas de racismo com o mesmo apoio legal, o art. 20 da Lei 7.716/1989, pois afinal esse tipo misturou três condutas, de modo aparentemente *abrangente*. Mas os problemas desse art. 20 aparecem em sua acidentada história. Desde 1989, sucessivas reformulações indicam que o tipo não estava bom, ou era deficiente para algumas formas de racismo, e de fato o tipo *evoluiu* em 1997 ao incluir aquilo que todos nós sabemos que é uma das fontes do racismo: a procedência nacional. As figuras que temos hoje resultam de sucessivas leis, 7.716/89, 8.081 e 8.882/1994, por fim a 9.459/1997. Leon Frejda Szklarowsky saudou a lei de 1997 por "enriquecer o Código Penal" e criar a figura da injúria

racial no capítulo dos crimes contra a honra (Szklarowsky, Leon Frejda. "Crimes de racismo. Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional". *Jus navigandi*. Teresina, ano 2, n. 15, 29. Jun. 1997. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/169. Acesso em: 20 maio 2011.) Mas hoje talvez concluiríamos que a lei penal de combate ao racismo *involuiu* nesse passo. Porque a injúria racial não devia ser limitada ao estreito âmbito da honra. O bem jurídico tutelado deve ser a *dignidade da pessoa contra todas as formas de preconceito, não a honra.*

A honra é uma instituição pré-moderna com sobrevida legítima apenas em instituições militares, ao lado da hierarquia e da obediência, como terceiro pilar de seu funcionamento. Na vida civil, a defesa da honra associa-se ao imaginário de 'tomar satisfação' que, em sua forma mais tradicional, ligava-se ao duelo. Historicamente a honra é *anterior* à dignidade. Montesquieu a definiu como o princípio da aristocracia. Pessoas de honra eram e para alguns ainda são as do alto da estratificação social. A palavra *dignidade* ganha status filosófico em luta contra essa honra aristocrática, pela igualdade jurídica de todos diante da lei. Embalada pelos ventos da Revolução Francesa, a formulação clássica do filósofo Kant distinguiu no universo dos fins as coisas que têm preço das coisas que não têm preço. As que não têm preço possuem dignidade. O valor inalienável da personalidade, não podendo ser posto à venda por um preço no mercado, possui uma dignidade (*Fundamentos da metafísica da moral*).

O problema de deixar a injúria racial no capítulo da honra é que o tratamento penal se tornou ineficaz. A figura privada do 'ofendido' é limitada para combate a essa forma de agressividade. Pois as pessoas que buscam chamar o ofensor à ordem, adverti-lo socialmente, normalmente são as mais esclarecidas, que sequer desejam contato pessoal com esse ofensor, a quem podem considerar digno de piedade por 'sofrer da patologia do racismo'. E ainda assim sua busca por justiça é justa, em nome de todos os outros que sofrem calados essa barbaridade, e que não chegam a ter esclarecimento para saber que o racista *sofre de inferioridade, que canaliza para o outro como inimigo, para tentar reforçar seu ego fragilizado que não consegue dar conta de sua própria frustração.*

Talvez, no acidentado histórico de tipificação dos crimes de racismo, ainda precisemos reformar a lei retirando a injúria racial do Código Penal. Uma forma adequada seria trazê-la de volta para a lei extravagante com

alguns mecanismos que viabilizem a proteção, como seria o caso da ação penal *pública condicionada* a representação de qualquer pessoa integrante do grupo ou comunidade atingida. Como veremos adiante, essa manifestação de racismo é menos grave que as formas de apologia do racismo do art. 20, de modo que se poderia pensar em trazê-la para o âmbito dos delitos de pequeno potencial ofensivo, para tratamento através da transação penal, que outra coisa não é senão 'advertir' o ofensor de primeira vez de que está incorrendo em crime grave, que na segunda vez poderá ser tratado com rigor, etc.

