

Revista do
Ministério Público Militar

Brasília - DF
2017



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procuradora-Geral da República
Raquel Dodge

Procurador-Geral de Justiça Militar
Jaime de Cassio Miranda

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar
Roberto Coutinho

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM
José Garcia de Freitas Junior

Corregedor-Geral do MPM
Giovanni Rattacaso

Conselho Editorial

Helena Mercês Claret da Mota
Promotora de Justiça Militar – Coordenadora

Adriano Alves-Marreiros
Promotor de Justiça Militar

Claudio Martins
Promotor de Justiça Militar

Romana de Castro
Secretária



Revista do

Ministério Público Militar

Ano XLII - Número 27 - Novembro de 2017
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.mp.br>

Copyright © 2011. Todos os direitos autorais reservados.

Capa: Alessandra Duarte

Revisão: Romana de Castro

Revisão de texto em inglês: Paul Finch

Tiragem: 1.200 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 42, n. 27 (nov. 2017). – Brasília : Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Anual

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

ISSN 0103-6769

I - Brasil. Ministério Público Militar

Apresentação

Há quarenta e três anos, era publicada a primeira edição da Revista do MPM. Desde então, muito se procurou fazer para evoluir e inovar este papel informativo sobre o Direito Militar, o Direito Público e o Direito Internacional.

Nesta edição de número 27, houve uma novidade, a de trazer ao conhecimento do leitor seções que completam o brilhante trabalho desenvolvido pelos autores dos artigos científicos. Em “Aula magistral”, Janaina Paschoal nos apresenta a discussão em torno do tema “Crime organizado e sociedade moderna”. Na seção “Legislação Comentada”, o leitor poderá conferir a minuciosa exposição dos “Comentários à nova Lei contra o Tráfico de Pessoas”, de Vladimir Aras. Além disso, dois artigos de grande repercussão, “As ilusões da Corrupção”, de Deltan Dallagnol, publicado na Folha de S. Paulo; e “O mito do encarceramento em massa”, de Bruno Amorim Carpes, publicado no Estado de S. Paulo.

Como ocorre nas outras edições deste periódico, nesta serão apresentados artigos científicos inéditos de relevantes e atuais temas. O Ministro da Defesa, Raul Jungmann, abre a seção com um tema de extrema importância para a sociedade brasileira na atualidade, “A competência das Forças Armadas na Constituição Federal de 1988 e o seu papel na Segurança Interna”. Em seguida, Márcio Schlee Gomes leva o leitor a refletir sobre as atuais visões sobre “A força probatória dos indícios no processo penal”. O papel constitucional do CNMP foi o tema escolhido por Henrique da Rosa Ziesemer e Diego Roberto Barbiero. O acordo de leniência da Lei Anticorrupção, outro assunto muito discu-

tido na mídia nesses últimos meses, foi abordado detalhadamente por Alexandre Schneider. Sílvia Regina Becker Pinto nos traz à reflexão o garantismo penal no Brasil.

Relacionados ao Direito Militar, ainda temos notáveis artigos sobre greve de militares e anistia, de Fernando Miranda Teles; violência doméstica entre casais militares, de Helen Arantes; obediência hierárquica do militar, de Ronaldo Roth e Iremar Vasques; Lei de Organização Criminosa a crimes militares, de Vagner Costa; análise sócio-jurídica de Pantaleão e as visitadoras, de Luiz Felipe Carvalho; interpretações dos tribunais em relação à competência da Justiça Militar, de Luciano Gorrilhas e Cláudia Britto; processo administrativo disciplinar militar, de Antônio José da Silva Filho; e, inaugurando a seção “Iniciação científica”, o artigo do estagiário do MPM Raphael Mello, “A impossibilidade do ‘estelionato previdenciário’ omissivo”.

Agradecendo sempre a generosa acolhida dos leitores e a valiosa contribuição de nossos estimados autores, espero que continuemos a trilhar com excelência o caminho da difusão do conhecimento e com isso possamos vislumbrar um futuro mais consciente de nossa sociedade de hoje e do amanhã. Uma ótima leitura a todos!

Jaime de Cassio Miranda
Procurador-Geral de Justiça Militar

Apresenta-se a Revista do Ministério Público Militar, agora em sua 27ª edição. Por deliberação do Conselho Editorial, ao mesmo tempo em que houve chamada de artigos por edital público, foram convidados doutrinadores e Membros do Ministério Público brasileiro a compartilhar suas preocupações e estudos com os leitores da revista.

O resultado, como bem destaca o Exmo. Procurador-Geral da Justiça Militar na apresentação, foi profícuo. A diversidade é a característica marcante da presente edição, tanto de temas quanto de autores.

A amplitude de temas abordados, por óbvio, não suprime da Revista a necessária unidade editorial, fundada na relevância das atribuições do Ministério Público e na atualidade dos temas que enfrenta no cumprimento de sua missão institucional.

Diplomas legais recentes, como a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, aprovada em pacote de medidas emergenciais pelo Congresso Nacional como resposta a amplas manifestações da sociedade, definindo e criminalizando a organização criminosa e os meios de investigação, deram ao Ministério Público instrumentos de atuação capazes até mesmo de influenciar a atuação dos agentes políticos. Hoje, o combate à corrupção, política estratégica inerente a todo Ministério Público, passa pelo enfrentamento às organizações criminosas. O tema é enfrentado na presente edição em roteiro de aula, subvertendo a forma de artigo científico, e em estudo de aproximação daquele estatuto legal com os crimes militares.

Como reflexo do momento atual, deu-se destaque especial ao direito penal, braço forte do Estado e área de atuação do Ministério Público que mais tem repercutido na sociedade, por convicção de que, numa democracia, sob regras rígidas, cumpre um importante papel transformador.

Num ano em que se viu o efeito devastador da paralisação de policiais militares, nulificando o direitos dos cidadãos à segurança pública, com aumento significativo de índices de crimes, principalmente de homicídios, é imprescindível a discussão dos projetos de lei de anistia que tramitam no Congresso Nacional e sua confrontação com princípios constitucionais, tema abordado em artigo científico que ora se publica.

Sente-se a ausência de artigos que discutam o direito internacional humanitário, ou direito internacional dos conflitos armados, tema intrinsecamente vinculado à atuação das Forças Armadas e do Ministério Público Militar, registro que se faz aqui como estímulo e sugestões aos autores para edições futuras.

A despeito dessa ausência, a revista que se apresenta enfrenta temas contemporâneos que preocupam e demandam reflexão a todos que atuam na defesa da ordem jurídica e do estado democrático de direito. Que a leitura seja proveitosa.

Conselho Editorial

S umário

1 Aula magistral

- **Crimes organizados e sociedade moderna**
Janaina Conceição Paschoal **XX**

2 Legislação comentada

- **Comentários à nova Lei contra o Tráfico de Pessoas**
Vladimir Aras **XX**

3 Artigos inéditos

- **A Competência das Forças Armadas na Constituição Federal de 1988 e o seu papel na Segurança Interna**
Raul Jungmann **XX**
- **A força probatória dos indícios no processo penal**
Márcio Schlee Gomes **XX**
- **O papel constitucional do Conselho Nacional do Ministério Público e a necessidade de ampliação do diálogo interinstitucional para o fortalecimento da federação**
Henrique da Rosa Ziesemer; Diego Roberto Barbiero **XX**

- **Atuação do Ministério Público no acordo de leniência da Lei Anticorrupção** XX
Alexandre Schneider
- **Reflexões sobre um garantismo penal brasileiro e desumano** XX
Silvia Regina Becker Pinto
- **Greve de militares, anistia e diálogos constitucionais** XX
Fernando Hugo Miranda Teles
- **Violência doméstica entre casais militares e a aplicação da Lei Maria da Penha pela Justiça Militar** XX
Helen Fabricio Arantes
- **Ordem ilegal deve ser cumprida?: a obediência hierárquica do militar** XX
Ronaldo João Roth; Iremar Aparecido da Silva Vasques
- **Aplicabilidade da Lei de Organização Criminosa aos crimes militares** XX
Vagner Magalhães Costa
- **Pantaleão e as visitadoras: análise sócio-jurídico do livro de Mário Vargas Llosa** XX
Luiz Felipe Carvalho Silva
- **A insegurança jurídica gerada pelas diversidades de interpretações dadas pelos tribunais em relação à competência da Justiça Militar. Uma abordagem interdisciplinar** XX
Luciano Moreira Gorrilhas; Cláudia Aguiar Britto
- **Processo administrativo disciplinar militar (e as causas que o anulam)** XX
Antonio José da Silva Filho

4 Artigos de grande repercussão

- **As ilusões da corrupção**
Deltan Dallagnol **XX**
- **O mito do encarceramento em massa**
Bruno Amorim Carpes **XX**

5 Iniciação científica

- **A impossibilidade do “estelionato previdenciário” omissivo**
Raphael Mello **XX**





1

Aula Magistral



rimes organizados e sociedade moderna

Janaina Conceição Paschoal
Professora Livre Docente de Direito Penal na USP
Advogada

Aula ministrada durante o concurso ao cargo de Titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no Salão Nobre da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em 15 de Setembro de 2017.

- 1) Por que escolher o tema Crimes Organizados e Sociedade Moderna. A legislação brasileira?
- 2) Por se tratar, salvo melhor juízo, do mais carente de análise entre os 20 temas disponibilizados no edital. Por se tratar, infelizmente, do tema mais afeto à realidade brasileira;
- 3) Certamente, aula referente a esse assunto não se revela simples, pois é impossível abarcar todas as peculiaridades da temática. Mas um concurso a titular, em plena sociedade do risco como definida por **BECK**; e na

era líquida, bem apreendida por **BAUMAN**, necessariamente implica correr perigos;

4) Desse modo, esclareço que as referências que farei não serão como argumento de autoridade, mas apenas com o intuito de transmitir meu próprio pensamento acerca do assunto dado. O fato de, eventualmente, mencionar um pensador e não outro, decorrerá da exiguidade do tempo e não de qualquer superioridade entre uns e outros, até porque entendo que todas as colaborações são válidas e valiosas;

5) Já no Código Penal de 1890, o primeiro da República, no artigo 119, encontrava-se o delito de ajuntamento ilícito, que se manteve na Consolidação das Leis Penais de 32;

6) No Código Penal de 40, criou-se a figura da quadrilha ou bando, no artigo 288, recentemente alterado para prever a chamada associação para o crime e o crime de milícia;

7) Ao lado de vários doutrinadores, **GALDINO SIQUEIRA** vislumbrava na antiga figura do ajuntamento ilícito a semente para o também já antigo crime de quadrilha;

8) **NELSON HUNGRIA**, no entanto, alertava acerca das diferenças entre a novel figura da quadrilha e o já existente ajuntamento ilícito. A seu ver a figura da quadrilha decorria da influência do Código Penal italiano, que previa a “*associazione per delinquere*”, exigindo a estabilidade na prática de ilícitos. **HUNGRIA** asseverava ainda que o ajuntamento ilícito estava muito mais próximo do crime de sedição, previsto no Código Criminal do Império;

9) Quando, no plano do ser, a Sociologia, e por conseguinte a Criminologia, começa a descrever o funcionamento das máfias na Itália, nos Estados Uni-

dos, no Japão e na China, mais proximamente na Rússia, nasce a figura da criminalidade organizada;

10) É no campo da Criminologia que se travam as discussões para definir, afinal, quais os requisitos essenciais para afirmar que um grupo unido com certa estabilidade ultrapassa os contornos de uma quadrilha para ser identificado como crime organizado;

11) Nessa busca, sempre será referência **PABLOS DE MOLINA**, com seu *Asociaciones Ilicitas en elCodigo Penal*, (1978);

12) Fôssemos discutir os muitos critérios propostos pelos muitos autores, careceríamos de, no mínimo, mais 4 horas (estabilidade, estrutura organizada, fungibilidade, corrupção, lavagem de dinheiro, dentre tantos outros, não necessariamente nesta ordem). Porém, ousou afirmar que de todos os critérios o mais determinante é o referente à cooptação de agentes do Estado;

13) Afirmando, sem medo de errar, que não existe crime organizado (de massa: tráfico de drogas, exploração da prostituição e em especial de menores) sem a cooptação da polícia, seja por ter sido corrompida; seja trazendo-se estes funcionários públicos para o centro da organização (porque há diferenças);

14) Digo, igualmente sem medo de errar, que não existe crime organizado na chamada criminalidade econômica, sem a cooptação de altos agentes públicos, nos Poderes Executivo, Legislativo e, tristemente eu digo, nos altos escalões do Poder Judiciário, com a anuência de advogados que traem a missão mais nobre em uma Democracia, que constitui defender o indivíduo das iras do Estado;

15) Daí que, desde logo, assevero, que mais efetivo que punir o delito de organização criminosa em si, resta prevenir e, quando a prevenção não é suficiente, punir a corrupção;

16) Nesta oportunidade, faço minhas as palavras de **DE LA CUESTA**, em seu magnífico texto *Corrupção e Justiça*, no qual aponta que, diante de uma corrupção sistêmica, nenhum direito fundamental pode ser concretizado, fazendo-se necessário, sem abrir mão de um Direito Penal garantista, enfrentá-la, seja punindo (quando cabível), seja afastando os indivíduos da vida pública, quando os fatos ainda não são suficientes para a condenação criminal, mas já não podem ser negados;

17) E de maneira muito original, **DE LA CUESTA** defende a transparência e a mais absoluta liberdade de imprensa, ainda que com isso se possa mitigar a privacidade e a honra dos possíveis envolvidos;

18) A corrupção sistêmica é, a um só tempo, causa e efeito da criminalidade organizada, como bem reconhece **WERNER**;

19) Dentre os muitos autores que identificam crime organizado com corrupção, podemos destacar **SILVA SANCHEZ**, **CLÁUDIA SANTOS** e a saudosa **ADA PELLEGRINI GRINOVER**;

20) No âmbito internacional, já se vem reconhecendo a corrupção sistêmica como um atentado aos direitos fundamentais. São evidências disso a própria Convenção de Palermo, centrada no crime organizado transnacional; a Convenção das Nações Unidas contra a corrupção; e o Plano da OEA contra a corrupção;

21) Como antes dito, além de identificar a corrupção como inerente ao crime organizado, a Criminologia também demonstrou ser a lavagem de dinheiro um grande instrumento para existência desses muitos grupos;

22) No Brasil, a criminalização da lavagem de dinheiro já ocorreu no que se convencionou chamar de 2ª geração, pois somente se admitia a lavagem quando o dinheiro era decorrente de um rol fechado de crimes (Lei 9.613/98);

23) Dentre os crimes desse rol, estava justamente o crime organizado, gerando enorme celeuma em torno de ser, ou não, possível punir alguém por lavagem decorrente de crime organizado, sem uma definição legal do que seria tal ente;

24) É bem verdade que, em 95, foi publicada a Lei 9.034; que previa técnicas de investigação no âmbito da criminalidade organizada, sem defini-la, entretanto;

25) E em 2001, referida lei foi alterada, definindo-se crime organizado, mas não para fins de punição e sim para possibilitar o julgamento por colegiado, preservando-se os julgadores (Lei 10.217);

26) Algumas decisões condenatórias por lavagem adotaram a definição da Convenção de Palermo, em uma interpretação perigosa, pois, como bem alerta **VITTORIO MANES**, ao debruçar-se sobre o terrorismo e a pornografia infantil, Tratados Internacionais podem até ser utilizados como meio de interpretação, mas não como método de analogia em prejuízo do imputado;

27) Situação estudada por **HELOÍSA ESTELLITA** em sede de doutoramento;

28) Esse, aliás, foi o posicionamento abraçado pelo Supremo Tribunal Federal;

29) É muito interessante notar que a própria criação do crime de organização criminosa, como um delito autônomo daqueles praticados pelo grupo e também completamente autônomo do delito de associação para o crime e das chamadas milícias, deu-se para possibilitar a punição da lavagem;

30) Ocorre que, em 2012, a Lei de Lavagem de dinheiro foi alterada, entrando o Brasil na chamada terceira geração, uma vez que se passa a punir a lavagem de valores decorrentes de quaisquer ilícitos;

31) Muito embora, para o fim a que se destinou, não fosse mais preciso tipificar o delito de crime organizado (ou organização criminosa), em 2013, foi promulgada a Lei 12.850, que considero uma verdadeira revolução no Direito Penal Brasileiro;

32) A lei é revolucionária, não só pela própria tipificação do crime de organização criminosa, mas pelas arrojadas técnicas de investigação e a própria quebra de paradigmas, com a possibilidade, inclusive, de concessão de total imunidade ao colaborador;

33) É bem verdade que a Lei de proteção às testemunhas, datada de 1999, já previa a possibilidade de perdão judicial ao colaborador. Também é verdade que a delação premiada, ou a colaboração premiada, já estava contemplada em muitos outros diplomas legislativos. Porém, haja vista o tratamento sistematizado, a Lei 12.850/13 inaugura uma nova era no sistema penal brasileiro;

34) Ao lado de **VICENTE GRECO FILHO**, eu entendia que nós não necessitávamos dessa tipificação; parecia-me mais prudente trabalhar com os contornos da Criminologia e lançar mão de técnicas especiais de investigação, quando a estabilidade ultrapassasse os limites da associação para o crime;

35) **PITOMBO**, com a anuência de **IVETTE SENISE**, penalista sempre à frente de seu tempo, propunha a criação de uma cláusula na Parte Geral do Código, como ocorre com a tentativa, ou com o concurso de agentes. Muito na linha do que **MIGUEL REALE JÚNIOR** chama de tipicidade na Parte Geral;

36) Eu tenho conhecimento, por exemplo, de que, no ordenamento jurídico italiano, não só há a tipificação do delito de crime organizado, como há a especialização referente àquelas organizações criminosas de cariz mafioso;

37) No entanto, penso que esse engessamento pode gerar injustiças para o mais e para o menos, seja por alcançar situações que não merecem ser alcançadas, ou mesmo por deixar de fora situações que mereceriam ser contempladas; **UNGARETTI**, **ZIEGLER** e **ANABELA RODRIGUES**, o próprio **VICENTE GRECO FILHO** e **SCARANCA FERNANDES** já alertavam para as dificuldades em estabelecer uma definição;