Mas não é só o tratamento infeliz da injúria racial como 'crime contra a honra' o problema. A redação do art. 20 da Lei 7.716/1989 "continua obscura e duvidosa" (Walter Ceneviva, citado por Szklarowsky). Dispôs o art. 20:

> Art. 20. **Praticar, induzir** ou **incitar** a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, ou procedência nacional.
> Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.
> § 2º. Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza.
> Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

O tipo penal não parece de boa técnica e a interpretação gramatical já revela isso. O tipo múltiplo enumerou verbos com regências distintas.

Praticar: TD, no sentido empregado na lei, é transitivo direto (Celso Pedro Luft, Dicionário *prático de regência verbal*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1995, p. 411, sentido 2. praticá-lo. Executar; cometer (operação, obra de caridade, crime, etc.).

Incitar: TD(I) é transitivo direto obrigatório e indireto facultativo (Id, p. 329, ex. Seus amigos o incitavam a vingar-se/o incitavam à vingança).

Induzir: TDI, é transitivo direto e indireto (Id, p. 332, ex. Induzir o povo a revoltar-se).

O problema de alinhar os três no mesmo tipo não é só gramatical; mas a ofensa à gramática sinaliza que podem ser tipos que ofendem bens jurídicos diversos.

Outro problema é que o dispositivo *original* explicitava que também o verbo praticar seria usado na modalidade de crime contra a paz pública, pois o tipo era redigido dessa forma (mantenho o texto riscado para ressaltar que não está em vigor):

> ~~Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. (Artigo incluído pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)~~

Praticar racismo pelos meios de comunicação social, na redação anterior, dava ao verbo praticar o sentido de praticar esportes, praticar uma religião (ex. católico praticante) o que deixava esse tipo próximo dos crimes de ofensa abstrata à paz. Sem a locução 'pelos meios de comunicação social' o tipo 'praticar' ficou pelo menos muito genérico.

Mesmo que não se aplique o Código Penal em seu art. 286, por especialização, foi feliz a representação em invocar esse tipo, porque a analogia com as condutas codificadas indica elemento relevante na interpretação: sua topografia e pertinência com o título, que indica o bem jurídico protegido. '*Incitar*' e '*induzir*' à discriminação racial são analógicos aos crimes de Incitação e Apologia, no Título IX, *Dos crimes contra a paz pública*. Praticar ficou problemático: como é que se pratica crime de 'praticar discriminação'?

A única forma de salvar a nova formulação do tipo seria concebê-lo como forma residual que alcança tudo que não foi tipificado nos artigos 3º a 18 (o 19 não existe mais). Para melhor compreender o tipo do art. 20 é melhor reformular separadamente cada conduta: 1. Incitar à discriminação racial; 2. Induzir (alguém) a praticar a discriminação racial; e 3. Praticar (contra alguém) qualquer ato discriminatório que não seja tipificado como crime nos artigos 3º a 18 desta lei e que não seja estritamente injúria racial, uma vez que a Lei 9.459, de 13/5/1997, optou por tipificar a injúria racial emendando o Código Penal.

Decorre também da mistura dos três núcleos a mistura de *periculosidades* distintas. Os crimes de perigo à paz ofendem mais gravemente a ordem social, ao passo que o ato discriminatório ofende mais gravemente

a vítima. A ofensa racial a uma pessoa certa é um trauma, ou renovação do trauma, que não se compara com a ofensa abstrata à paz. Como é que seria menos grave? Do ponto de vista da vítima, não se pode comparar sofrimento real com a abstração do perigo à paz. Mas é possível que a gravidade do crime deva ser medida pela potência do móvel que leva o agente a praticar discriminação racial. Não está fora de lugar, nesses crimes, conhecer um pouco mais sobre o perigoso móvel do ofensor, que se chama *preconceito* racial.

A natureza inconsciente do preconceito racial foi, entre nós, estudada pelo mestre pernambucano **Gilberto Freyre**, sem exagero o único nome nas humanidades brasileiras que ostenta a chama do gênio (o que é, admito, opinião pessoal). Para completar sua sociologia compreensiva da formação da personalidade brasileira, iniciada com Casagrande & Senzala, o mestre fez pesquisa empírica através de um questionário com perguntas envolvendo o preconceito racial. Uma das respostas registradas é significativa, pois disse o entrevistado:

> "Há, em mim, forças ancestrais invencíveis, que justificam essa atitude. São elas, percebo, mais instintivas do que racionais, como, em geral, soem ser aquelas forças, sedimentadas, há séculos, no subconsciente de sucessivas gerações."
>
> (Entrevista citada por Gilberto Freyre, *Ordem & Progresso*. 6ª ed., São Paulo: Global, 2004, p. 596).