38) Destaque-se que a definição legal de organização criminosa findou sendo eminentemente formal, baseada no número de pessoas (ao menos 4) e na pena máxima prevista para as infrações praticadas ou visadas (ao menos 4 anos), ou pelo carácter de transnacionalidade;

39) Haja vista uma tipificação eminentemente formal, fácil perceber que grupos que, sob o ponto de vista criminológico, sequer poderiam ser tomados como associação criminosa passarão a ser tratados como organização criminosa;

40) Nessa oportunidade, recorro novamente aos ensinamentos de **VITTORIO MANES**, que bem mostra não ser possível confundir os conceitos oriundos da sociologia, acresço, da Criminologia, com aqueles positivados. Assiste razão a **MANES**, no que tange a uma confusão para fins de alargamento; entretanto, minha proposta é que recorramos à Criminologia com o fim de restringir o novo tipo;

41) Aliás, **FIGUEIREDO DIAS** e **JOÃO DAVIN** bem apontam que o conceito de crime organizado pertence à Criminologia, sendo impossível coincidir com o Direito posto. Nada obstante, por dever de transparência, devo dizer que **DAVIN** sempre defendeu a positivação;

42) Esse mesmo sentir norteou minhas críticas à recente tipificação do terrorismo, mediante a lei 13.260/2016. Entendo, firmemente, que há fenômenos que são ricos demais para serem cristalizados em uma norma;

43) No entanto, como procurei explicitar, quando de minha defesa, não pode o penalista se limitar a criticar as leis, deve também, na esteira dos ensinamentos de **ALEXY**, de **KONRAD HESSE**, **PETER HABERLE** e mesmo de **DWORKIN**, realizar um esforço para empreender seu salvamento;;

44) Desse modo, tomando cuidado para não trabalhar mais com a letra da norma do que com o espírito da norma, que nem sempre coincidem, como bem apreendeu **BRANDÃO** em texto sobre o Cristianismo, sugiro recorrer à Criminologia, para fins de restringir o novo tipo;

45) Imperioso reconhecer que a Lei 12.850/13 constitui um instrumento precioso no enfrentamento aos crimes organizados, sem permitir, entretanto, que se a separe do Direito Penal do fato;

46) Em outras palavras, apesar de o relativamente novo crime de organização criminosa ter sido definido de maneira mais restritiva e, portanto, garantista quando comparado com a Convenção de Palermo, para distinguir o que seja uma associação para o crime e uma organização criminosa, devem-se perscrutar os muitos lineamentos da Criminologia e não apenas os requisitos formais positivados. **RÉGIS PRADO** enfrenta a tarefa dessa diferenciação;

47) Não podemos, por melhores que sejam os objetivos, correr o risco de utilizar esse precioso instrumento como meio de perseguição de inimigos, na perspectiva **JAKOBIANA**;

48) Aliás, nesta oportunidade, abro um parêntese para lembrar que **ZAFFARONI**, a revelia da maioria, reconhece em **JAKOBS** uma finalidade ga-

rantística, até mesmo ao criar a figura do inimigo. Ao ver de **ZAFFARONI**, a criação **JAKOBIANA** deveu-se ao nobre objetivo de preservar o Direito Penal de ser completamente contaminado pelo que deve ficar restrito ao excepcional;

49) Tenha **JAKOBS** acertado ou errado, vaticinado ou sustentado, entendo que a única maneira de conciliar o delito de organização criminosa (falo aqui da figura positivada) com o Estado Democrático de Direito é olhá-lo como um crime de perigo concreto;

50) Com isso afasta-se a possibilidade de punir atos preparatórios e de transformar conjecturas, até mesmo frases, em delito de alta reprovabilidade;

51) A esse respeito, destaco que muito embora, no Brasil, o estudo do crime organizado venha divorciado do terrorismo, internacionalmente, já são vistos como parte de um mesmo fenômeno. Afinal de contas a ideologia que move a organização pode muito bem ser o dinheiro. **FRANK MADSEN** trata bem disso. Igualmente, **PAULA ANDREA RAMIREZ BARBOSA**, ao dissertar sobre as Farcs, na Colômbia, ao lado de **CANCIO MELIÁ**. No Brasil, **THAUMATURGO VERGUEIRO**. Em Portugal, **SARDINHA**; na Espanha, **VICENTE GARRIDO**;

52) Ainda com o intuito de vislumbrar e concretizar o espírito da lei que tipificou a organização criminosa, imperioso recordar as lições da nossa querida **ESTHER DE FIGUEIREDO FERRAZ**, que, ao tratar da codelinquência (ou do concurso de agentes), busca bem estabelecer que a responsabilização, quando justificada, deve ocorrer na medida da culpabilidade de cada qual;

53) Idêntico esforço empreendeu **NILO BATISTA**;

54) A esse mister, resta muito importante a tese de doutoramento de **GLÁUCIO ROBERTO DE ARAÚJO**, que buscou estabelecer critérios para definir quando alguém haveria de ser tomado como autor ou apenas partícipe do crime de organização criminosa;

55) Tendo integrado sua banca, chamei a atenção para a necessidade de apontar os casos em que o indivíduo é apenas autor, ou partícipe do crime que, em certa medida, seria fomentado pela organização criminosa;

56) Com efeito, em termos de definição da culpabilidade, pode-se vislumbrar um verdadeiro leque: Partícipe no crime praticado; autor do crime praticado; autor do crime de associação para o crime (artigo 288 do Código Penal); partícipe ou autor no crime de organização criminosa; sem desconsiderar a hipótese mais grave de aplicar-se o concurso material;

57) Um de meus orientandos está desenvolvendo seu mestrado para provar que uma determinada facção que domina presídios seria uma organização criminosa, nos moldes definidos por lei. Um dos argumentos que desposa é a dominação que tal facção exerce sobre os demais detentos, obrigados a se submeter;

58) A fim de testar os critérios adotados, indaguei, mas esse sujeito submetido à facção, que você considera uma organização criminosa, poderia ser, a um só tempo, membro da organização e vítima dela, você o denunciaria?

59) A honestidade dos critérios é muito relevante;

60) Cansei de ler decisões judiciais em que a “mula”, visivelmente vítima de tráfico de seres humanos, foi considerada pessoa de reprovabilidade diferenciada, por levar a droga no interior de seu corpo;

61) Com todo respeito, resta impossível ser, a um só tempo, vítima e autor de uma mesma organização criminosa;

62) Ainda no que tange à e a autoria, importante falar na teoria do domínio do fato, que sempre foi a adotada no Brasil. Ouso dizer que os alunos de **CHAVES CAMARGO** foram alfabetizados com a teoria do domínio do fato, que é restritiva; por tal teoria, só pode ser considerado autor quem tem o domínio do fato, podendo responder como partícipe quem induz, instiga e auxilia, sendo certo que a participação não persevera sem a autoria;

63) A teoria foi distorcida, à época do Julgamento do Mensalão, quando se alardeou que constituiria inovação com o fim de alcançar os líderes da organização criminosa que se estabeleceu no seio do poder. Os fatos que se sucederam bem mostraram que foram as organizações criminosas e não apenas uma;

64) Já, à época, quase isoladamente, apegando-me aos ensinamentos de **CLAUS ROXIN**, procurei demonstrar que as considerações que equivocadamente estavam sendo lançadas contra a teoria do domínio do fato tomavam-na como se fosse a teoria do domínio da organização;

65) Posteriormente à polêmica, **LUÍS GRECO**, discípulo de **ROXIN**, dissipou o conflito;

66) Muito embora **CLAUS ROXIN** seja apontado como o pai da teoria do domínio da organização, a bem da verdade, ele a sistematizou no âmbito penal;

67) Na verdade, a teoria do domínio da organização nasce no Tribunal de Nuremberg, quando, à revelia do princípio da legalidade e mesmo da vedação de Tribunais Ad Hoc, ousou-se responsabilizar os líderes pelos crimes do nazismo e não apenas os executores;

68) O Julgamento de Nuremberg, que para os penalistas ainda hoje causa polêmica, no âmbito do Direito Internacional, constituiu grande conquista;

69) Não vou aqui detalhar toda a discussão existente em torno das denominações Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal, bem delineada por **ANA ISABEL ROSA PAIS**, sob a orientação de **ANABELA RODRIGUES** e **PEDRO CAIEIRO**;

70) Fato é que a própria existência do Tribunal Penal Internacional e do Tratado de Roma somente tem sentido se admitir-se a teoria do domínio da organização;

71) No que concerne à teoria do domínio da organização, de maneira muito resumida, aponta-se que consiste em demonstrar que quem tem o domínio da organização criminosa passa a ter o domínio das ações criminosas, praticadas conforme as regras postas para seus dominados;

72) Muito embora se trate de teoria a ser aplicada com cautela, não se confunde com responsabilidade objetiva, ou qualquer outra figura do direito civil, pois o domínio do fato pelo domínio da organização precisa ser demonstrado, com esteio na realidade e não em presunções;

73) Ao lado dos cuidados referentes a verificação de um perigo concreto e dos estritos limites da culpabilidade de cada qual, importante lembrar que a paz pública não deve ser analisada de maneira completamente dissociada dos bens jurídicos por fim atingidos por uma dada organização criminosa;

74) Nesse sentido, possível e necessário diferenciar a lesividade de uma organização criminosa voltada para praticar furtos qualificados daquela concentrada no tráfico de seres humanos para fins de extração de órgãos, ou mesmo para o tráfico de órgãos em si;

75) Este tema, aliás, tráfico de seres humanos para a extração de órgãos pode ser pinçado como central à temática da criminalidade organizada na esfera internacional;

76) As máfias russas, como ensina **CÂNDIDA ALMEIDA** muito se dedicaram ao rapto de pessoas para fins de extração de seus órgãos para comercialização;

77) Importante lembrar ser o assunto também precioso para os estudiosos da Bioética, como **MARIA AUXILIADORA MINHAHIM** e **SILMARA JUNY CHINELATO** no Brasil, **MARIA PAULA DE FARIA**, em Portugal (com dissertação específica sobre a matéria). Sem contar **ROMEO CASABONA**, na Espanha;

78) Gostaria de ter tempo suficiente para destrinçar o novel delito de obstrução da justiça, trazido pela Lei 12.850/13, que muito me preocupa, mas como não terei, ousou apenas dizer que deve ser interpretado de maneira ainda mais restritiva que os demais, para não atingir o direito à ampla defesa e a própria atividade consultiva dos advogados, dentre outras ações neutras, seja nas atividades econômicas, seja nas políticas. **MARCOS ALEXANDRE COELHO ZILLI** já se mostrou sensível à problemática;

79) O tempo também me impede de aprofundar a análise dos institutos da colaboração premiada, da ação controlada e da infiltração. Bem como me embrenhar pela difícil discussão referente a separação entre o ilícito penal e o administrativo;

80) Muito rapidamente, consigno que a colaboração premiada é um instrumento que deve ser aplicado com cautela, não se confundindo com o *plea bargaining*, sendo certo que não vejo com bons olhos a adoção deste último no Brasil;

81) Tenho sérias objeções ao instrumento da infiltração, também em virtude dos riscos físicos e dos dilemas morais que podem ser impostos ao ser humano policial.

82) Reconheço que a criminalidade moderna (dos dias atuais) constitui um desafio. Como bem consigna **RENATO MELLO JORGE SILVEIRA**, talvez esse desafio implique reunir os ensinamentos de **SILVA SANCHES, JAKOBS, ROXIN E SCHUNEMAN**;

83) Esse desafio passa também por reconhecer um papel determinante para o comportamento omissivo. Não aquele comportamento omissivo derivado da desídia, cuja punição penal implicaria uma Ingerência Indevida;

84) Mas o comportamento omissivo decorrente da escolha deliberada, algo que até ultrapassa a cegueira. De tão deliberada se aproxima da ação e, por isso, há de receber relevância penal, na medida da culpabilidade;

85) Em seus recentes escritos, aliás, **RENATO SILVEIRA** pergunta se a expansão do Direito Penal diagnosticada por **SILVA SANCHEZ** seria necessariamente ruim;

86) Há alguns anos, eu responderia que sim. Hoje, a maturidade me faz responder que não. Não necessariamente. Essa expansão, desde que limitada pela culpabilidade e por todos os princípios que norteiam o Direito Penal mínimo, finda por se revelar um mal necessário;

87) Claro que corroboro os medos de **HASSEMER**, ao dizer que não se pode trocar liberdade por segurança;

88) Claro que temo o cenário de 1984, em certa medida descrito por **ROXIN**, em seu clássico direito penal do futuro;

89) Mas se há crime organizado de massa; se há jovens diuturnamente cooptados pelo e para o crime; é também por haver crime organizado econômico, não só no âmbito das empresas, mas sobretudo no campo político e até no Ministério Público e no Poder Judiciário. Nos piores casos, comunicam-se estas muitas células;

90) Daí a pertinência de este tema ter o título CrimeS OrganizadoS e não simplesmente crime organizado;

91) Quando se criou a Lei 12.850/13, os políticos pensaram no tráfico de drogas, não imaginavam que a lei também se aplicaria a eles;

92) Muitos magistrados, ao concretizarem a norma, entusiasticamente, não pensaram que também seus conluíus muitas vezes selados com homens de poder poderiam ser alcançados;

93) Esse longo alcance significa um indevido alargamento do Direito Penal? Não, esse alcance mostra até onde chegou o crime;

94) Os sagrados princípios informadores do Direito Penal devem ser preservados. O Direito Penal Mínimo deve ser preservado. Mínimo, entretanto, não significa ausente. É para os muitos crimes organizados que vêm sendo descortinados que o Direito Penal existe;

95) Reconheço a importância das medidas não penais, como o desenvolvimento do *compliance* (que pode ter consequência penais);

96) Reconheço a importância das medidas patrimoniais e das sanções políticas e por improbidade administrativa, tão bem exploradas por **DE LA CUESTA**;

97) Mas não podemos fechar os olhos para o fato de o *compliance* ter-se transformado em um produto, sendo evidente que grandes empresas, envolvidas nos maiores escândalos de corrupção e crime organizado, tinham também os melhores programas de *compliance*;

98) Igualmente, os fatos mostram que os agentes públicos, enquanto respondem a inquéritos e processos por desvio de dinheiro público, estão a desviar mais, para pagar multas e penas pecuniárias;

99) Nesse contexto, não só a intervenção penal resta cabível, como a prisão se revela necessária;

100) E digo mais, uma das maiores preocupações de **SÉRGIO SALOMÃO SHECAIRA** é também uma preocupação minha. A situação nos presídios! Se os poderosos, que merecerem por conta de seus próprios crimes, começarem a ser presos e ficarem presos, a qualidade das prisões fatalmente melhorará; como melhorariam os hospitais e escolas públicas, caso os políticos precisassem utilizá-los, como ocorre, por exemplo, no Canadá;

101) Voltando a **DE LA CUESTA**, ele destaca que países mais corruptos se sentem menos corruptos e os menos corruptos se reconhecem como corruptos e isso ocorre em razão da maior tolerância para com esses atos ilícitos tidos como normais (opacidade dos sistemas); o nosso sistema está deixando de ser opaco. Os muitos crimes organizados estão sendo descortinados;

102) Ao homenagear **KLAUS LUDERSEN**, **SHUNNEMAN** aduz ser necessário quebrar com a mentalidade setorial atual e analisar a pena, sob uma perspectiva jusfilosófica, dogmática, sociológica e literária; movimento similar ao de **FARIA COSTA**;

103) Empresto suas palavras para defender que esse olhar não setorial seja utilizado também para lidar com a criminalidade organizada, em suas multifacetadas manifestações. O verdadeiro penalista, hoje, precisa, inclusive, estudar informática, para entender a dinâmica dos dinheirinhos virtuais que, por escaparem dos muitos controles impostos em outros setores, possibilitam a lavagem de dinheiro na criminalidade organizada;

104) Somente esse olhar multidisciplinar permitirá alcançar apenas aqueles que merecem ser alcançados; até porque a dogmática divorciada da filosofia, como bem diagnosticou **MUNOZ CONDE**, ao revisitar a obra de **MEZGER**, pode justificar o nazismo. E o nazismo, lembrem-se, como também a Inquisição, pelo método, foram eminentemente científicos;

105) A esse respeito, lembro que o pai do garantismo, **FERRAJOLI**, chama atenção para a necessidade de o Estado, detentor do monopólio da punição, estar atento para as suas incumbências, sob pena de fortalecer a vingança privada;

106) Em seminário sobre segurança humana, na qual se compreende a segurança pública, hoje vista como um direito fundamental, conheci o criminólogo **STEPHAN PARLMENTIER**, um grande defensor dos direitos fundamentais, que não descuida da necessidade de enfrentar a criminalidade, sobretudo a organizada, para o fim de viabilizar os exercícios destes mesmos direitos. Nesse sentido, também se manifesta **LUCIANO OLIVEIRA**. E é sempre um exemplo o pequeno Grande **HÉLIO BICUDO!**

107) Em nenhuma hipótese, adota-se um discurso simbólico vazio, pois o centro é a medida da culpabilidade;

108) Assiste razão a **SCARANCE FERNANDES**, quando diz que é a busca do equilíbrio entre a necessidade de segurança e o respeito às garantias individuais que deve nos nortear;

109) Para punir a organização criminosa como delito autônomo e não apenas os delitos pela organização praticados, não se podem dilatar os parâmetros legais. Como dito, é, inclusive, desejável restringir esses mesmos parâmetros, buscando os requisitos elencados pela sociologia e pela criminologia. Não com o fim de garantir impunidade, mas com o intuito de, feito esse filtro, aplicar as devidas punições fundamentadamente. Sem que tal punição seja equivocadamente estigmatizada como direito penal simbólico.

110) Vejam vossas Excelências que esta é uma aula absolutamente coerente com a adoção de um Direito Penal Mínimo: 1) necessidade de atender aos estritos contornos legais do tipo de organização criminosa; 2) necessidade de restringir o tipo penal, buscando os requisitos delineados pela criminologia; 3) tomar o novo tipo como sendo de perigo concreto; interpretá-lo em consonância com os bens jurídicos lesados pela própria organização; 4) zelar para que cada um dos intervenientes responda nos estritos limites de sua culpabilidade; 5) reconhecer que sujeitos instrumentalizados podem ser vítimas da organização, levando esse fato em consideração, seja para absolver, seja para reduzir a pena; 6) permitir que o líder, uma vez demonstrado ter domínio do fato, por ter domínio da organização seja alcançado; 7) ultrapassados esses muitos filtros, prender, sobretudo os líderes, por se revelar proporcional a sua culpabilidade;

111) Excelências, independentemente do resultado deste concurso, gostaria que esta breve intervenção fosse recebida como um convite à reflexão e, quem sabe, à ação. Pois, se o Direito é a arte do Bom e do Justo, não é possível que sua realização esteja sempre devotada a um dos lados;

112) O verdadeiro Professor da Arte do Bom e do Justo não forma apenas cegos defensores. Pior ainda seria formar cegos acusadores. O verdadeiro Professor da Arte do Bom e do Justo forma pessoas que precisam ter o preparo e a capacidade de identificar as situações em que o instrumento mais pesado do Estado precisa ser manejado, porque todos os outros se provaram

insuficientes. Como já nos ensinava o grande Jurista, que era também um grande Filósofo **GUSTAVO RADBRUCH**. Sua vida e sua obra me inspiram nesta tarde!

113) Agradeço, imensamente, a atenção devotada e fico à disposição para quaisquer esclarecimentos que se julguem necessários.



2 Legislação comentada



omentários à nova Lei contra o Tráfico de Pessoas

Vladimir Aras

Membro do Ministério Público brasileiro desde 1993,
atualmente no cargo de Procurador Regional da República (MPF)

na 1ª Região

Professor de Processo Penal da UFBA

Professor de Especializações em Ciências Criminais na

UCSAL e no IDP

Mestre em Direito Público pela UFPE

MBA em Gestão Pública pela FGV

Ex-Secretário de Cooperação Internacional da PGR (2013-
2017)

Editor do Blog do Vlad

Objeto. Sancionada em outubro de 2016, a **Lei 13.344/2016** dispõe sobre a prevenção (art. 4º) e a repressão (art. 5º) ao tráfico interno e internacional de pessoas e prevê medidas de atenção às vítimas (art. 6º).

Eixos. Prevenção, repressão e atenção compõem os **três eixos estruturantes** da nova legislação. Eis, em 69 mil caracteres, **meus comentários** à Lei do Tráfico de Pessoas (LTP).

Nomenclatura. Embora o legislador não lhe tenha dado um nome oficial, o diploma brasileiro sobre tráfico humano de 2016 passou a ser conhecido como Lei do Tráfico de Pessoas (LTP).

No direito comparado. Nos países de língua inglesa, adota-se a designação *trafficking in persons* (TIP) ou *human trafficking*. Em espanhol, usa-se a expressão *trata de personas*. Em francês, costuma-se empregar *traite des êtres humains*.

Vigência. Conforme a regra prevista no art. 8º, §1º da Lei Complementar 95/1998, e considerando o prazo de *vacatio legis* de 45 dias previsto no seu art. 17, a LTP entrou em vigor em 21 de novembro de 2016.

Abrangência. A LTP alterou o Código Penal, o Código de Processo Penal e o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980¹). Também tem dispositivos autônomos, que subsistem em seu próprio corpo.

Política criminal global. A sanção da Lei 13.344/2016 responde à política criminal traçada pelas Nações Unidas contra a escravidão e o tráfico de seres humanos e que vem evoluindo desde o século passado, graças a iniciativas bilaterais e multilaterais. Especificamente a nova lei brasileira contribui para a implementação do segundo protocolo à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que trata do tráfico de pessoas.

O tráfico de pessoas para exploração não apenas sexual é objeto do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que foi promulgado no Brasil pelo Decreto 5.017/2004. Conhecido pela sigla TIP (*trafficking in persons*, em inglês), este crime é considerado grave nos termos da Convenção.

Evolução histórica do regime global de proibição do tráfico de pessoas. É bastante complexa a evolução do regime global de proibição do tráfico humano. Na perspectiva brasileira, podemos examinar a questão à luz das relações bilaterais entre Portugal e o Reino Unido há mais de duzentos anos. Houve três acordos entre os dois países no início do século XIX para a repressão do tráfico de escravos. O primeiro foi o Tratado de Aliança e Amizade, de 1810. Seu artigo X restringia o comércio de africanos às possessões portuguesas na costa da África. O segundo tratado foi assinado em 1815 durante o Congresso de Viena, para abolir o tráfico de escravos na costa africana ao norte da linha do Equador. O terceiro tratado, de 1817, regulava o direito de visita a embarcações suspeitas de praticar o tráfico negreiro e seu eventual apresamento.

¹ O Estatuto do Estrangeiro foi revogado pela Lei 13.445/2017, nova Lei de Migração, em vigor desde 21/11/2017.

Em seguida à independência do Brasil, veio a “Convenção entre o Senhor D. Pedro I Imperador do Brasil, e Jorge IV Rei da Grã-Bretanha, com o fim de pôr termo ao commercio de escravatura da Costa d’Africa, assignada no Rio de Janeiro em 23 de Novembro de 1826, e ratificada por parte do Brasil no mesmo dia, e anno, e pela da Grã-Bretanha a 28 de Fevereiro de 1827”. Em função disso, nos anos 1830, o tráfico de escravos passou a ser infração penal no Brasil como crime de pirataria.

Art. 1º – Acabados três anos depois da troca das ratificações do presente tratado, não será lícito aos súditos do império do Brasil fazer o comércio de escravos na costa d’África debaixo de qualquer pretexto, ou maneira qualquer que seja. E a continuação desse comércio, feito depois da dita época por qualquer pessoa súdita de sua majestade imperial, será considerado e tratado de pirataria.

Em novembro de 1831, a Regência sancionou uma lei para confirmar a proibição do tráfico. Conhecida como Lei Feijó, o diploma enquadrava os importadores de escravos no art. 179 do Código Criminal do Império, de 1830.

O artigo 2º da Lei Feijó assim dispunha:

Art. 2º Os importadores de escravos no Brazil incorrerão na pena corporal do artigo cento e setenta e nove do Codigo Criminal², imposta aos que reduzem á escravidão pessoas livres, e na multa de duzentos mil réis por cabeça de cada um dos escravos importados, além de pagarem as despesas da reexportação para qualquer parte da Africa; reexportação, que o Governo fará effectiva com a maior possível brevida-

² Dos crimes contra a liberdade individual

Art. 179. Reluzir á escravidão a pessoa livre, que se achar em posse da sua liberdade.

Penas - de prisão por tres a nove annos, e de multa correspondente á terça parte do tempo; nunca porém o tempo de prisão será menor, que o do captiveiro injusto, e mais uma terça parte.

de, contrastando com as autoridades africanas para lhes darem um asylo. Os infractores responderão cada um por si, e por todos.

A Lei Feijó — também conhecida como Lei para Inglês Ver — continha também uma disposição de direito premial, com previsão de recompensa para quem noticiasse o crime de tráfico (pirataria):

Art. 5º Todo aquelle, que der noticia, fornecer os meios de se apprehender qualquer numero de pessoas importadas como escravos, ou sem ter precedido denuncia ou mandado judicial, fizer qualquer apprehensão desta natureza, ou que perante o Juiz de Paz, ou qualquer autoridade local, der noticia do desembarque de pessoas livres, como escravos, por tal maneira que sejam apprehendidos, receberá da Fazenda Publica a quantia de trinta mil réis por pessoa apprehendida.

Como os crimes continuavam a ocorrer, e a reação do Estado brasileiro era escassa ou nenhuma, o Reino Unido adotou uma postura unilateral mais severa. Antes da metade do século, em 9 de agosto de 1845, aquela monarquia aprovou a *Bill Aberdeen*, conhecida como *Slave Trade Supression Act* (Lei para Eliminação do Tráfico de Escravos). De autoria do ministro George Hamilton-Gordon (Lorde Aberdeen), tal diploma britânico tinha como destinatário o Brasil e se baseava nos tratados firmados ao longo da primeira metade do século, que proibiam o tráfico de escravos no Atlântico Sul. A Marinha Britânica passou a ter autoridade para apresiar embarcações negreiras que se dirigiam ao Brasil, e os traficantes de escravos podiam ser julgados em cortes inglesas.

Como consequência dessa pressão britânica, uma nova “Lei para Inglês Ver” foi sancionada no Brasil: a Lei Eusébio de Queiroz. Segundo o art. 1º da Lei n. 581/1850:

As embarcações brasileiras encontradas em qualquer parte, e as estrangeiras encontradas nos portos,

enseadas, ancoradouros, ou mares territoriais do Brasil, tendo a seu bordo escravos, cuja importação é proibida [...], ou havendo-os desembarcado, serão apreendidas pelas Autoridades, ou pelos Navios de guerra brasileiros, e consideradas importadoras de escravos. Aquelas que não tiverem escravos a bordo, nem os houverem proximamente desembarcado, porém que se encontrarem com os sinais de se empregarem no tráfico de escravos, serão igualmente apreendidas, e consideradas em tentativa de importação de escravos.³

Naquela ocasião, a tipificação da conduta de pirataria foi reforçada:

Art. 4º A importação de escravos no territorio do Imperio fica nelle considerada como pirataria, e será punida pelos seus Tribunaes com as penas declaradas no Artigo segundo da Lei de sete de Novembro de mil oitocentos trinta e hum. A tentativa e a complicitade serão punidas segundo as regras dos Artigos trinta e quatro e trinta e cinco do Codigo Criminal.

Consumada a abolição da escravidão em 1888, pela chamada Lei Áurea, o tráfico humano não foi eliminado no Brasil. Nem do mundo. Por isto, em julho de 1902, foi celebrada em Paris a “Convenção Internacional para a repressão do tráfico de mulheres brancas”. Os Estados Partes comprometeram-se a criminalizar tal conduta. A Convenção foi internalizada em 1904, mas somente pela Lei n. 2.992/1915 o Brasil tipificou o “lenocínio e o tráfico de mulheres”, mediante alteração dos arts. 266, 277 e 278 do Código Penal de 1890.

No plano externo, a sucessão de atos internacionais contra o tráfico humano engloba a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Brancas (Paris, 1910), a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças (Genebra, 1921), a Convenção

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM581.htm, Acesso em: 5 jun. 2017.

Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (Genebra, 1933), o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores (1947), e a Convenção e Protocolo Final para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio (1949).

Em 1959 (Decreto 46.981), foi internalizada a Convenção para a repressão do tráfico de pessoas e do lenocínio, concluída em Lake Success, Nova York, em 21 de março de 1950.

A série histórica compreende ainda a Convenção sobre Escravatura de 1926 emendada pelo Protocolo de 1953 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956, ambas promulgadas no Brasil pelo Decreto nº 58.563/1966.

Definição de tráfico de pessoas. Para os fins do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo (Decreto 5.017/2004), a expressão “tráfico de pessoas” abrange o “recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos”, nos termos do art. 3º.

Mandado expresso de criminalização. Conforme o art. 5º do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, os Estados Partes obrigam-se a criminalizar o tráfico humano e a prever punições para o tráfico de pessoas doloso, a forma tentada do tráfico humano e para o concurso de agentes no tráfico humano, inclusive nos casos de autoria mediata.

Cumprimento parcial do regime global de proibição. Até a entrada em vigor da LTP em 21 de novembro de 2016, o Brasil não cumpria integralmente suas obrigações internacionais para a repressão de todas as

formas de tráfico humano. A criminalização se concentrava no gráfico humano para a exploração da prostituição e na adoção ilegal.

Antecedentes. O processo legislativo que resultou na Lei 13.344/2016 se iniciou no Senado Federal, como **Projeto de Lei do Senado 479**, de 2012, de autoria da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Tráfico Nacional e Internacional de Pessoas no Brasil. Na Câmara dos Deputados, o deputado Arnaldo Jordy, como relator, realizou três audiências públicas tendo apresentado substitutivo, que mereceu sugestões de ONGs e vários órgãos públicos, inclusive da Procuradoria-Geral da República.

Finalidades do tráfico humano. Segundo o art. 3º, a, do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. Tais finalidades ilícitas constam dos incisos do art. 149-A do CP.

Modalidades do tráfico humano no novo tipo penal. Várias modalidades de tráfico de pessoas foram inseridas no novo art. 149-A do CP, a saber: a) tráfico humano para exploração sexual; b) para fins de adoção ilegal; c) para remoção de órgãos ou tecidos; d) para servidão ou trabalho escravo.

Ocorrerá tráfico de pessoas quando o autor agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

- I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;
- II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;
- III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;
- IV - adoção ilegal; ou
- V - exploração sexual.

Pena privativa de liberdade. A pena passou a ser de reclusão de 4 a 8 anos e multa. Antes era de 3 a 8 anos no tráfico internacional de pessoas, e de 2 a 6 anos de reclusão para o tráfico interno. A pena passou a ser mais grave para ambos os crimes, em função do novo art. 149-A do CP.

Tráfico internacional de pessoas. Prevê a LTP o crime de tráfico internacional de pessoas, mas como causa especial de aumento de pena, para a situação de exportação de pessoa, e não mais como figura autônoma, como se dava durante a vigência do art. 231 do CP.

Efeitos da Lei de Migração (2017) sobre a Lei de Tráfico de Pessoas (2016). A LTP acrescentou três artigos ao Estatuto do Estrangeiro (EE). O art. 18-A concede residência permanente às vítimas de tráfico de pessoas no território nacional, independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial. O visto ou a residência permanentes podem ser concedidos, a título de reunião familiar. Já o art. 18-B determina que ato do Ministro da Justiça estabelecerá os procedimentos para concessão da residência permanente de que trata o art. 18-A. Por fim, o art. 42-A estabelece que o estrangeiro estará em situação regular no País enquanto tramitar pedido de regularização migratória. Contudo, o EE foi revogado pela Lei de Migração (Lei 13.445/2017) (LM), com vigência em 21 de novembro de 2017⁴. O art. 30, II, g, da LM, determina que a residência poderá ser autorizada, mediante registro a pessoa que tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória. No entanto, a nova lei de migrações não contém ressalva semelhante à do art. 18-A do EE, de que a autorização de residência será concedida à pessoa independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial⁵. Por outro lado, o art. 62 da LM serve também à prote-

⁴ Coincidentemente, a LM tem data de vigência exatamente um ano depois da LTP.

⁵ Felizmente, um dos princípios da LTP (art. 2º, VI) é a atenção integral às vítimas, diretas e indiretas (familiares, por exemplo), independentemente de colaboração em investigações ou processos judiciais, o que deve servir de preceito norteador dos temas migratórios, quando se trata de vítima de tráfico humano. Ou seja, apesar da revogação do art. 18-A do EE, as autoridades migratórias devem levar essa situação em conta, não podendo restringir ou dificultar ou condicionar a concessão de visto, temporário ou permanente, em troca de colaboração da vítima em investigações administrativas, criminais ou ações judiciais.

ção de vítimas estrangeiras de tráfico que estejam no Brasil, porque proíbe a repatriação, a deportação ou a expulsão de qualquer indivíduo quando subsistirem razões para acreditar que a medida poderá colocar em risco sua vida ou integridade pessoal. Neste contexto, vale lembrar que o art. 7º do Protocolo de Palermo estimula os Estados Partes a adotar medidas legislativas para permitir a vítimas de tráfico de pessoas que permaneçam em seu território a título temporário ou permanente.

Revogação de artigos do CP. Foram revogados pela LTP os arts. 231 e 231-A do CP, que tipificavam os delitos de tráfico internacional e tráfico interno de pessoas para fins de exploração sexual. Tal revogação, promovida pelo art. 16 da LTP, não representa *abolitio criminis*, porque as condutas anteriormente típicas passaram a ser cobertas por um novo tipo penal (149-A do CP), sem solução de continuidade, e agora com maior abrangência, para além da exploração sexual. Há assim incidência do princípio da continuidade normativo-típica.

O problema está em que agora, aparentemente, o consentimento válido da vítima exclui a tipicidade da conduta. Pode-se dizer, por isto, que a LTP teria descriminalizado o simples agenciamento de pessoas para a prostituição no exterior?

Segundo GUEIROS, a introdução das elementares abuso ou coação, descarta a hipótese de suposta abolição do crime nesta configuração. O autor remete-nos à primeira incriminação brasileira, decorrente da Lei n. 2.992/1915 e interpreta o “abuso”, na lei atual, como sendo similar ao abuso de “fraqueza ou miséria”, e a “coação” como sendo semelhante às coações “por causa de dívidas contraídas”.⁶

Novo tipo penal. Afastando-se do texto anterior da lei penal brasileira e sem adotar inteiramente a formulação presente no Protocolo Adicional à Convenção de Palermo (Decreto 5.017/2004), o art. 149-A do CP passa a exigir que as condutas de agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher uma vítima de tráfico sejam praticadas, **median-**

⁶ GUEIROS, A. *Tráfico de pessoas no direito brasileiro: A questão da abolitio criminis* com a nova definição legal.

te grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Tal exigência não estava presente no art. 231 do CP. Bastava que a vítima fosse levada para o exterior ou de lá trazida para fins de exploração sexual. A situação de vulnerabilidade podia ser presumida, a partir da pobreza ou da miséria ou da ignorância ou da pouca instrução da vítima, e o consentimento, deste modo, era irrelevante. O art. 3º, a, do Protocolo inclui ainda o emprego de engano ou ardil, o abuso de autoridade, o aproveitamento de situação de vulnerabilidade e a compra de consentimento, como *modus* de execução da conduta. A exploração da vulnerabilidade não aparece com clareza no art. 149-A do CP, mas se insere nos elementos “abuso” ou “coação”.