Atos discriminatórios e injúrias raciais são formas em que esse inconsciente agressivo aflora à superfície social de modo impulsivo, descontrolado. Não será por sua origem subconsciente que esses atos de agressão serão justos ou lícitos, mas o tratamento penal deve ser diferente do que se deve dar à apologia do racismo.

Para distinguir o móvel das práticas de atos de discriminação racial e da apologia do racismo, aproveito sensata observação de Lima Barreto no começo do século 20. Observou o escritor em seu diário íntimo:

> Vai-se estendendo, pelo mundo, a noção de que há umas certas raças superiores e umas outras inferiores [...] Urge ver o perigo dessas ideias, para nossa felicidade individual e para nossa dig-

> nidade superior de homens. Atualmente, ainda não saíram dos gabinetes e laboratórios, mas, amanhã, espalhar-se-ão, ficarão à mão dos políticos, cairão sobre as rudes cabeças da massa, e talvez tenhamos que sofrer matanças, afastamentos humilhantes, e os nossos liberalíssimos tempos verão uns novos judeus. Os séculos que passaram não tiveram opinião diversa a nosso respeito – é verdade; mas, desprovidas de qualquer base séria, as suas sentenças não ofereciam o mínimo perigo. Era o preconceito; hoje é o conceito.
> (Lima Barreto. *Um longo sonho do futuro: Diários, cartas, entrevistas e confissões dispersas*. Rio de Janeiro: Graphia Editorial, 1993. p. 71)

Adaptando o que disse Lima Barreto, podemos dizer que no ato discriminatório nós ainda estamos em presença do preconceito *racial*; na apologia nós evoluímos para o *conceito*.

A prática de ato discriminatório e a injúria racial são movimentadas pelo preconceito racial. Como todos nós possuímos preconceitos, o agente que libera o seu preconceito na forma de agressividade racial deve ser lembrado, advertido, para manter o seu preconceito dentro do seu pensamento, controlar-se. Na apologia, o preconceito tornou-se consciência pelo fanatismo, por vezes cristalizou-se em dogma. Essa distinção também é relevante para interpretar-se quando incidirá a forma mais grave do §2º, por difusão da conduta nos meios de comunicação social. Essa difusão agrava por natureza os crimes de apologia e incitação porque esses crimes visam alcançar multidões; anônimos, tornam-se praticamente inofensivos. A prática na clandestinidade de um ato de discriminação contra alguém será sempre grave, mas sua difusão não torna o ato mais grave ainda. É possível até que a difusão do ato de discriminação opere efeito contrário, pois movimentará sanções sociais de parte de pessoas que não toleram a discriminação.

Que dizer então da injúria racial via twitter, que opera efeito multiplicador? Quase se poderia dizer que o efeito multiplicador é 'culpa do twitter', mas esse exagero também revela algo importante: que o direito penal não deve cultuar heróis, e a responsabilidade no uso da rede social precisa resultar de costume social, até porque o meio é ainda novo, muitos usuários sequer imaginam os perigos do meio eletrônico de comunicação. Mas a rede social será o meio da forma agravada se for usada como nicho para a apologia do racismo, como no caso da comunidade neonazista no Orkut, referida na representação.

V. Adequação das condutas à lei penal

Já foram relatadas as mensagens ofensivas de Amanda e Lucian. Em seguida à repercussão da injúria racial, Amanda postou: "Meu Deus gente, agi por **impulso** por causa do Flamengo, não tenho nada contra nordestinos... desculpa aí galera. JAMAIS DEVERIA TER FEITO ISSO".

E Lucian: "Como brasileiro, TORÇO sim ! e quando torço, sou FANÁTICO! e qdo **sou fanático**, eu xingo msm ! mas ontem me **exaltei** e fui alé disso! qdo me referi aos nordestinos, queria me referir inteiramente ao time do ceara. e tenho CERTEZA que nao fui o unico a xingar os nordestinos". (grifos acrescentados, grafia e fontes maiúsculas dos originais).

A retratação não é relevante e nem chega a ser muito sincera. Não adianta Amanda dizer que não tem nada contra os nordestinos, porque ela tem, e mostrou isso na liberação de sua agressividade racial. De Lucian, não aproveita dizer que não foi o único, porque cada um é responsável por seu preconceito e pelas consequências de sua agressividade, do contrário todos os que estão presos diriam que não são os únicos que furtam, estupram ou matam. Mas aproveita-se o reconhecimento de que as ofensas foram ditas em exaltação, impulso (sou fanático, xingo msm!). A circunstância é relevante para afastar o tipo do art. 20 nas formas de perigo à paz pública. Amanda e Lucian impulsivamente xingaram racialmente todos os nordestinos por extensão ao xingamento do time do Ceará porque o Flamengo perdia o jogo.

Se não praticaram o crime de incitar e nem o de induzir, teriam praticado o de praticar discriminação? Parece que não, pois se o legislador tivesse desejado que a injúria racial fosse esse “ato discriminatório” não teria criado, ao reformar o art. 20, a figura qualificada para a injúria do Código Penal.

O direito penal deve usar a linguagem que as pessoas usam, não especialidades técnicas fora da realidade. Na dúvida, o melhor é atentar para a linguagem dos agentes e ofendidos: os ofensores dizem que 'xingaram mesmo'; os ofendidos, representados pelo Presidente da OAB/CE, em entrevista à TV Ceará, receberam o xingamento como injúria racial. E para exercer o direito de ação penal é preciso saber onde esse direito começa e onde acaba. Aprendemos essa importante lição com o clássico estudo de juventude (1ª edição em 1916) do jurista alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Mi-

randa, apontado com justiça por Gilberto Freyre (op.cit. p.95) como jovem senão genial, quase-genial:

> para se defender um direito, é preciso que se saiba onde começa e onde acaba: o vago abre portas às indecisões e às controvérsias; portanto às injustiças (Pontes de Miranda, prefácio de 1951 a *História e Prática do Hábeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado*). 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1955, p.7).

Além do óbice da forma de tutela penal por ação privada, existe outra dificuldade na figura da injúria racial como crime contra a honra. Pois a jurisprudência acostumou-se a tratar "os crimes contra a honra" como um bloco único de crimes iguais. Sedimentou-se forte tradição que não admite persecução penal da injúria disparada contra grupos ou comunidades.

Essa tradição pode não ser a melhor. Se a injúria ofende a dignidade humana em seu aspecto *subjetivo*, não precisaríamos aqui que o autor da ofensa racial disparasse a injúria contra pessoa conhecida por nome, qualificação e endereço. No tipo "Injuriar alguém" a palavra *alguém* define apenas de modo negativo tudo que não pode ser injuriado: animais, pessoas jurídicas, instituições, sociedades comerciais, Igrejas ou cultos, etc. A ofensa a essas outras pessoas poderá constituir outro crime (concorrência desleal, ultraje a culto, etc.). A exigência de definir o 'alguém' injuriado vem do fato de normalmente ver-se esse crime no conjunto dos 'crimes contra a honra', igual aos que tutelam a honra objetiva. Nestes, é natural indicar com certeza a vítima porque a ofensa ganha mais gravidade pela verossimilhança da narrativa de um fato infamante, e todo fato tem autor. Mas a tradição parece sedimentada. Por todos, cito *Habeas Corpus* do TRF4, que trancou ação penal por injúria contra 'delegados de polícia' a partir de representação de vítimas que sentiram-se injuriadas e possuíam essa condição funcional:

> *Note-se que, conforme evidenciam os documentos acostados aos autos com a inicial, já foram impetrados perante esse Egrégio TRF da 4ª Região outros 'writs' similares ao presente, inclusive versando a respeito da mesma matéria que ensejou a impetração ora sob exame.*
> Assim, nos autos do 'habeas corpus' nº 2005.04.01.019309-0/RS, julgado em 07/06/2005 e relatado pela eminente Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, foi profe-