Comparação dos tipos revogados com o novo tipo penal. Examinemos as condutas previstas nos tipos revogados (arts. 231 e 231-A) à luz do novo art. 149-A:

- a) promover a entrada no território nacional de pessoa que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual (*caput* do art. 231): conduta abrangida pelo inciso V do art. 149-A;
- b) facilitar a entrada no território nacional de pessoa que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual (*caput* do art. 231): conduta abrangida pelo inciso V do art. 149-A;
- c) promover a saída do território nacional de pessoa que vá exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual no exterior (*caput* do art. 231): conduta abrangida pelo inciso V do art. 149-A, com o aumento de pena do §1º, inciso IV;
- d) facilitar a saída do território nacional de pessoa que vá exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual no exterior (*caput* do art. 231): conduta abrangida pelo inciso V do art. 149-A, com o aumento de pena do §1º, inciso IV;
- e) agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada (§1º, do art. 231): conduta abrangida pelo inciso V do art. 149-A;
- f) transportar, transferir ou alojar pessoa que sabe ter sido trafi-

cada (§1º, do art. 231): conduta abrangida pelo inciso V do art. 149-A.

g) promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício de prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 231-A do CP): condutas abrangidas pelo art. 149-A, inciso V, do CP.

Quanto ao tráfico de pessoas para exploração sexual, o §2º do art. 231 do CP previa aumento de pena de metade se:

- a) a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos: agora o aumento é de $\frac{1}{3}$ até a $\frac{1}{2}$, conforme o inciso II, do §1º do art. 149-A;
- b) a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tivesse o necessário discernimento para a prática do ato: agora o aumento é de $\frac{1}{3}$ até a $\frac{1}{2}$, conforme o inciso II, do §1º do art. 149-A ;
- c) o agente fosse ascendente, padrasto, madrasta, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se ele houvesse assumido, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância: salvo a última, circunstâncias abrangidas pelo inciso III, do §1º do art. 149-A;
- d) houvesse emprego de violência, grave ameaça ou fraude: eram causas de aumento, mas agora são modos de execução da forma básica do crime (*caput* do art. 149-A). A LTP introduziu também o abuso e a coação.

Verbos do núcleo do tipo. Conforme o art. 3º, a, do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, o crime de tráfico de pessoas deve punir as condutas de recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas. Tais verbos foram empregados pelo novo tipo do art. 149-A do CP.

Modos de execução. art. 3º, a, do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo estabelece que o tráfico humano ocorrerá quando tiver havido ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de autoridade, situação de vulnerabilidade ou entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma

pessoa que tenha autoridade sobre outra. O art. 149-A do CP abarca as situações de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso. Ficaram de fora o sequestro ou cárcere privado (“rpto” no texto convencional), a existência de situação de vulnerabilidade (que entra como “abuso” ou “coação” a depender do caso). A situação na qual o consentimento tiver sido obtido mediante paga ou promessa de pagamento a terceiro que tenha autoridade sobre a vítima equivale a compra de pessoa, conduta abarcada pelo *caput* do art. 149-A.

Consentimento da vítima. Conforme o art. 3º, b, do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, existirá vício de consentimento da vítima, se tiver havido ameaça ou uso da força ou outra forma de coação, se tiver existido rpto (sequestro), fraude, engano (ardil), abuso de autoridade, se houver situação de vulnerabilidade ou se tiver havido entrega ou aceitação de qualquer vantagem para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A LTP exige que o agente empregue grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso contra a vítima.

Consentimento da vítima menor de 18 anos. O art. 3º, c, do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo, considera viciado o consentimento sempre que a vítima de tráfico de pessoas for criança ou adolescente. Ou seja, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de um menor para fins de exploração serão considerados tráfico de pessoas mesmo que não tenha havido violência, ameaça, fraude ou abuso do poder parental ou do poder de autoridade para a obtenção do consentimento. Pelo art. 149-A, §1º, do CP, se a vítima é menor de 18 anos, a pena aumenta-se de um terço até metade

Crime tendo como vítima uma criança ou adolescente. Neste caso a violência, a coação ou o abuso são presumidos pela condição intrínseca de vulnerabilidade, sendo presente a *vis moralis*. Embora o art. 149-A, *caput*, do CP não dispense a necessidade de emprego pelo agente de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso contra a vítima, é certo que, à luz do art. 3º, c, do Protocolo de Palermo, o “recrutamento, o transpor-

te, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados ‘tráfico de pessoas’ mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos na alínea a” de tal artigo. Assim, se qualquer das condutas do *caput* do art. 149-A for cometida contra criança ou adolescente, o crime se consuma e incidirá a causa de aumento de pena no §1º, inciso II. Sendo a vítima um menor de 18 anos, a violência moral ou a coação ou o abuso se caracterizam *ipso facto*. Tal solução está em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) e com o art. 2º, VII, da LTP, que enuncia um dos princípios que regem a luta contra o tráfico humano no Brasil: “proteção integral da criança e do adolescente”.

Pena de multa. O art. 149-A do CP sempre manda aplicar a pena de multa ao autor do tráfico de pessoas. No art. 231, §3º, do CP (tráfico internacional), revogado, a pena de multa só era aplicável se o crime fosse cometido com o fim de obter vantagem econômica. No art. 231-A do CP (tráfico interno), também revogado, a multa já era cominada cumulativamente. Portanto, a punição se tornou mais rigorosa para o tráfico internacional, no tocante à multa.

Pena alternativa. O crime de tráfico de pessoas é considerado grave (pena máxima superior a quatro anos de prisão). A pena varia entre 4 e 8 anos na modalidade simples. Além disso, o crime é praticado com violência física ou moral contra a pessoa. Assim, não cabe pena alternativa (art. 44, I, do CP). Mesmo na forma privilegiada (art. 149-A, §2º, CP), quando a pena pode ser reduzida de um a dois terços, não caberá pena alternativa devido à existência de violência ou grave ameaça à pessoa. Tal violência é intrínseca às situações dos cinco incisos da figura típica.

Forma culposa do tráfico de pessoas. Não há. O crime é sempre punido a título de dolo.

Causas de aumento de pena. Segundo o §1º do art. 149-A, a pena de 4 a 8 anos pode ser aumentada de um terço (1/3) até a metade (1/2), se o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas fun-

ções ou a pretexto de exercê-las⁷; se o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência; se o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou se a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

Tráfico privilegiado. Foi previsto no §2º do art. 149-A do CP. A pena de 4 a 8 anos de reclusão é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa. A definição de organização criminosa é feita no art. 1º, §1º, da Lei 12.850/2013, sendo de se notar a diferença estrutural entre esse conceito e o previsto no art. 2º, letras ‘a’, ‘b’ e ‘c’, da Convenção de Palermo (Decreto 5.015/2004).

Saída da vítima do território nacional. Constitui causa especial de aumento de pena prevista agora no art. 149-A, §1º, inciso IV, do CP, a retirada da vítima do território nacional. Basta que a vítima deixe o território brasileiro, o espaço aéreo brasileiro ou o mar territorial brasileiro. Antes tal conduta era tipo autônomo do art. 231 do CP⁷ como tráfico internacional (no que diz respeito à exploração sexual), tendo sido revogado pela LTP.

Entrada da vítima no território nacional. Não configura tipo autônomo nem causa especial de aumento de pena. A imputação se dá pelo *caput* do art. 149-A do CP. Logo, o tráfico internacional de pessoas para o Brasil (“importação” de vítimas) é apenas menos severamente do que o tráfico internacional de pessoas para o exterior (“exportação” de vítimas), porque neste caso não incide a causa especial de aumento de pena, em função do princípio da legalidade penal estrita. Trata-se de evidente erro do legislador, pois o inciso IV do §1º do art. 149-A somente aumenta a pena quando ocorre a saída da vítima do território nacional.

Tráfico internacional de pessoas realizado inteiramente no exterior. Quando a jurisdição brasileira for apta a realizar a persecução de cri-

⁷ Em se tratando de funcionário público federal como autor, na situação descrita no dispositivo, a competência será da Justiça Federal *propter officium*, por força do art. 109, IV, da CF.

me praticado inteiramente no exterior – caso de eficácia extraterritorial da lei penal brasileira (art. 7º, CP) –, a incriminação do agente também se dará na forma do *caput* do art. 149-A do CP, sem a causa especial de aumento de pena do §1º, IV.

Novo bem jurídico tutelado. No crime de tráfico de pessoas para exploração sexual, o bem jurídico tutelado era a liberdade sexual. Agora, o bem jurídico protegido pelo artigo 149-A do CP é a liberdade individual.

Lex gravior e irretroatividade. Com a vigência do artigo 149-A do CP, a pena para os crimes de tráfico de pessoas passa a ser de 4 a 8 anos de reclusão e multa, maior portanto do que as previstas nos revogados arts. 231 e 231-A do CP. Assim, os agentes que tenham incorrido nos tipos penais revogados até a data da vigência da nova lei (21/11/2016) devem ser punidos com base nos preceitos secundários do art. 231 ou do art. 231-A do CP, isto é, com pena de 3 a 8 anos de reclusão ou com pena de 2 a 6 anos de reclusão e multa. A lei penal nova, se for mais grave, nunca retroage.

Coexistência com outras leis penais. Continuam em vigor as disposições da Lei 9.434/1997 (arts. 14 a 20), relativa à remoção, comércio e tráfico de tecidos e órgãos humanos; assim como o art. 239 do ECA⁸, sobre tráfico internacional de crianças; e os arts. 242 e 243 do CP, no tocante à adoção ilegal e ao registro civil fraudulento; ou com o art. 149 do CP, no que tange ao crime de redução a condição análoga à de escravo. Nesses casos haverá concurso de crimes, se, além da finalidade prevista pelo art. 149-A do CP, se consumarem as situações descritas nos outros tipos. O concurso material entre o crime do art. 239 do ECA e o do art. 149-A tende a provocar controvérsia, não só quanto à competência⁹, mas também com

⁸ Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro:

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

Parágrafo único. Se há emprego de violência, grave ameaça ou fraude:

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 8 (oito) anos, além da pena correspondente à violência.

⁹ ARAS, V. *Toma que o filho é teu: a quem compete julgar o crime do art. 239 do ECA?* Disponível em <https://vladimiraras.blog/2011/01/19/toma-que-o-filho->

relação à subsistência do art. 239-A ou à sua revogação tácita pelo art. 149-A, §1º, incisos II e IV, do CP.

Jurisdição. Como é óbvio, a LTP afirma a eficácia territorial e também prevê a eficácia extraterritorial da lei penal nacional, com base no critério de nacionalidade passiva, para determinar sua abrangência, no que concerne à delimitação da jurisdição do País sobre fatos que caracterizam o tráfico humano. O art. 1º da Lei especifica seu alcance a: a) crimes praticados no **território nacional** contra vítimas brasileiras ou estrangeiras; e b) crimes praticados contra **vítimas brasileiras no exterior**. Esta última regra é similar à do §3º do art. 7º do CP, mas é incompleta. Ademais, o referido artigo da LTP ignora a situação prevista no art. 7º, inciso II, letra 'a', do CP, que considera apta a jurisdição brasileira para crimes que, por tratado, o Brasil se obrigou a reprimir, ainda que cometidos no exterior. Ou seja, a eficácia da lei penal brasileira será extraterritorial em relação ao crime de tráfico de pessoas ainda que cometido contra vítima estrangeira ou apátrida. O Brasil também terá jurisdição extraterritorial quando o crime for cometido no exterior por brasileiro (nacionalidade ativa), independentemente da nacionalidade da vítima (art. 7º, II, b, CP). Note-se que um dos princípios da LTP (art. 2º, VI) é a atenção integral às vítimas, independentemente de nacionalidade. Dito isto, a regra mais ampla do art. 7º do CP prevalecem sobre as do art. 1º da LTP.

Ação penal. O novo crime previsto no art. 149-A do CP é de ação penal pública incondicionada. O Ministério Público Federal (no tráfico internacional) e o Ministério Público dos Estados ou do Distrito Federal e Territórios (no tráfico interno) devem agir de ofício.

Assistente de acusação. Como nos delitos de tráfico de pessoas há vítimas determinadas, estas ou seus representantes legais podem constituir-se em assistentes de acusação, tão-logo seja recebida a denúncia proposta pelo Ministério Público. Podem contratar advogado de sua preferência ou buscar atendimento na Defensoria Pública.

e-teu-a-quem-compete-julgar-o-crime-do-art-239-do-eca/. Acesso em: 10 set. 2017.

Investigação criminal. Cabe ao Ministério Público realizar a investigação criminal ou delegá-la à Polícia Judiciária, já que é do *Parquet* o controle externo da atividade policial, conforme à Constituição. Normalmente, nos crimes domésticos, a atribuição será da Polícia Civil. No entanto, nos casos de tráfico interestadual ou tráfico internacional, a atribuição será da Polícia Federal, a luz do art. 1º, inciso III, da Lei 10.446/2002.

Competência. Os crimes de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual, para adoção ilegal no exterior e remoção de órgãos ou tecidos, assim como o tráfico para servidão ou trabalho escravo são de competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, V, da CF, pois tais condutas transnacionais estão previstas em tratados de que o Brasil é parte, quais sejam a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, de 1982 (Decreto 99.710/1990), e seu Protocolo Facultativo de 2001 (Decreto 5.007/2004); a Convenção de Lake Success de 1949 (Decreto 46.981/1959) para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio; a Convenção contra a Escravidão (*Slavery Convention*), concluída em Genebra em 1926, emendada em 1953 e completada pela Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura de 1956 (Decreto 58.563/1966); e a Convenção de Palermo, de 2000 (Decreto 5.015/2004), e seus dois primeiros protocolos (Decretos 5.016 e 5.017/2004). Também será de competência federal o crime de tráfico humano praticado inteiramente no exterior e submetido a julgamento no Brasil, dado seu elemento de internacionalidade.

Já o tráfico humano puramente interno ou doméstico é em regra da competência da Justiça Estadual ou do Distrito Federal. Porém, se presentes os elementos do inciso IV (ofensa a bens, interesses ou serviços da União) ou IX (crimes cometidos a bordo de navios ou aviões), a competência será da Justiça Federal. Exemplo 1: crime cometido por funcionário público federal no exercício da função. Exemplo 2: tráfico humano interestadual com transporte da vítima por via aérea.

Por outro lado, também serão de competência federal os crimes de tráfico interno para submeter a vítima a trabalho em condições análogas à de escravo (art. 149-A, inciso II) e para submetê-la a qualquer tipo de

servidão (inciso III), pois nesses casos, havendo como conexão, a regra de competência será a que rege o art. 149 do CP (redução a condição análoga à de escravo). Para esse crime, o STF definiu a competência da Justiça Federal, como se vê no RE 398.041/PA, julgado em 2006:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO Á CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109, VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano. A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho. Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho. Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga a de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal (art. 109, VI da Constituição) para processá-lo e julgá-lo. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF, RE 398041, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 30/11/2006).

Trabalho escravo. O delito de redução de outrem a condução análoga à de escravo continua previsto no art. 149 do CP. Como esse crime é de competência da Justiça Federal (vide decisões do STF no RE 398.041/PA e do STJ),

o tráfico humano com essa finalidade também é da competência da Justiça Federal, pela incidência da Súmula 122 do STJ.

Federalização. Mesmo quando de competência da Justiça Estadual, certos crimes podem vir a ser julgados pela Justiça Federal, caso seja proposto pela Procuradoria-Geral da República um incidente de deslocamento de competência (IDC), na forma do art. 109, V-A, da Constituição. Tal transferência, que é decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, ocorre nos casos em que a Polícia ou o sistema de Justiça de um determinado Estado-federado não respondem adequadamente aos deveres de persecução e de prover justiça, quando diante de quadro de grave violação de direitos humanos em seu território.

Prescrição. Na sentença que proferiu em dezembro de 2016 no caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o delito de redução de alguém a condição análoga à de escravo e as infrações penais análogas à escravidão, num contexto de grave violação a direitos humanos são crimes contra a humanidade e, por isso, imprescritíveis segundo o *jus cogens*. Este é ainda um tema em aberto na jurisprudência do STF. Pela regra do art. 109 do Código Penal, a ação penal para persecução do crime do art. 149-A do CP prescreve em 12 anos ou 16 anos.

Suspensão condicional do processo. Como se trata de crime grave, de elevado potencial ofensivo, não cabe a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei 9.099/1995, benefício reservado a crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano.

Atuação da Polícia Federal. Conforme a Lei n. 10.446/2002, a Polícia Federal tem atribuição para apurar crimes de competência da Justiça Estadual que tenham dimensão interestadual. Segundo a opinião predominante, a só atuação do DPF numa investigação não atrai a competência da Justiça Federal para o julgamento. No contexto da luta contra o tráfico humano, deve-se ter em mira o art. 3º, I e o art. 4º, I, da LTP, que estipulam a diretriz de atuação conjunta e articulada das esferas de governo, inclusive no âmbito policial, e determinam a adoção de medidas

intersectoriais e integradas em várias áreas, inclusive segurança pública e justiça. Do mesmo modo, tenha-se em mira o art. 5º, incisos I e II, da Lei, segundo os quais a repressão ao tráfico humano se dará por meio de cooperação entre os órgãos de segurança e justiça nacionais e estrangeiros e da integração de políticas e ações de repressão e responsabilização.

Atuação da Polícia Rodoviária Federal. Por policiar as rodovias nacionais, muitas das quais servem de rota para o tráfico doméstico e internacional, a PRF exerce papel de grande relevância para a prevenção e a repressão desse crime, quando cometido por via terrestre, sendo diretriz da LTP a sua articulação com a PF.

Lavagem de dinheiro. Os crimes de tráfico de pessoas são praticados normalmente com objetivo de lucro. Assim, trata-se de crime produtor de ativos. Tais bens, direitos ou valores podem ser submetidos a procedimentos de ocultação ou dissimulação, característicos de lavagem de dinheiro. Assim, o crime do art. 149-A do CP pode ser tido como antecedente do delito de lavagem de capitais, no âmbito do art. 1º da Lei 9.613/1998. O Ministério Público pode optar por persecução penal em conjunto (crime de lavagem mais crime antecedente) ou separadamente, especialmente nas hipóteses em que o delito antecedente já houver sido submetido ao Poder Judiciário, antes da descoberta ou elucidação da lavagem de ativos.

Lei do crime organizado. Por disposição expressa do art. 9º da LTP, os meios especiais de obtenção de prova previstos na Lei 12.850/2013, ou Lei do Crime Organizado (LCO) podem ser empregados pelo Ministério Público e pela Polícia para a investigação de crimes de tráfico de seres humanos. Portanto, podem ser utilizados acordos de colaboração premiada, ações controladas, infiltrações policiais e escutas ambientais. Os órgãos de investigação podem também constituir forças-tarefas. O crime de associação em organização criminosa também tem relevância (art. 2º), sempre que quatro ou mais pessoas se reunirem, numa estrutura ordenada, para obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de tráfico humano. Haverá organizações transnacionais especializadas em tráfico de seres humanos, sujeitas a

competência federal, assim como organizações criminosas domésticas, sujeitas à Justiça estadual. O caso então será de concurso material de crimes.

Meios especiais de obtenção de prova. A LCO pode ser invocada para facultar o uso dos meios especiais de obtenção de prova (art. 3º) para a apuração do crime de tráfico internacional de pessoas, mesmo que não exista uma organização criminosa sob investigação. Basta, conforme o art. 1º, §2º, I, da LCO, que tenha ocorrido uma infração penal convencional (prevista em tratado ou convenção), de cunho transnacional, em modalidade tentada ou consumada. Os crimes de tráfico humano estão previstos em tratados dos quais o Brasil é parte.

Interceptação telefônica. Escutas telefônicas e telemáticas, reguladas pela Lei 9.926/1996, podem ser utilizadas como meio de obtenção de provas na investigação de tráfico de pessoas, já que o crime do art. 149-A do CP é punido com pena de reclusão.

Equipes conjuntas de investigação. Uma das novidades da LTP é a previsão das equipes conjuntas de investigação (ECI) como ferramenta de atuação do Ministério Público Federal e da Polícia Federal na luta contra o tráfico internacional de pessoas. As ECIs são modernas ferramentas de cooperação jurídica internacional, baseadas no princípio do reconhecimento mútuo. Apesar de, em boa hora, a Câmara dos Deputados ter acolhido sugestão apresentada pela PGR em 2015, para inclusão das ECIs no texto da LTP, infelizmente, o legislador não estabeleceu regramento mínimo para a constituição dessas forças-tarefas binacionais ou multilaterais. As ECIs podem ser criadas para a investigação de crimes graves de narcotráfico, outras formas de criminalidade organizada e corrupção, no marco das convenções da ONU de 1988 (Viena), Palermo (2000) e Mérida (2003), sempre que houver condutas transnacionais. Uma vez criada uma ECI, as provas colhidas pelo grupo de investigadores será considerada validada (legalizada) para todos os fins, inclusive para persecução criminal em juízo, independentemente de outras formalidades exigidas nas vias ordinárias de cooperação internacional. Ou seja, não será necessária a tramitação posterior por autoridades centrais. Como os crimes de tráfico

internacional de pessoas são de competência federal, as ECIs são constituídas por iniciativa do MPF e/ou da PF, mas nada impede que outros órgãos do MPU ou promotores de Justiça, ou outros órgãos policiais ou agências estatais sejam incluídas nessas forças-tarefas. As ECI são também conhecidas por sua sigla em inglês JITs, derivada da expressão *joint investigation teams*. A criação de uma ECI depende da formalização de acordos pela PGR ou pelo Ministério da Justiça ou por ambos, com suas contrapartes estrangeiras, ouvida sempre a autoridade central brasileira competente. No âmbito regional, o Acordo de Buenos Aires de 2010, ainda não ratificado pelo Brasil¹⁰, prevê a formação de ECIs.

Conforme se vê nas páginas 17 e 18 do relatório ao substitutivo apresentado pelo deputado federal Arnaldo Jordy foram apresentadas diversas sugestões, que sucintamente listou:

[...] adequação de alguns dispositivos modificados com a proposta do novo Código Penal, as regras de adoção devem constar da Lei n. 12.010/09, alguns tópicos referentes ao processo penal encontram-se superados pela nova Lei do marco civil da internet, as regras de proteção contra o tráfico humano não atingem os apátridas, desnecessidade de regras sobre extraterritorialidade, adequação das penas previstas nos diversos crimes, falta de proporcionalidade entre as penas, ausência de definição quanto ao abuso de autoridade e de vulnerável, falta de tipificação do crime de tráfico de imigrantes, necessidade de previsão da formação de equipes conjuntas de investigação, necessidade de previsão de bloqueio de bens traficantes de seres humanos, irrelevância do consentimento das vítimas na tipificação do tráfico humano, ressaltar as penas correspondentes à violência.

Aperfeiçoamento da LTP. Infelizmente, nem todas as propostas ofertadas durante as audiências públicas foram acolhidas pelo Legislativo. Muitas das sugestões feitas continuam validades necessárias, o que segura-

¹⁰ Em setembro de 2017, tramitava na Câmara dos Deputados.

mente exigirá emendas ao texto da LTP, para correção de inconsistências ou adição de soluções.

Medidas cautelares reais. Conforme o art. 8º de LTP, o juiz criminal, de ofício ou a requerimento do MP, ou mediante representação do delegado de Polícia, poderá decretar medidas assecuratórias relacionadas a bens, direitos ou valores pertencentes ao investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas (“laranjas” ou procuradores legítimos), que sejam instrumento, produto ou proveito do crime de tráfico de pessoas. O procedimento é o previsto no CPP para o arresto ou o sequestro de bens de origem lícita e ilícita, respectivamente. Tais ativos estão sujeitos a perdimento ao final da causa (art. 91 do CP). Antes disto, tais bens podem ser liberados mediante o comparecimento pessoal do acusado ou investigado ou da interposta pessoa, sem prejuízo de outras medidas de cautela patrimonial, sempre que demonstrada sua origem lícita. Todavia, pode ser mantida a constrição de bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos causados à vítima e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. As regras gerais do art. 91 do CP aplicam-se ao tráfico de pessoas. Tais medidas podem ser pleiteadas transnacionalmente, por meio de redes de cooperação ou por cooperação direta bilateral, para bloqueio cautelar urgente, e posterior formalização de pedidos de constrição patrimonial formal, a partir de rogatórias ou pedidos de *mutual legal assistance*.

Alienação antecipada de bens. O §1º do art. 8º da LTP permite ao juiz proceder à alienação antecipada de bens para preservação do seu valor sempre que estiverem sujeitos a qualquer grau de deterioração ou depreciação, ou quando houver dificuldade para sua manutenção. A alienação antecipada ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei 12.683/2012, quando reformada a Lei de Lavagem de Dinheiro.

Prisão preventiva. O autor de crime do art.149-A do CP é passível de prisão preventiva, se presentes os requisitos dos arts. 312 e 313 do CPP.

Prisão temporária. A prisão temporária está prevista na Lei 7.960/1989 e é cabível para os crimes listados em seu art. 1º, inciso III. O

tráfico de pessoas não está ali incluído. Porém, há o crime de quadrilha (art. 288 do CP), agora denominado associação criminosa. Se o tráfico humano for participado por uma quadrilha, a prisão temporária é possível.

Livramento condicional. O inciso V do art. 83 do CP recebeu nova redação em função da LTP. Doravante, para o livramento condicional, será necessário o cumprimento de mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, tortura, tráfico de drogas, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. O tráfico humano passou a integrar esse rol, o que lhe dá uma das características dos crimes hediondos ou daqueles a eles equiparados.

Sigilo. Os procedimentos administrativos, as investigações criminais e as ações penais sobre crimes de tráfico de pessoas são sigilosas para a proteção das vítimas e de seus familiares, na forma do art. 3º, VIII, da LTP. Ademais, os incisos IV e V do art. 6º da Lei estabelecem os direitos de preservação da intimidade, dignidade e da identidade das vítimas diretas e indiretas e a prevenção à revitimização “nos processos investigatórios e judiciais”.

Cooperação interna e internacional. Uma das diretrizes da LTP (art. 3º, VI) é o estímulo à cooperação internacional para o enfrentamento ao tráfico de pessoas. Conforme o art. 5º, I, da LTP, a repressão a tais delitos dar-se-á mediante articulação interna e cooperação internacional entre órgãos do sistema de justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensorias) e de segurança pública (Polícias e autoridades aduaneiras e migratórias) nacionais e estrangeiros. Também se dará a repressão na atuação transnacional mediante a constituição de equipes conjuntas de investigação (ECI), objeto do art. 5º, III, da LTP.

Informações criminais. Em consonância com o art. 10 do Protocolo à Convenção de Palermo (Decreto 5.017/2004), o art. 10 da LTP determina ao Poder Público criar sistema de informações para a coleta e a gestão de dados que orientem o enfrentamento ao tráfico de pessoas. Tais dados devem ser adequadamente gerenciados, com mecanismos de segu-

rança da informação, para que não haja devassa da identidade, intimidade ou imagem de vítimas do crime de tráfico de pessoas. Dados estatísticos e de antecedentes normalmente são controlados por órgãos de segurança pública e seu tratamento deve observar padrões mínimos de proteção, especialmente na coleta, no registro e na difusão de tais dados.

Atuação em áreas de fronteira. O art. 3º, V, da LTP estabelece a diretriz de fortalecimento da atuação estatal em áreas ou regiões de maior incidência do tráfico de pessoas, como as de fronteira, portos, aeroportos, rodovias, estações rodoviárias e ferroviárias. Esta regra harmoniza-se com o art. 11 do Protocolo à Convenção de Palermo (Decreto 5.017/2004), especialmente seus §§1º e 6º, que determinam aos Estados Partes reforçar, na medida do possível, “os controles fronteiriços necessários para prevenir e detectar o tráfico de pessoas”, e intensificar a cooperação entre os serviços de controle de fronteiras, “mediante, entre outros, o estabelecimento e a manutenção de canais de comunicação diretos”.

Extradição. Considerado sua pena e tendo em consta o disposto no art. 77, inciso IV, da Lei 6.815/1980¹¹ e no art. 16 da Convenção de Palermo, o delito do art. 149-A do CP é um crime extraditável. Na extradição passiva, a competência é do STF, ouvida a Procuradoria-Geral da República. Todas as formas de tráfico humano passaram a atender o princípio da tipicidade no Brasil. A extradição ativa pode ser requerida por juízes estaduais, distritais ou federais e por membros do Ministério Público Federal ou de qualquer das unidades federadas, com destino ao exterior. Havendo ou não tratado, a extradição é sempre requerida pela via diplomática ou por meio de autoridades centrais, sem prejuízo da tramitação de pedidos urgentes pelo canal Interpol. O princípio da reciprocidade é admitido pela lei brasileira para pedidos ativos e passivos de extradição.

Difusão vermelha. Pessoas foragidas podem ser localizadas e presas graças às difusões vermelhas, que são registros informáticos sobre a existência de um mandado de prisão contra determinada pessoa em um

¹¹ Substituído em 21/11/2017 pelo art. 82, IV, da Lei 13.445/2017.

dos Estados membros da Organização Internacional de Polícia Criminal. Em algumas jurisdições, mas não no Brasil, as *red notices* funcionam como mandados de captura. Tais difusões são inseridas no sistema informático da Interpol, quando há indícios de que investigados ou réus deixaram o território nacional rumo ao exterior, ou vice-versa. A inclusão é feita pela Organização Internacional de Polícia, em Lyon, por intermédio dos *National Central Bureaus* (NCB) da Interpol. No Brasil, esse papel cabe à Polícia Federal. Juízes, membros do MP e delegados de Polícia podem pedir a inclusão, desde que exista um mandado de prisão cautelar válido contra a pessoa foragida.

Difusão amarela. Pessoas desaparecidas, especialmente menores abduzidos (“sequestrados”), mas também vítimas de tráfico humano, podem ter seus nomes e dados qualificativos incluídos no sistema informático da Interpol, na modalidade difusão amarela, quando haja indícios de que podem ter deixado o território nacional rumo ao exterior. A inclusão é feita pela Organização Internacional de Polícia, em Lyon, por intermédio do *National Central Bureau* (NCB) da Interpol. No Brasil, esse papel cabe à Polícia Federal. Juízes, membros do MP e delegados de Polícia podem pedir a inclusão do registro da pessoa desaparecida.

Extraterritorialidade da lei penal brasileira. Segundo o art. 1º, a LTP aplica-se a crimes praticados no exterior contra vítima brasileira. A regra é desnecessária porque este tema é devidamente equacionado pelo art. 7º do CP, que prevê as hipóteses nas quais a lei penal nacional se aplica a crimes praticados no exterior. Além disso, infelizmente o referido artigo da LTP estabelece situação de proteção deficiente porque vítimas estrangeiras ou apátridas poderiam ficar desguarnecidas quando o autor do crime tivesse de ser processado no Brasil. Ademais, o art. 15 da Convenção de Palermo diz que os Estados Partes, entre outras hipóteses, devem ter jurisdição para a persecução de crimes praticados no exterior por seus cidadãos ou por uma pessoa apátrida que tenha residência habitual em seu território. Para evitar essa inconsistência normativa, a solução está na aplicação do art. 7º do CP, válido para qualquer crime cometido no exterior, independente-

mente da nacionalidade das vítimas, nas hipóteses em que a extraterritorialidade se baseia no princípio da justiça penal universal ou no princípio da nacionalidade ativa.

Nacionalidade da vítima. O art. 1º da LTP estabelece que a Lei dispõe “sobre o tráfico de pessoas cometido no território nacional contra vítima brasileira ou estrangeira”, olvidando das apátridas, e sobre os mesmos crimes quando cometidos “no exterior contra vítima brasileira”. Esta segunda parte do artigo é ainda mais equivocada porque pessoas de nacionalidade estrangeira podem ser vítimas de agentes brasileiros por crime de tráfico de pessoas no exterior. Se o autor do crime for brasileiro e retornar ao Brasil, não pode ser extraditado por proibição constitucional. Logo, essa pessoa deverá ser processada no Brasil por crime cometido no exterior, ainda que o seja contra vítima estrangeira. Sendo assim, o art. 1º da LTP, regra não garantista que veicula proteção deficiente, ofende o dever internacional de persecução que cabe ao Estado brasileiro por força do preceito *aut dedere aut iudicare* e devido à incidência da regra geral do art. 7º, inciso II, alíneas ‘a’ e ‘b’, do CP, que tratam do princípio da Justiça penal universal e do princípio da nacionalidade ativa. Tais normas estendem a jurisdição brasileira aos crimes que o art. 1º da LTP equivocadamente excluiu, isto é, também àqueles praticados no exterior contra vítima estrangeira ou mesmo apátrida. O art. 15.2.b da Convenção de Palermo também merece referência, pois recomenda que os Estados Partes afirmem sua jurisdição “quando a infração for cometida por um dos seus cidadãos”. De igual modo, o art. 15.3 e o art. 15.4 do tratado também são regras de extensão de jurisdição com as quais o art. 1º da LTP não se harmoniza. Como se não bastasse, a exclusão das vítimas estrangeiras ou apátridas do âmbito de proteção da Lei, para crimes extraterritoriais, ofende os princípios de não discriminação por motivo de nacionalidade e de atenção integral às vítimas, independentemente de nacionalidade, que estão presentes no art. 2º, IV e VI, da LTP. O equívoco da restrição legal constante do *caput* do art. 1º é ainda mais gritante quando se considera que a vítima estrangeira pode ser criança ou adolescente, pessoas que, conforme o art. 2º, VII, da própria LTP, merecem

proteção integral. A restrição da abrangência da lei às vítimas brasileiras no exterior só faz sentido no contexto da assistência consular, devida a estas (e não a qualquer vítima) na forma prevista no §2º do art. 6º da LTP.

Assistência consular. Cidadãos brasileiros no exterior gozam do direito à assistência consular, derivada do dever estatal de “proteção diplomática”¹² a seus súditos, atividade regulada pela Convenção de Viena sobre Relações Consulares, de 1963, promulgada pelo Decreto 61.078/1967. Seu art. 5º, alínea ‘e’, estabelece que uma das funções consulares é a de “prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia”. Essa assistência é prestada pelas representações consulares do Brasil no estrangeiro. Assim, vítimas brasileiras no exterior merecem assistência consular, ainda que estejam em situação migratória irregular. Tal assistência depende da nacionalidade e, no tráfico de pessoas, observa o disposto no §2º do art. 6º da LTP.

Residência permanente. Vítimas estrangeiras no Brasil podem buscar o direito de obter residência permanente. Esta é uma das três alterações promovidas pela LTP no Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980). Segundo o art. 18-A do EE, será concedida residência permanente às vítimas de tráfico de pessoas no território nacional, independentemente de sua situação migratória e de colaboração em procedimento administrativo, policial ou judicial. Isto significa que a regularização do *status* migratório da vítima não depende de prestar depoimento na investigação criminal ou no processo penal contra os autores do crime. Todavia, esse artigo foi revogado com a entrada em vigor da Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), que sucedeu o Estatuto do Estrangeiro, valendo invocar o direito previsto no art. 30, inciso II, aliena ‘g’, da legislação migratória.

Requisição direta de dados cadastrais e de viagens. Repetindo dispositivos já presentes na Lei de Lavagem de Dinheiro (artigo 17-B) – alterada pela Lei 12.683/2012 – e na Lei do Crime Organizado (art. 15 e 16 da Lei 12.850/2013), o art. 11 da LTP introduz novo art. 13-A no CPP

¹² Instituto que não se confunde com imunidade diplomática.

e também autoriza o Ministério Público e a Polícia Judiciária a requisitar diretamente aos detentores a entrega de dados e informações cadastrais sobre vítimas ou suspeitos de crime de tráfico de pessoas, sem necessidade de autorização judicial. Basta que haja um inquérito policial ou um procedimento de investigação criminal (PIC) em andamento para a expedição da requisição, que pode ser dirigida a companhias telefônicas, provedores de internet, empresas de transportes, instituições de ensino, órgãos públicos etc. A possibilidade de requisição direta aplica-se aos crimes de sequestro, redução a condição análoga à de escravo, tráfico de pessoas, extorsão qualificada e extorsão mediante sequestro, previstos no CP, e ao crime de tráfico de crianças, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. O destinatário da requisição deve atendê-la em 24 horas. Embora o texto legal do parágrafo único só se refira ao inquérito policial, é evidente, especialmente após a decisão do STF no RE 593.727/MG (pleno, rel. min. Gilmar Mendes, j. em 14/05//2015), sobre o poder de investigação criminal do Ministério Público, a norma também se aplica a promotores de justiça e a procuradores da República, conforme se vê no *caput* do art. 13-A. Assim, a requisição conterà a identificação da autoridade requisitante (promotor, procurador ou delegado), o número do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal (PIC)¹³ e a identificação da unidade policial ou da promotoria ou procuradoria responsável pela investigação criminal.