> rido aresto cuja ementa restou assentada nos seguintes termos: 'HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. CRIME CONTRA A HONRA. PUBLICAÇÃO DE TEXTO COM EXPRESSÕES OFENSIVAS DIRIGIDAS À CLASSE DOS DELEGADOS DE POLÍCIA FEDERAL. ORDEM CONCEDIDA.
> *O fato de ostentar o paciente a condição de presidente da FENAPEF não pode induzir à responsabilização criminal por ofensas perpetradas via internet, sendo certo que a acusatória inaugural da ação penal deve estabelecer um liame entre a conduta típica e a ação do agente.*
> ***Os crimes contra a honra pressupõem a existência de sujeito passivo determinado. Precedentes dos Tribunais Superiores. Ordem concedida.' (Grifou-se)***
> *(...) Também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, tendo decidido que 'os crimes contra a honra supõem, em sua configuração estrutural e típica, a existência de um sujeito passivo determinado e conhecido*' (STF, HC 67.919/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04/09/1992).” (itálicos do original, "HABEAS CORPUS" Nº 2005.04.01.023409-1/SC, RELATOR: Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ, julg. 6/7/2005).

A conclusão a que se chega é que, se as injúrias raciais ainda são tratadas no *limitado* âmbito dos delitos contra a honra, não parece viável instaurar-se a persecução penal, nem pública nem privada. Ou seja, não existe tratamento penal, no ordenamento vigente, para o tipo de agressividade racial praticado por Amanda Régis e Lucian Farah. Se nossa interpretação estiver correta, ainda não se encerrará a acidentada carreira da Lei 7.716/1989, pois precisaremos corrigir o erro de 1997 de alocar a injúria racial nos títulos de honra do Código Penal e criar tratamento novo para esse tipo de racismo.

É importante ressaltar que o tratamento *penal* é indispensável, porque institucionaliza a luta contra o racismo, não permitindo que a espontaneidade das redes sociais venha a somar perigo novo, a histeria moral, contagiosa, que toma conta de campanhas agressivas rapidamente multiplicadas, que a seu tempo e modo também podem por em risco o bem jurídico da paz pública. E no caso do preconceito, esse perigo pode estimular efeitos contrários ao desejado pela tutela penal, acionando como mecanismo de defesa o orgu-

lho étnico do grupo discriminador, num círculo vicioso que retroalimenta a fonte do preconceito.

VI. Conclusão

Pelo exposto, promovo o **arquivamento** da representação criminal. Por ser o arquivamento fundado em razões objetivas da conduta, considero desnecessária investigação para apuração da identidade dos autores das mensagens postadas via twitter, por @AmandaRegis e @Lucianfarah77. Remeta-se o procedimento à Egrégia 2ª Câmara de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República para homologação, cientificando os representantes na forma legal.

Florianópolis, 23 de maio de 2011

Marco Aurélio Dutra Aydos
Procurador da República

Arquivamento IPM 204-10

Otávio Augusto de Castro Bravo
Promotor de Justiça

Excelentíssimo Senhor Juiz-Auditor da 1ª Auditoria da

1ª Circunscrição Judiciária Militar

O Ministério Público Militar, por seu representante que subscreve a presente, vem respeitosamente a Vossa Excelência, nos autos do **Inquérito Policial Militar nº 204/10**, expor e requerer o que segue.

Trata-se de inquérito policial militar instaurado no 1º Esquadrão de Cavalaria Leve para apurar a subtração e posterior uso indevido do cartão bancário do Soldado Bruno da Silva de Jesus, ocorridos no dia 28 de junho de 2010.

As investigações realizadas no curso da fase inquisitorial demonstraram que o responsável pela subtração e pela utilização do cartão fora o Soldado Marcos Henrique Ávila dos Santos, que teria retirado a quantia total de R$ 900,00 da conta do lesado.