Requisição ou interceptação de sinais de GPS. O art. 11 da LTP também introduziu o art. 13-B no CPP, que regula a requisição e a interceptação de sinais para localização de vítimas e suspeitos do crime de tráfico de pessoas de crimes em curso. A redação desse artigo é extremamente confusa e já rende polêmicas interpretativas. Para os efeitos do dispositivo, sinal significa o “posicionamento da estação de cobertura, setorização e intensidade de radiofrequência”. A regra remete-se assim à localização por tecnologias de geoposicionamento como o GPS, não englobando o conteúdo de comunicações telefônicas ou telemáticas, como se depreende

¹³ Regulamentado pela Resolução 181/2017 do CNMP.

do inciso I do §2º do art. 13-B. Ou seja, tais sinais não incluem voz nem mensagens de texto ou imagens. Para o acesso a esse tipo de sinais (*content data*), é sempre necessária autorização judicial, nos termos da Lei 9.296/1996, para o caso de interceptação¹⁴. Os destinatários da requisição de meros dados de localização – como aqueles transmitidos entre dispositivos móveis e estações rádio base (ERBs) de telefonia móvel –. são as companhias de telefonia ou prestadores de serviços telemáticos ou provedores de internet.

Solução preferencial. Numa tentativa de retirar do texto do art. 13-B do CPP sua maior eficácia, para a defesa dos direitos das vítimas, sem olvidar o direito dos suspeitos ao devido processo legal, seriam estes os pressupostos da medida de requisição de sinais:

1. O crime de tráfico de pessoas está ocorrendo e é necessário localizar vítimas e suspeitos. Tecnicamente há um estado de flagrante, um crime atual, mas as autoridades não estão na perseguição física do autor. Necessitam acessar sinais telemáticos ou de telefonia para a captura do acusado e/ou a libertação da vítima.

2. Para isso, o MP pede ao juiz criminal acesso aos sinais de posicionamento da vítima ou do suspeito. A lei admite que o delegado de polícia “represente” ao juiz para acesso aos dados. Neste caso, o MP deve ser previamente ouvido.

3.1. Se o juiz autorizar, a medida é implantada e a investigação prossegue.

3.2. Se o juiz indeferir o pedido ou a representação, outros meios de localização da vítima ou do suspeito devem ser usados, sem prejuízo de recurso criminal pelo Ministério Público.

3.3. Se o juiz demorar mais de 12 horas para decidir, o MP e o delegado de Polícia podem, só então, requisitar diretamente os sinais a quem os detenha. Tais autoridades, porém, são obrigadas a comunicar imediatamente ao juiz o que fizeram (§4º).

¹⁴ Este também tem sido o entendimento dos tribunais quanto ao acesso a conteúdo de comunicações armazenadas em dispositivos móveis, por exemplo, ainda que não em tempo real.

4. Na hipótese do item 3.3, essa captação direta pode durar por até 60 dias (30 dias renováveis por outros 30), sem que a ordem judicial precise ser apresentada ao detentor dos dados.

4.1. Se a permissão judicial for apresentada, fica convalidada a cautelar (de requisição) direta e a captação de sinais prossegue.

4.2. Se não houver convalidação da providência, a captação direta deve ser interrompida imediatamente, valendo só o que foi colhido até ali.

5. Em qualquer caso, findo o prazo de 60 dias da captação direta (30 + 30), esta só pode continuar se houver decisão judicial expressa de convalidação.

Essa é uma das soluções possíveis, escalonada a partir do §4º do art. 13-B, cuja redação é sofrível e obscura. Tem a finalidade de assegurar proteção suficiente às vítimas de tráfico humano, cujo rastreamento e localização a tempo, em casos urgentes, pode significar a preservação de sua vida.

Autorização judicial em qualquer caso. Outra solução, mais simples e direta, seria a de exigir sempre autorização judicial para acesso a sinais. É o que se extrai do *caput* do art. 13-B do CPP, que permite ao MP e à Polícia “requisitar, mediante autorização judicial” (*sic*) informações, dados e sinais necessários à localização da vítima ou do suspeito. Todavia, tal solução significaria ignorar o §2º, III, e o §4º do artigo em tela, que indicam ser desnecessária ordem judicial. Porém, esta interpretação tem a vantagem de ser mais garantista, em relação ao suspeito ou acusado, mas não em relação à vítima.

Solução pela condição do alvo. Saída intermediária passaria por dividir o tema das requisições diretas a partir da condição do alvo. Se a informação buscada disser respeito à localização da vítima do crime de tráfico de pessoas, a autorização judicial pode ser dispensada, na forma indicada nos §2º e §4º do art. 13-B. Se o que se pretende é a localização do suspeito, sempre se faria necessário obter autorização judicial para a captação dos sinais relativos ao seu geoposicionamento.

Requisição versus interceptação de sinais. Outra solução seria exigir autorização judicial para o acesso a dados de posicionamento de vítimas

ou suspeitos, quando necessários em tempo real (interceptação de sinais). Para o acesso a meros dados de localização armazenados pelas operadoras tal autorização judicial não seria necessária prévia ordem judicial (requisição de sinais).

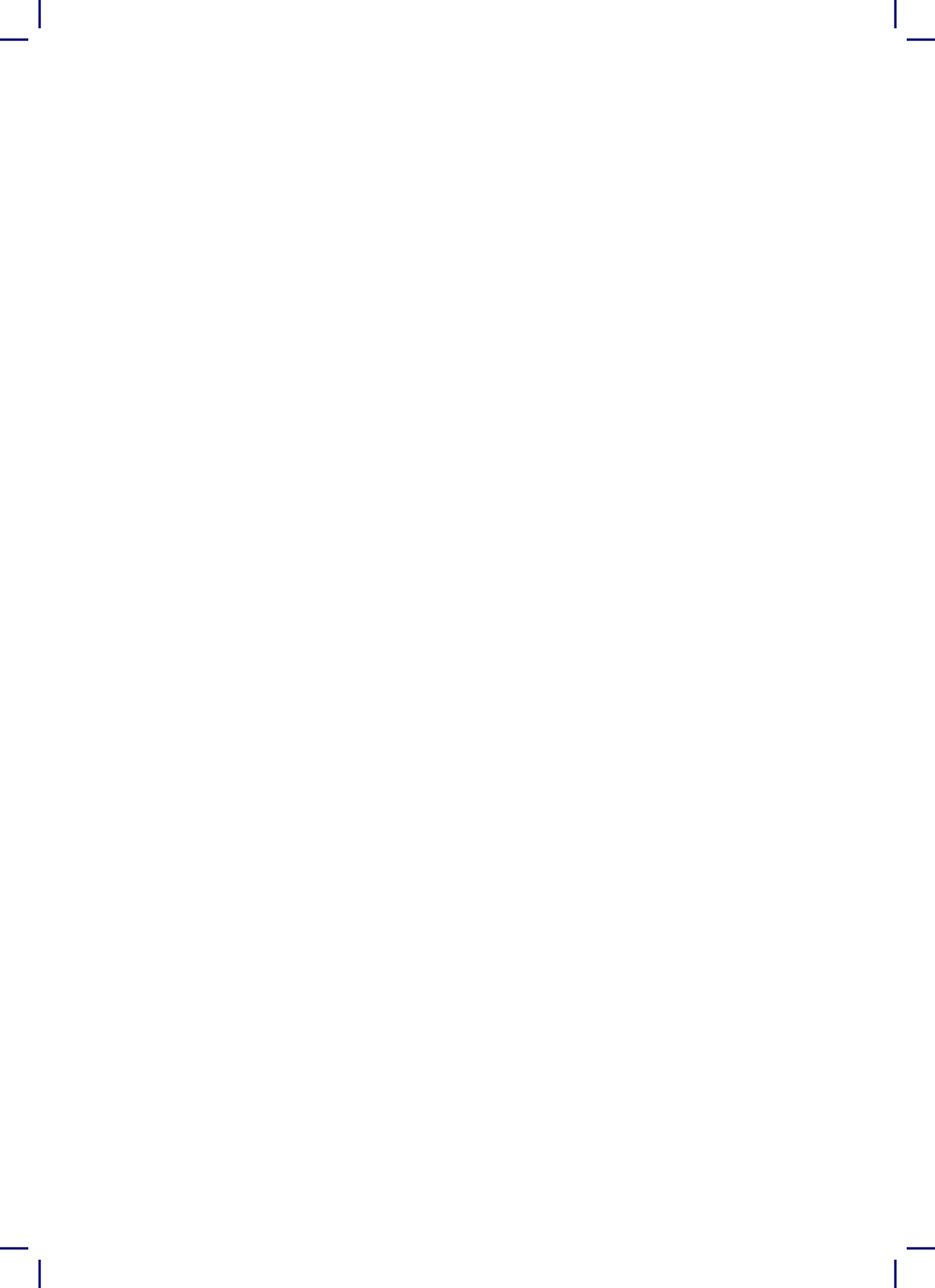
Resumindo a primeira solução: deve haver autorização judicial para obtenção de sinais destinados à localização de vítimas ou suspeitos de crime de tráfico humano. Em casos de urgência (cautelaridade), pode-se prescindir dela, pois não se trata de interceptação de comunicações, mas de captação em tempo real de meros sinais-não-conteúdo (§2º, inciso I do art. 13-B do CPP), e mesmo assim, apenas se o juiz não decidir o pedido em 12 horas (§4º). Neste caso, o MP e a Polícia poderão proceder à captação imediata e direta, observado o limite temporal da captação, que será de 60 dias, no modo de 30 dias renováveis (§2º, inciso II). Depois disso, a ordem judicial deve ser apresentada ou cessa a captação, como se vê no §2º, inciso III.

De lege ferenda. O texto do art. 13-B do CPP deve ser corrigido para evitar insegurança jurídica na investigação criminal, com possíveis nulidades pelo emprego de métodos equivocados de acesso a dados de localização de alvos.

Dia Nacional. O art. 14 da LTP institui o 30 de julho como o Dia Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.



3 Artigos inéditos



A competência das Forças Armadas na Constituição Federal de 1988 e o seu papel na Segurança Interna

Raul Jungmann
Ministro de Estado da Defesa

RESUMO: As Forças Armadas vêm participando cada vez mais de operações para garantir a Lei e a Ordem. Tal fato deve ser fonte de minuciosa avaliação, porque essas operações somente deveriam ocorrer em casos excepcionais e não regularmente, pois a Marinha, o Exército e a Força Aérea Brasileira têm o seu preparo diretamente relacionado à Defesa da Pátria e à Soberania Nacional. Assim, para que isso não venha a acontecer frequentemente, é necessário que tenhamos forças policiais mais preparadas para a atuação em operações de segurança pública.

PALAVRAS-CHAVES: Competência das Forças Armadas. Papel das Forças Armadas. Segurança Interna. Garantia da Lei e da Ordem.

ENGLISH

TITLE: The competence of the Armed Forces and the Federal Constitution of 1988 and the role they play in maintaining Internal Security.

ABSTRACT: The armed forces have been increasingly involved in operations to guarantee domestic law and order. This fact should be looked at

carefully because calling on the armed forces to participate in managing domestic security should only be in exceptional cases and not the norm which is against the current trend, The priority of the armed forces should be national defense and protection of sovereignty and not to act as a police force. To avoid this situation, it is necessary that we have a well trained and prepared police force to uphold law and order of the country.

KEYWORDS: Competence of The Armed Forces. Role of Armed Forces. Internal Security. Guarantee of Law and Order.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 2) – 2 A competência das Forças Armadas na Constituição Federal e na legislação complementar (p. 3) – 3 O papel das Forças Armadas na segurança interna (p. 4) – 4 A Garantia da Lei e da Ordem e o papel das Forças Armadas (p. 5) – 5 Conclusões (p. 7)

1 INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe a descrever ligeiramente as principais competências e atribuições das Forças Armadas previstas na Constituição Federal de 1988 e nas demais leis esparsas, bem como faz uma breve análise do seu papel na segurança interna do Brasil.

Entre as competências ou atribuições previstas para as Forças Armadas na Constituição Federal está a de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), regulamentada pela Lei 97/1999.

Ocorre que essa competência vem sendo utilizada de modo crescente nos últimos anos, e propõem-se alternativas para que as ações de GLO sejam empregadas somente em casos episódicos.

Outro ponto abordado é a questão da segurança interna, ou segurança pública, e o papel tanto das Forças Armadas como das forças policiais, notadamente como dispõe a Carta Magna sobre esse tema.

O papel da Forças Armadas nas ações de Garantia da Lei e da Ordem é tratado legalmente e em seguida algumas medidas são sugeridas preliminar e meramente a título ilustrativo.

Ao fim do texto, conclui-se sobre a alternativa para a execução da atribuição e competência de Garantia da Lei e da Ordem, como o fortalecimento das forças policiais, sobretudo por meio da Força Nacional de Segurança Pública.

2 A COMPETÊNCIA DAS FORÇAS ARMADAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR

A Carta Magna de 1988 estabelece as competências das Forças Armadas no *caput* do seu artigo 142. Desse modo, para uma melhor elucidação da matéria em tela, cabe-nos transcrever o *caput* desse artigo, *in verbis*:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (grifo nosso)

Sendo assim, observa-se que as competências das Forças Armadas Brasileiras estão divididas, em nível constitucional, em três funções principais:

- a) Defesa da Pátria;
- b) Garantia dos Poderes Constitucionais;
- c) Garantia da Lei e da Ordem.

Há ainda as atribuições subsidiárias das Forças Armadas, previstas na LC 97/99, tais como: cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, na forma determinada pelo Presidente da República, e atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores contra delitos transfronteiriços e ambientais (preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias).

No conteúdo do Decreto 3.897/01, de 24 de agosto de 2001, observa-se que o uso das Forças Armadas em ações para assegurar a GLO somente deve ocorrer em caráter excepcional, quando as forças policiais não consigam assegurar a preservação da ordem pública e a paz social. Entretanto, essa atuação excepcional das Forças Armadas não deve passar a ser rotineira, sob pena de gerar desgaste, reduzir sua credibilidade e elevar os custos das ações.

Outra possibilidade de atuação das FFAA em GLO é a prevista no Art. 5º, também do Decreto 3.897/01, nas hipóteses em que se presume a perturbação da ordem pública, como a realização de pleitos eleitorais ou eventos oficiais ou públicos que contem com a participação de Chefe de Estado ou de Governo estrangeiro.

3 O PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS NA SEGURANÇA INTERNA

A Constituição Federal de 1988 trata, em seu Título V, da Defesa dos Estados e das Instituições Democráticas e, no seu capítulo III, cuida mais especificamente da segurança pública.

Sendo assim, para melhor elucidação da matéria em comento, cabe-nos transcrever o *caput* do Art. 144, *in verbis*:

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.

Desse modo, verifica-se que o legislador constituinte não atribuiu às Forças Armadas o papel de fazer a segurança pública interna do Estado Brasileiro. Aliás, deixou patente que a segurança pública é uma atribuição dos diversos corpos policiais e dos corpos de bombeiros militares.

Sendo assim, por intermédio da leitura do dispositivo constitucional, infere-se com clareza solar que as polícias em todos os seus ramos e os corpos de bombeiros militares são as que têm a atribuição normal de manter a ordem pública interna e a segurança pública.

Nesses termos, é fundamental que o Estado Brasileiro dote as suas forças policiais e corpos de bombeiros militares de capacidade, dando-lhes condições de lidar com situações graves de perturbação da ordem, a fim de que os militares das Forças Armadas somente sejam mobilizados para essas ações em casos episódicos e possam dedicar-se com afinco em suas funções de defesa e soberania nacional. Contudo, cabe ressaltar que o combate à violência não se traduz em uma única forma de resposta, sendo muitas vezes necessário tomar medidas mais complexas que abrangem diversos setores, sobretudo no social, como educação, organização urbana, acesso aos serviços públicos, etc.

Ressalta-se, ainda, que é necessária a presença e atuação das Forças Armadas em algumas situações extraordinárias, como é o caso atual da cidade do Rio de Janeiro, onde as atuações dos militares para a segurança pública e contra a criminalidade são voltadas predominantemente em ações de inteligência e utilização do fator surpresa.

4 A GARANTIA DA LEI E DA ORDEM E O PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS

As operações de Garantia da Lei e da Ordem estão previstas pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 142, pela Lei Complementar nº

97, de 1999, e pelo Decreto nº 3.897/2001, permitindo provisoriamente aos militares a faculdade de atuar com poder de polícia até o restabelecimento da normalidade.

Para maior esclarecimento do tema em análise é de bom alvitre transcrever o entendimento da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre o poder de polícia (2017:155): “Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

Nessas ações, as Forças Armadas, após decreto assinado pelo Presidente da República, atuam de forma episódica, em área restrita e por tempo determinado, com o objetivo de garantir a lei e preservar a ordem pública.

O poder de polícia para essas ações está previsto no §4º do Art. 15 da LC 97/1999, complementado pelo Art. 3º do Decreto 3.897 /2001, este apresentado *in verbis*:

Art. 3º Na hipótese de emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, objetivando a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos a isso previstos no art. 144 da Constituição, lhes incumbirá, sempre que se faça necessário, desenvolver as ações de polícia ostensiva, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os termos e limites impostos, a estas últimas, pelo ordenamento jurídico.

Parágrafo único. Consideram-se esgotados os meios previstos no art. 144 da Constituição, inclusive no que concerne às Polícias Militares, quando, em determinado momento, indisponíveis, inexistentes, ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

Cabe-nos ainda esclarecer que a decisão sobre o emprego excepcional das Forças Armadas em ações de Garantia da Lei e da Ordem é de com-

petência exclusiva do Presidente da República. Essa decisão presidencial poderá ocorrer por vontade própria ou dos outros poderes constitucionais, representados pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente do Senado Federal e pelo Presidente da Câmara dos Deputados ou mediante a solicitação de Governador de Estado ou do Distrito Federal.

Feita essa breve descrição legal do mecanismo de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), como se apresenta no ordenamento jurídico brasileiro atual, passemos para uma análise de sua adequação.

Primeiramente, cabe-nos destacar que o Presidente da República é o Comandante Supremo das Forças Armadas e, sendo assim, é pertinente que ele tenha a competência exclusiva para o emprego delas.

A título meramente ilustrativo, fora a hipótese prevista no Art. 5º do Decreto 3.897/2001, os militares das Forças Armadas brasileiras somente deveriam ser acionados quando os governadores de estados ou do Distrito Federal comunicassem ao Presidente da República que as suas forças de segurança não estariam mais em condições de garantir a Ordem Pública e a Paz Social.

Entretanto, como condição para se utilizar as Forças Armadas em operações de segurança interna, uma das soluções seria, inicialmente, o emprego da atual Força Nacional de Segurança Pública (FNSP), após a devida autorização do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP).

Somente após esgotado o uso das forças policiais estaduais e da FNSP é que dever-se-ia pensar no emprego das Forças Armadas, a fim de preservar a atuação desses militares e fazer com que eles não se desviem das suas funções precípuas de cuidar da Defesa Nacional e da Soberania.

Dessa maneira, com esse esboço de proposição, entendemos que as Forças Armadas atuariam em ações de restabelecimento da Lei e da Ordem, somente em casos específicos e ocasionais.

5 CONCLUSÕES

O uso das Forças Armadas em GLO é previsto na Constituição Federal de 1988 e regulamentado em legislação infraconstitucional. Ainda assim, isto deve ocorrer em situações especiais, quando as forças policiais não conseguirem garantir de modo adequado o cumprimento da lei, restabelecer a ordem e garantir a paz social. Entretanto, esse uso não deve ser excessivo, pois os militares não são especificamente destinados para exercer esse papel de polícia.

Sendo assim, a utilização de militares das Forças Armadas em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), fora a hipótese prevista no Art. 5º do Decreto 3.897/200, somente deve ser permitida em situações excepcionais, episódicas e limitadas, quando não houver mais nenhuma possibilidade de as forças de segurança regulares restabelecerem a situação de normalidade.

Portanto, é necessário que corpos profissionais de segurança sejam melhorados para preservação da ordem pública, da segurança das pessoas e do patrimônio público, atuando também em situações de emergência e calamidades públicas. Por exemplo, a ampliação e dotação da Força Nacional de Segurança Pública com mais e melhores recursos seria uma alternativa à utilização das Forças Armadas nessas ações. Há que se pensar, ainda, em outras medidas que garantam a presença do Estado em todas as comunidades, sobretudo na área social, a fim de apoiar o contínuo trabalho das forças de segurança e o pleno exercício da cidadania.

É importante salientar que um melhor preparo das forças de segurança, bem como o aprimoramento da Força Nacional de Segurança Pública, seria uma das primeiras soluções para que o uso das Forças Armadas em ações de Garantia da Lei e da Ordem somente viesse a ocorrer em casos de caráter excepcional, como preconiza o nosso ordenamento jurídico, visto que as forças de segurança pública estariam mais adequadamente preparadas para gerir as situações de crise que ameaçam a ordem pública e a paz social.

Em conclusão, precisamos ter forças policiais de segurança mais aptas e capazes para ações de Garantia da Lei e da Ordem, a fim de que as Forças Armadas não precisem intervir constantemente em ações dessa natureza e mantenham-se atentas e firmes no cumprimento da sua missão constitucional fundamental e precípua que é a de garantir a defesa da Pátria e a soberania nacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, J. L. M. *Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176558/000848746.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BARROSO, L. R. *Atuação das Forças Armadas em segurança tem de ser excepcional*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jun-26/atuacao_forcas_armadas_excepcional>. Acesso em: 8 ago. 2017.

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

BRASIL. Lei Complementar 97/1999. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm>. Acesso em: 26 jul. 2017.

CARNEIRO, M. L. S. *As Forças Armadas na Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional nº 77/2014*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35262/as-forcas-armadas-na-constituicao-de-1988-e-a-emenda-constitucional-n-77-2014>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LOURENÇO, G. C. *O Papel das Forças Armadas na Atualidade: a interpretação da sociedade e seus desdobramentos*. Escola Superior de Guerra (ESG). Disponível em: <www.esg.br/images/Monografias/2012/LOURENCOG.pdf> . Acesso em: 26 jul. 2017.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2017.

A força probatória dos indícios no processo penal

Márcio Schlee Gomes

Promotor de Justiça/RS

Especialista em Direito Constitucional pela FMP/RS

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da

Universidade de Lisboa, Portugal

Membro-auxiliar do CNMP junto à

ENASP (2010-2011)

Professor de Direito Penal e Processual Penal

RESUMO: O presente artigo pretende analisar o valor da prova formada por indícios no processo penal. O que são indícios, qual a extensão e limites para sua valoração a fim de formar um possível juízo de certeza passível de convencer o magistrado a decretar um veredicto condenatório? Qual a força probante dos indícios e seus requisitos? Ao abordar aspectos pontuais sobre a valoração probatória e a relevância da prova indireta, busca-se demonstrar que a prova indiciária possui relevante papel no processo penal, podendo, a partir de uma profunda confrontação de elementos probatórios, amparar uma condenação que não seja afirmada em ilações ou meras presunções gerais, mas, sim, em prova indiciária robusta e que esteja, assim, a legitimar uma justa condenação alinhada aos princípios basilares do processo penal democrático.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Processual Penal. Prova penal. Indícios.

ENGLISH

TITLE: The value of circumstantial evidence in criminal proceeding.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the value of evidence formed by circumstances in criminal proceedings. What is circumstantial evidence, what is the extent and limits of its value in order to reach a possible judgment of certainty liability to persuade the magistrate to give a guilty verdict? What is the evidential value of circumstantial evidence and the requirements? In dealing with specific aspects of evidence and the relevance of indirect evidence, we aim to show that evidence has a relevant role in the criminal process, and can, be based on a deep confrontation of evidential elements, support a conviction that is not affirmed by presumptions, but in strong evidence and thus to legitimize a fair judgement in line with the basic principles of the democratic criminal procedure.

KEYWORDS: Criminal procedure. Criminal evidence. Circumstantial evidence.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 Posição da prova indiciária no CPP e CPPM (p. 4) – 2.1 Índícios no sistema processual brasileiro (p. 4) – 2.2 Índícios nos sistemas processuais penais em geral (p. 10) – 3 Aspectos gerais sobre a prova indiciária (p. 17) – 3.1 Índícios: conceituação (p. 21) – 3.2 Classificação dos indícios (p. 23) – 4 Força probatória dos indícios (p. 28) – 4.1 Requisitos sobre a prova indiciária: inferências lógicas e juízo de valor (p. 28) – 4.2 Suficiência de prova: indícios e prova acima de dúvida razoável (p. 35) – 5 Conclusões (p. 41).

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre o valor da prova por indícios no processo penal não é recente. Ao longo dos anos, sempre foi motivo de profunda controvérsia. O juiz, para condenar, necessita estar convencido pelas provas dos autos do processo, formando um juízo de convicção que se denomina, geralmente, de “juízo de certeza”, correspondente à “verdade material”, segundo concepção tradicional e predominante no processo penal. Só um juízo de convicção, devidamente fundamentado, baseado em elementos probatórios irrefutáveis no processo, legitimaria um veredicto condenatório.

Nesse passo, quando se fala em “prova” suficiente, “prova” necessária e segura, seguem a doutrina e a jurisprudência apresentando diversas soluções quanto à valoração dos indícios, confundindo conceitos e questões lógico-jurídicas, reproduzindo situações que há muito já deveriam estar ultrapassadas no campo da prova do processo penal¹.

“Indício não é prova”, bradam defensores em julgamentos. “Indício não serve para condenar ninguém”, dizem outros. Seria “mera suposição”, “prova por ilações”, “prova de ouvir dizer”². Esses pontos de vista, por certo, não correspondem à realidade.

Se uma testemunha presencia um crime e refere isso à autoridade policial e, após, ao juiz, tem-se uma “prova direta”. Há aparência de total correspondência aos fatos. Porém, tal prova testemunhal (narrativa relacio-

¹Ver DALLAGNOL, em adequada crítica ao modelo tradicional de separação do valor aferido à prova direta ou indireta (DALLAGNOL, D. M. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015).

² FERREIRA, M. G. C. *Curso de Processo Penal*. v. 2. Lisboa: Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, 1970, p. 308-309: Refere o jurista português: “É, em si mesma, enganadora, isto é, consente graves erros. Efectivamente, a verdade final, a convicção, terá que se obter através de conclusões baseadas em raciocínios, e não directamente verificadas. A conclusão funda-se no juízo de relação normal entre indício e o facto probando. O carácter falível destes raciocínios de relação entre dois factos revela o evidente perigo de erro, ou a relativa fragilidade da prova em si mesma”.

nada a um enunciado fático) pode carecer de credibilidade pelo fato de a testemunha-chave possuir interesse em prejudicar ou beneficiar o acusado. Essa credibilidade virá para o debate do processo por pontos indiretos (indícios), provas acerca de suas relações com réu e vítima.

De outro lado, mesmo sem testemunhas ou documentos, uma prova pericial aliada à motivação, por exemplo, poderá cercar o réu, apontando, em um quadro de certeza, que este foi o autor do delito. Um acervo indireto, indiciário, construído passo a passo, poderá demonstrar com total evidência que o réu deve ser considerado culpado.

Assim, no presente artigo, buscaremos debater a força probatória dos indícios, discutindo se há hierarquia, realmente, em relação à prova direta, assim como, por meio de uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, se o Estado pode condenar com prova indiciária, quais os limites e pressupostos, se há legitimidade democrática nessa decisão, e onde está o cerne dessa aparente celeuma.

2 POSIÇÃO DA PROVA INDICIÁRIA NO CPP E CPPM

2.1 Indícios no sistema processual brasileiro

Em que pese a discussão sobre o valor da prova indiciária no processo penal, o sistema brasileiro contempla os indícios no artigo 239 do Código de Processo Penal (CPP) e no artigo 382 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), expressamente, entre os “meios de prova” ou “atos probatórios”:

CPP: Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

CPPM: Art 382. Indício é a circunstância ou fato conhecido e provado, de que se induz a existência de outra circunstância ou fato, de que não se tem prova.

Art. 383. Para que o indício constitua prova, é necessário:

- a) que a circunstância ou fato indicante tenha relação de causalidade, próxima ou remota, com a circunstância ou o fato indicado;
- b) que a circunstância ou fato coincida com a prova resultante de outro ou outros indícios, ou com as provas diretas colhidas no processo.

Primeiramente, observa-se que os indícios estão previstos como “meios” de prova, situação que, na realidade, não é tecnicamente adequada, pois os indícios, de fato, decorrem dos demais meios de prova, tais como prova testemunhal, pericial, documental, etc. Por evidente, o legislador, tanto no CPP, como no CPPM, foi expresso para evitar maiores celeumas quanto à contemplação da prova por indícios no sistema judicial brasileiro. Porém, há essa impropriedade técnica e, cabe observar, que mesmo com a previsão expressa, a discussão segue sem solução. Isso porque o que efetivamente importa é que um indício sempre possui seu aspecto indireto, que leva à suspeita do intérprete de um valor menor ou mais incerto, todavia o único ponto diferencial é de haver uma inferência lógica a mais, que demonstrá aquele fato que se pretende provar (decorrente do indício).

De certo, em razão do mencionado preconceito que a prova indiciária sofreu ao longo dos anos, o legislador brasileiro entendeu como necessária a positivação do tema em seu sistema processual penal, inserindo-o como “meio de prova”.

No campo doutrinário nacional, em geral, admite-se o valor da prova indiciária, segundo Tourinho Filho³, Bonfim⁴, Nucci⁵, Camargo

³ TOURINHO FILHO, F. C. *Processo penal*. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 363.

⁴ BONFIM ressalta que “Sendo meio de prova, é entendimento majoritário que os indícios poderão servir de fundamento seja à condenação, seja à absolvição do acusado” (BONFIM, E. M. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 406).

⁵ NUCCI, G. *Provas no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 201.

Aranha⁶ e Moura⁷, embora tratem os indícios dentre os meios de prova, sem adentrar na discussão sobre a sua natureza jurídica.

Kerr, todavia, faz essa ressalva, observando sua estrutura: um fato conhecido que permite conhecer outro fato por meio de raciocínio indutivo-dedutivo⁸, não um “meio probatório” específico.

A jurisprudência, no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, por sua vez, também admite a prova indiciária como uma prova eficaz a justificar o edito condenatório:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA, MAUS ANTECEDENTES E DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PRESUNÇÃO HOMINIS. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS. APTIDÃO PARA LASTREAR DECRETO CONDENATÓRIO. SISTEMA DO LIVRE CONVICIMENTO MOTIVADO. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. DESCABIMENTO NA VIA ELEITA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENHIDA. CIRCUNSTÂNCIA APTA A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, ANTE A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA. 1. O § 4º do artigo 33 da Lei de Entorpecentes dispõe a respeito da causa de diminuição da pena nas frações de 1/6 a 2/3 e arrola os requisitos necessários para tanto: primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas e não à organização criminosa. 2. Consectariamente, ainda que se tratasse de presunção de que o paciente é dedicado à atividade criminosa, esse elemento probatório seria

⁶ARANHA, A. J. Q. T. C. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 195.

⁷MOURA, M. T. R. A. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 43.

⁸KERR, V. K. S. A disciplina da prova no direito processual brasileiro. In: FERNANDES, A. S.; ALMEIDA, J. R. G.; MORAES, M. Z. *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 58.

passível de ser utilizado mercê de, como visto, haver elementos fáticos conducentes a conclusão de que o paciente era dado à atividade delituosa. 3. O princípio processual penal do favor rei não ilide a possibilidade de utilização de presunções *hominis* ou *facti*, pelo juiz, para decidir sobre a procedência do *ius puniendi*, máxime porque o Código de Processo Penal prevê expressamente a prova indiciária, definindo-a no art. 239 como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Doutrina (LEONE, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162). Precedente (HC 96062, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-213 DIVULG 12-11-2009 PUBLIC 13-11-2009 EMENT VOL-02382-02 PP-00336). 4. Deveras, o julgador pode, mediante um fato devidamente provado que não constitui elemento do tipo penal, utilizando raciocínio engendrado com supedâneo nas suas experiências empíricas, concluir pela ocorrência de circunstância relevante para a qualificação penal da conduta. 5. A criminalidade dedicada ao tráfico de drogas organiza-se em sistema altamente complexo, motivo pelo qual a exigência de prova direta da dedicação a esse tipo de atividade, além de violar o sistema do livre convencimento motivado previsto no art. 155 do CPP e no art. 93, IX, da Carta Magna, praticamente impossibilita a efetividade da repressão a essa espécie delitiva. 6. O juízo de origem procedeu a atividade intelectual irrepreensível, porquanto a apreensão de grande quantidade de droga é fato que permite concluir, mediante raciocínio dedutivo, pela dedicação do agente a atividades delitivas, sendo certo que, além disso, outras circunstâncias motivaram o afastamento da minorante. 7. *In casu*, o Juízo de origem ponderou a quantidade e a variedade das drogas apreendidas (1,82g de cocaína pura, 8,35g de crack e 20,18g de maconha), destacando a forma como estavam acondicionadas, o local em que o paciente foi preso em flagrante (bar de fachada que, na verdade, era ponto de tráfico de entorpecentes), e os péssimos antecedentes criminais, circunstâncias concretas obstativas da aplicação da referida minorante.

8. Ordem denegada (STF, HC 111666/MG, Relator Min. Luiz Fux, 1ª turma, j. 08/05/2012). (Grifos nossos)

ROUBOS. PROVA CONDENATÓRIA. INDÍCIOS. POSSIBILIDADE. AÇÃO ÚNICA CONTRA VÁRIOS PATRIMÔNIOS. CONCURSO FORMAL CONFIGURADO. CRIME DE RESISTÊNCIA. DELITO NÃO ABSORVIDO PELO ROUBO. ROUBO E RECEPÇÃO. ABSORÇÃO. I - Desde os primórdios do Direito, os indícios e presunções foram admitidos em doutrina, como elementos de convicção, e integram o sistema de articulação de provas, (artigo 239 do CPP) e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento. Assim, a quantidade e sucessão de indícios têm força condenatória, pois, coerente e logicamente, indicam a autoria com uma dose de razoabilidade bem marcante. No caso, a existência de indícios, em quantidade e qualidade, permite a conclusão que os recorridos foram os autores dos roubos denunciados e do crime de resistência. Uma série de circunstâncias, demonstradas pela prova do processo, dão a certeza dos envoltimentos dos apelados nos delitos referidos [...] 2. O apelo procede. A prova, através de indícios abundantes, fortes e convincentes, demonstrou que os apelados foram os autores do roubo denunciado. A respeito do assunto (indícios) defendo: Os indícios e presunções são admitidos como elementos de convicção. Integram o sistema de provas (art. 239 do CPP) e devem valer por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento. Assim, a quantidade e sucessão de indícios podem ter força condenatória, se coerente e logicamente indicarem a autoria de um crime com uma dose de razoabilidade marcante. Foi o que aconteceu no caso em testilha (ex., Apelação 70004107397).[...] No mesmo sentido, tem-se manifestado a doutrina: Embora não leve à certeza, a jurisprudência tem admitido a condenação quando a prova indiciária for veemente ou então quando várias pequenas circunstâncias sejam concordes até em detalhes. Um único indício pode levar à condenação, desde que veemente... Por indício veemente entende-se aquele que, dada a sua natureza, permite razoavelmente afastar todas as hi-

póteses favoráveis ao acusado. Às vezes uma sucessão de pequenos indícios, coerentes e concatenados, igualmente podem dar a certeza exigida para a condenação. Adquiriu uma arma de fogo, prometeu e tinha razões para eliminar a vítima, esta foi morta a tiros de revólver e, por fim, desapareceu após o crime. Em tal hipótese não encontramos um indício que possa ser classificado como veemente, porém a sucessão e a coerência indicam a autoria com uma dose de razoabilidade bem marcante [...] (Adalberto José Q.T. de Camargo Aranha, Da Prova no Processo Penal, ed. Saraiva, 1987, págs. 162/164). Indício, já se disse, é o fato que está em relação tão íntima com outro que a autoridade os interliga por uma conclusão muito natural. Tendo o legislador admitido os indícios como meios de prova, não se pode negar possa o Juiz, mormente em face do livre convencimento, proferir decreto condenatório apoiando-se na prova indiciária. Aliás, toda e qualquer prova, como vimos, tem, no Processo Penal, valor probatório relativo. Trata-se de prova indireta. Em face de um indício pode-se chegar a conclusão satisfatória por uma construção lógica... (Fernando da Costa Tourinho Filho, Código de Processo Penal Comentado, ed. Saraiva, 1999, pág. 443). 3. Deste modo, insistindo, é possível condenar os apelados, tendo em vista os fortes indícios apurados nos depoimentos dos policiais militares que, alertados, diligenciaram na busca dos autores do assalto, e de uma das vítimas que reconheceu valores encontrados em poder dos recorridos, quando estes foram presos após a colisão do veículo, e de testemunhas (STJ, REsp n.º 1.378.905/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 19/06/2017). (Grifos nossos)

Como se observa, os indícios são considerados pela doutrina e pela jurisprudência, não possuindo inferioridade em relação à prova direta. Embora não haja a devida análise jurídico-técnica dessa razão, fixa-se a ideia de que a prova indiciária é válida para efeito de alicerçar um juízo condenatório legítimo.