Tendo em vista as declarações do Soldado Bruno da Silva de Jesus, no sentido de que acertara com o indiciado a reparação do dano, e com vistas a garantir a solução mais adequada à vítima, de acordo com os novíssimos pressupostos de *justiça restaurativa* que devem orientar o direito penal moderno, o subscritor exarou a promoção de fl. 40. Na oportunidade, deixou quase explícito seu intuito de orientar – e, mais do que isso, incentivar – o

indiciado à reparação do dano, certamente muito mais benéfica ao lesado do que a mera imposição ao indiciado de uma sanção penal que em nada contribuiria à recuperação do prejuízo que sofrera.

A manifestação de fl. 40 foi comunicada ao indiciado, que, posteriormente, reparou o prejuízo causado ao lesado, conforme pode ser verificado através dos documentos de fls. 45 a 47.

A iniciativa do Ministério Público Militar, ao incentivar o indiciado à reparação do dano, buscou ir ao encontro dos mais basilares pressupostos da lógica *restaurativa* que vem orientando modificações jurisprudenciais e legislativas no universo jurídico-penal em todo o mundo, fazendo prevalecer o interesse imediato do ofendido sobre as decisões tradicionais da justiça penal, impondo penas que não levam a lugar algum e deixando de atender às necessidades prementes da vítima.

Como se sabe, a ideia de *justiça restaurativa* visa trazer à equação judicial os interesses do ofendido, que, em caso de infrações de menor ou médio potencial ofensivo, certamente tem muito mais interesse em ver reparado o prejuízo sofrido com a prática do delito do que em ver a pessoa que o lesou passando por um longo e custoso processo criminal, o qual, via de regra, levará a resultados meramente formais e de eficiência nenhuma. Vale registrar que um dos fundamentos que deu origem ao movimento da *justiça restaurativa* em todo o mundo foi a constatação de que, via de regra, o acusado que se via efetivamente processado criminalmente recusava-se a reparar o dano causado pela prática do delito do qual era acusado, em razão do receio de que tal reparação pudesse vir a ser interpretada como admissão de culpa.

Mais do que nunca, os ideais de justiça clamam pela aplicação dos postulados de intervenção mínima do direito penal e de reparação do dano, em homenagem aos interesses do ofendido e do agente a quem se mostra desnecessária a aplicação de sanção penal. Tais postulados nada mais são do que a tradução de mecanismos da *justiça restaurativa*.

Sobre a íntima relação entre a lógica *restaurativa* e o princípio da intervenção mínima do direito penal, registre-se o que diz Alison Morris, ao conceituar *justiça restaurativa* como

> *"uma reação à perceptível ineficiência e alto custo (humano e financeiro) dos procedimentos da justiça convencional e (...) ao fracasso desses sistemas convencionais em responsabilizar expressiva ou significativamente os infratores ou em atingir adequadamente as necessidades e interesses das vítimas" (Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa; in* Bastos, Márcio Thomas *et allii, Justiça restaurativa: coletânea de artigos,* ed. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil, 2005, p. 3*).*

Nesse processo, a figura do ofendido ganha contornos de protagonista, pois a *justiça restaurativa* visa, primordialmente, colocar os interesses da vítima em primeiro lugar. A esse respeito, diz Elmir Duclerc:

> *"O modelo que se propõe com a justiça restaurativa (...) busca resgatar a figura da vítima, não, certamente, como protagonista da pretensão de punição, pois isso seria o mesmo que retornar à vingança privada, mas como um ator que precisa ter voz ativa na resolução do conflito, e a atenção do estado no que se refere à cura efetiva de suas dores e traumas, o que não raro dispensará a punição do agressor" (Direito Processual Penal,* Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, ed. 2008, p. 222*; in Assimilação de preceitos restaurativos pela dogmática jurídica e o medo do novo: estagnação ou retrocesso?,* Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, nº 59, dez-jan de 2009, nota 13, p. 56*).*

Ainda nesse sentido, Damásio de Jesus lembra que, em trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, realizado no Rio de Janeiro entre 10 e 15 de agosto de 2003, Paul McCold e Ted Wachtel, respectivamente diretor de pesquisa e presidente do Instituto Internacional de Práticas Restaurativas (*International Institute for Restorative Practices* – IIRP), já lecionavam que a *justiça restaurativa* constitui

> *"uma nova maneira de abordar a justiça penal, que enfoca a reparação dos danos causados às pessoas e relacionamentos, ao invés de punir os transgressores",*

sendo seu postulado fundamental a ideia de que

> *"o crime causa danos às pessoas e a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível" (Justiça Restaurativa no Brasil; in* Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 819, 30.set.05, http://jus.uol.com.br/revista/texto/7359, acesso em 01.nov.10*)*.

A concepção de justiça restaurativa parte da ideia óbvia de que à vítima de infrações de pequeno ou médio potencial ofensivo interessa menos ver o agente criminoso cumprindo uma sanção penal que em nada contribui à diminuição dos prejuízos causados pelo delito do que em obter a efetiva reparação de tais prejuízos.

Ao encontro dessa obviedade, também parece inquestionável que à recuperação social do agente criminoso interessa mais que seja ele confrontado com a responsabilidade de reparar o dano causado do que se veja envolvido em um processo judicial que, em determinado momento, seja pelo formalismo em excesso, seja pela duração inadequada, perde todo o contato com a realidade do fato criminoso que lhe deu origem.

Em outras palavras: à vítima é melhor receber imediatamente o que lhe foi tirado; ao agente criminoso, é melhor reparar o prejuízo causado (assumindo, de imediato, a responsabilidade pelo erro cometido) do que, meses ou anos depois, perceber que nem se lembra porque está sendo processado.

Sobre o efeito da lógica *restaurativa* no agente criminoso, assevera Selma Pereira de Santana que

> *"o movimento em prol da justiça restaurativa (...) pondera que deve dar-se aos autores de delitos a oportunidade de responderem, perante suas vítimas, de forma significativa e de responsabilizarem-se pela reparação do dano que tenham causado",*

lembrando que

> *"a mera recepção de uma pena constitui um ato passivo, e não requer que [os autores de delitos] se conscientizem de suas responsabilidades" (A vitimodogmática: uma faceta da justiça*

restaurativa?, Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, nº 62, jun-jul de 2010 p. 57

Inequívoco, portanto, que a solução adotada no presente caso, através do incentivo dado ao indiciado à reparação do dano causado ao lesado, atende os pressupostos mais eficientes da *justiça restaurativa*. Caberia, apenas, indagar se tal medida vai ao encontro do compromisso da Justiça Militar com os valores de hierarquia e disciplina que servem de fundamento às Forças Armadas, a ponto de recomendar a ausência de propositura de ação penal na espécie.

A resposta, na hipótese presente, só pode ser positiva, especialmente a se considerar que o indiciado será (ou já foi) licenciado a bem da disciplina, conforme se pode concluir pela referência constante no item 3 de fl. 39. Além disso, vale registrar que o indiciado, ao ser inquirido no curso da fase inquisitorial, demonstrou arrependimento, conforme se verifica no termo de fls. 28 e 29 (v. fl. 29, parte final).

Sobre a presença de mecanismos expresso da *justiça restaurativa* na legislação penal militar, vale observar que a matéria encontra plena adequação à regra prevista no artigo 240, parágrafo 2º do Código Penal Militar, que permite a consideração da infração como disciplinar – o que, no caso, se mostra desnecessário, tendo em vista o licenciamento do indiciado – nas hipóteses em que haja reparação do dano antes da propositura da ação penal.

Diante de todo o exposto, é a presente para requerer o **arquivamento** do presente inquérito policial militar, em razão da reparação do prejuízo registrado às fls. 45 a 47, aplicando-se à hipótese a regra do artigo 240, parágrafo 2º do Código Penal Militar, inexistindo, por essa razão, justa causa ao oferecimento de denúncia. Além disso, requer o Ministério Público Militar que seja expedido ofício à autoridade militar de origem, reiterando a informação de que não há óbice legal ao licenciamento do indiciado, o que poderá ser feito – caso ainda não tenha ocorrido – imediatamente, através do ato administrativo adequado.

Rio de Janeiro, 3 de novembro de 2010.

Otávio Bravo
Promotor de Justiça
Ministério Público Militar