Lembre-se da lição de Pedrosa, afirmando ser inaceitável a afirmação de Carmignani de que a prova indiciária seria “a mais falsa das provas”,

levando a juízos equivocados, pois, em si, é uma prova que está baseada em um processo lógico-constutivo capaz de formar um justo veredicto condenatório⁹. Necessário, porém, discutir e desvelar as razões dessa conclusão.

2.2 Indícios nos sistemas processuais penais em geral

A questão do valor da prova indiciária também é debatida nos mais diversos sistemas jurídico-penais, seja na tradição anglo-americana da “circumstantial evidence”, seja no sistema continental, com adoção de uma previsão expressa ou no campo das regras gerais de análise de prova e convencimento do juiz.

a) ITÁLIA: no sistema italiano, os indícios estão previstos expressamente na parte da teoria geral da prova, em que são afirmados requisitos especiais para que o juiz possa admitir a utilização de indícios como prova no processo. Nesse caminho, o CPP italiano, no seu art. 192, n.º 2, prevê: “a existência de um fato não pode ser deduzida por meio de indícios, a menos que estes sejam graves, precisos e consonantes”. O legislador italiano, portanto, entendeu por positivar determinados requisitos que, normalmente, são necessários para que a prova indiciária tenha a devida eficácia.

Os indícios devem ser graves (força de convencimento), precisos (força demonstrativa) e consonantes (somam para uma mesma conclusão). O doutrinador italiano TONINI observa que “o indício não é uma prova menor”¹⁰, porém, ressalta a necessidade de cautela e uma verifica-

⁹ Segundo PEDROSO, “não constitui, pois, a prova indiciária, como advogou Carmignani, a mais falsa de todas as provas, afirmando que nela se une o que mais de enganoso existe nas outras e a falácia que lhe é própria e exclusiva. Por conseguinte, possuem os indícios, inobstante despontem como modalidade indireta de prova, força instrutória bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si próprios, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória” (PEDROSO, F. A. *Prova Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994, p. 72).

¹⁰ TONINI, P. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002, p. 58. Com posição contrária, CONTE afirma que em razão da própria previsão legal,

ção idônea e criteriosa da prova para reconstituição dos fatos com base em indícios.

Observa-se, assim, que a legislação processual penal italiana contempla a prova indiciária diretamente, trazendo os indícios não como um meio de prova, mas, sim, como uma prova indireta que, extraída de outros meios probatórios, poderá assumir valor relevante, capaz de ensejar a comprovação da existência de determinado fato e, desse modo, ensejar uma condenação. Todavia, a legislação especificou pressupostos para a efetivação dessa valoração, impondo determinados requisitos para que haja a possibilidade da utilização de indícios para formação do juízo de convicção.

B) ESPANHA: no sistema espanhol não há previsão expressa acerca da prova indiciária, nem como meio de prova, especificamente, ou na parte geral sobre a prova. Porém, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a prova indiciária é admitida e, atendidos determinados pressupostos, poderá ensejar a formação de um juízo condenatório.

Os indícios não vêm estampados no campo específico da prova, mas apenas em alguns artigos da legislação processual penal, como, por exemplo, no art. 384 da LECRIM, com expressa menção à necessidade de “indício racional de criminalidade” para o início do processo criminal¹¹.

Como observa Pastor Alcoy, o Tribunal Supremo espanhol, em reiterada jurisprudência, em variadas espécies de crimes, entende pela li-

os indícios constituem uma prova de valor menor em relação à prova direta, citando jurisprudência dos tribunais italianos nos dois sentidos (CONTE, M.; GEMELI, M.; LICATA, F. *Le prove penali*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 23-27). Igualmente, ANGELETI, mesmo observando o valor da prova indiciária, aponta a distinção que consta na legislação italiana sobre “prova” e “indício”, o que gera interpretação de uma menor eficácia dos indícios para demonstração dos fatos. Porém, como pondera, tudo dependerá da presença dos pressupostos da prova indiciária que poderá, assim, assumir pleno valor como “prova indireta” (ANGELETI, R. *La costruzione e la valutazione della prova penale*. Torino: Giapicchelli, 2012, p. 351-376).

¹¹ Conforme a redação do art. 384 da LECRIM: “Desde que resulte del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesado y mandado que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta Ley”.

cidade e constitucionalidade da prova indiciária, que, embora não prevista expressamente no texto legal na parte que se refere às provas, é admitida na doutrina e jurisprudência, atendidos os requisitos estipulados pelos tribunais¹².

Nesse mesmo caminho, Rives Seva afirma que os indícios são considerados como capazes a formar uma convicção condenatória, independentemente de haver prova direta no processo, tudo a depender de sua força e, por certo, com a exigência da presença efetiva de requisitos mínimos pacificados na jurisprudência¹³.

Seguindo essa mesma linha, Miranda Estrampes defende que os tribunais espanhóis aceitam a prova indiciária, afastando o entendimento do que chama a “hipoavaliação” dos indícios¹⁴.

Simões aponta, em estudo sobre decisões do Tribunal Supremo¹⁵, em diversos acórdãos que tratam do crime de lavagem de dinheiro e a prova indiciária, o reconhecimento do valor probatório dos indícios para efeito condenatório, superando a presunção de inocência do acusado.

A jurisprudência, bem como a doutrina, estipulam, assim, os pressupostos para a valoração da prova indiciária, não havendo uma hierarquia entre as provas e, cabe registrar, mesmo inexistindo qualquer dispositivo expreso sobre o tema na legislação processual penal espanhola no que se refere ao tema da prova penal.

c) ALEMANHA: no direito processual penal alemão, do mesmo modo, segue-se a linha de não haver uma previsão expressa sobre a prova indiciária, seja em regras gerais ou elencando-a como um meio de prova

¹² PASTOR ALCOY, F. *Prueba indiciaria e presunción de inocencia: analisis jurisprudencial, requisitos y casuística*. Valencia: Práctica de Derecho, 2002, p. 13.

¹³ RIVES SEVA, A. P. *La prueba en el proceso penal: doctrina de la sala segunda del tribunal supremo*. Navarra: Arazandi, 2008, p. 233.

¹⁴ MIRANDA ESTRAMPES, M. *Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal*. *Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa*, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 22, set./dez., 2012.

¹⁵ SIMÕES, E. D. *Prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente)*. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 2, p. 203-215, maio/ago., 2007.

específico¹⁶. A questão entra na esfera do princípio da livre apreciação da prova pelo juiz, podendo ser valorada sem hierarquia com os demais meios probatórios e possuindo, assim, plena eficácia probante, a depender do caso concreto¹⁷.

No sistema jurídico-processual penal alemão, no § 261 do StPO, há a regra geral sobre o sistema de avaliação das provas, ficando os indícios decorrentes dos meios de prova específicos dentro da esfera de análise do julgador, de acordo com o mencionado princípio da “livre apreciação da prova” (*freien Beweiswürdigung*).

Nesse sentido, Meyer-Grossner destaca alguns exemplos, de modo a afirmar o mesmo valor da prova indiciária (*Indizienbeweis*) quanto à prova direta (*direkt Beweis*), inexistindo qualquer hierarquia preestabelecida na legislação. Pelo estudo da jurisprudência, tem-se a verificação de requisitos exigidos pelos tribunais para ser a prova indiciária considerada capaz de demonstrar a existência de determinado fato e poder, assim, levar a um decreto condenatório¹⁸.

¹⁶ MESQUITA chama à atenção que “no direito alemão, onde está expressamente fixado o princípio da livre apreciação (§ 261 da StPO), existe uma tradição de empenho doutrinário na vinculação da liberdade do juízo à fundamentação identificadora dos passos inferenciais, que se repercute na respectiva jurisprudência, centrada na possibilidade de escrutínio dos motivos, em particular se fundados em indícios (*Indizienbeweis*), embora não sejam sujeitos a uma graduação probatória que os classifique como inferiores aos factos que permitem uma inferência directa (*Haupttsachen*), podendo a condenação estribar-se em indícios, está convencionada uma exigência específica do processo inferencial, com discriminação na sentença dos passos mentais e das regras de experiência (*vermittelnder Erfahrungssätze*) empregues. Desenvolve-se, desta forma, uma pretendida objectivação do julgamento do facto por força da exigência de as inferências sucessivas se deverem estribar em regras de experiência fundadas objectivamente” (MESQUITA, P. D. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no proceso penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra, 2011, p. 360).

¹⁷ DEDES, C. *Beweisverfahren und Beweisrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 45: “Die Indizien werden nicht als Beweismittel bezeichnet. Der indirekt Beweis kennt keine Regelung”.

¹⁸ MEYER-GOSSNER, L. *Strafprozessordnung*. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011, p. 1111-1112: “Der Indizien- oder Anzeichenbeweis ist ein Beweis,

A questão será decidida pelo exame das provas, no todo, sendo que os indícios, em uma sequência lógica e afirmados em regras de experiência (*Erfahrungssätze*) aplicáveis ao caso concreto, poderão assumir força para formação do juízo de convicção do julgador.

De acordo Putzke e Scheinfeld, os indícios encadeados (*Indizienkette*) ou em sequência (*Indizienreihe*) podem ser valorados pelo juiz e, assim, formarem sua convicção sem qualquer dependência de prova direta sobre o fato principal¹⁹.

d) ESTADOS UNIDOS – REINO UNIDO: no direito anglo-americano, da mesma forma, embora sendo baseado no sistema da *commom law*, a doutrina e a jurisprudência dão total força à admissão da prova indiciária. A *circumstantial evidence* é amplamente admitida e levada em consideração com a mesma força probante da prova direta (*direct evidence*).

Evidentemente, alguns autores citam a possibilidade de a prova direta, em determinados casos, assumir maior relevância no escopo de demonstração de um fato específico, porém, isso sempre deverá ser analisado no caso a caso, sem existir um preconceito em relação à prova formada por indícios.

bei dem von einer mittelbar bedeutsamen Tatsache auf eine unmittelbar entscheidungserhebliche Tatsache geschlossen wird. Hilfstatsachen, die einen Schluss auf den Wert des Beweismittels zulassen, zB frühere Verurteilung des Zeugen wegen falscher Aussage, bilden eine Untergruppe der Indizien". Vários casos são citados: BGH NStz 88, 212; BGH NStz 08, 303; BGH NStz 99, 423; BGH NStz 83, 133). Nesse sentido: KINDHÄUSER, Urs. *Strafprozessrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013, p. 230. VOLK, K. *Grundkurs StPO*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2010, p. 220-221. ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Straverfahrensrecht*. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012, p. 390.

¹⁹ PUTZKE, H.; SCHEINFELD, J. *Strafprozessrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck Verlag, 2012, p. 164. Também: MÜLLER, C. M. *Anscheinsbeweis in Strafprozess: am Beispiel der Festlegung von Kausalität und von Dispositionsprädikaten*. Berlin: Dunkler & Humblot, 1998, p. 152-153. GRÜNWARD, G. *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 86-90: "Indiztatsachen, so wird gesagt, kämen als Basis für einen Schluss auf unmittelbar relevante Tatsachen nur dann in Betracht, wenn sie ihrerseits zur Gewissheit feststehen. Damit wird jedoch die Komplexität des Vorgangs der Überzeugungsbildung verkannt. Bei diesem hat der Richter auch blosse Wahrscheinlichkeitsannahmen einzusetzen".

Nesse diapasão, a posição da jurisprudência norte-americana, inclusive em casos de criminalidade econômica, como cita Cabral²⁰, é no sentido de reconhecer a prova indiciária como capaz de ensejar um juízo de condenação, como nos casos *United States v. Abbel*, 271 F.3d 1286 (11 Cir. 1001); *United States v. Calb*, 69 F.3d 1417 (9th Cir. 1995); *United States v. Reiss*, 186 F.3d 149 (2nd Cir. 1999); *United States v. Hardwell*, 80 F.3d 1471 (10th Cir. 1996).

Gardner cita casos em que o cadáver da vítima não foi encontrado ou de álibis refutados, sinalando a possibilidade de um veredicto condenatório mesmo que somente sustentado em prova indiciária, quando robusta e coerente²¹. Igualmente, Signorelli indica um caso em que as marcas do sapato do acusado no local do crime, somadas a outras circunstâncias que o ligavam à cena delituosa, foram consideradas provas aptas à condenação, no caso *United States v. Campbell* 146 III, 2.d 363, 586 N.E. 2.d 1261 (1992)²².

Entre critérios para a consideração da prova indiciária, aponta que a jurisprudência entende que os motivos, oportunidade, propensão não podem por si só servir de prova para uma incriminação, a qual poderá advir, mesmo por indícios, em casos de exames de DNA, provas periciais em geral, prova testemunhal, documentos, ou seja, elementos que, além de aspectos subjetivos, tenham por base pontos objetivos que demonstram a existência daquele fato em questão e a autoria do delito.

e) PORTUGAL: no sistema português, o legislador não inseriu os indícios entre os “meios de prova”, deixando em aberto para que o juiz analisasse, com base no sistema de livre apreciação da prova, o valor da prova processual baseada em indícios.

²⁰ CABRAL, J. S. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 17, p. 16-17, maio/ago., 2012.

²¹ Caso *United States v. Holland*, 1954, segundo GARDNER, T. J.; ANDERSON, T. M. *Criminal evidence: principles and cases*. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013, p. 83.

²² SIGNORELLI, W. P. *Criminal law, procedure and evidence*. New York: CRC Press, 2011, p. 336.

O art. 127º do CPP aponta nesse sentido, com a previsão de que o juiz, ao julgar, pode avaliar a prova livremente, levando em consideração as regras de experiência. Nesse ponto, portanto, entram os indícios, extraídos de testemunhos, perícias, documentos, declarações da vítima e do próprio réu, ou seja, a partir da prova colhida pelos meios de prova admitidos no sistema processual penal vigente.

Os fatos que são demonstrados e que não tem o condão de diretamente levar o intérprete a uma conclusão sobre o *thema probandum* constituirão a prova por indícios. E tanto essa prova é extremamente relevante no processo penal, que, no CPP português, há diversas passagens em que os indícios são previstos como “fortes”, “fundados”, “suficientes”, sendo pressupostos para uma determinada decisão judicial²³.

Portanto, os indícios não são tratados como “meio de prova”, porém, poderão formar um acervo probatório que parte dos mais diversos meios de prova que levarão à suficiência ou não para que o juiz adote determinadas medidas coercitivas ao longo do processo (prisão cautelar, buscas e apreensões, interceptações telefônicas) ou faça análise na sentença sobre o mérito da demanda (absolvição ou condenação do réu).

A doutrina e a jurisprudência admitem a prova indiciária como apta a ensejar medidas gravosas como prisão preventiva ou, com restrições, a própria condenação do acusado, sendo que os indícios, a partir da lógica, da utilização das máximas de experiência, poderão atingir a suficiência probatória necessária a legitimar uma condenação. A problemática, porém, está nos limites e critérios para fundamentar a decisão nesse sentido, baseada em indícios.

Em face disso, a admissão da prova indiciária no processo penal português está consubstanciada em diversos pontos da legislação proces-

²³ Por exemplo: a) artigo 27º, n.º 3, al.ª c, da CRP; b) artigos 200º, n.º 1, 201º, n.º 1 e 202º, n.º 1, al.ª a, do CPP, há referência a “indícios fortes”; c) artigo 174º, n.º 5, al.ª a, do CPP, “indícios fundados”; d) artigos 277º, n.º 2; 283º, n.º 1; 285º, n.º 2, 298º, 302º, n.º 4, 308º, n.º 1, 391º-A, n.º 1, do CPP, “indícios suficientes”; e) artigos 171º, n.º 1; 174º, n.ºs 1 e 2; 246º, n.º 5, al.ª a, do CPP.

sual, bem como encontra respaldo na doutrina e na jurisprudência. Assim, certas posições que confundem alguns pontos relevantes sobre a questão da suficiência de prova, discriminando, inclusive, a prova indiciária, somente podem ser vistas como um equívoco interpretativo.

Como se pode verificar, os indícios, independentemente de estarem previstos na legislação como um “meio de prova” (como ocorre no Brasil), são considerados aptos a sustentar um acervo probatório que ampare uma condenação, vencendo o princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo*, inexistindo qualquer hierarquia entre prova direta ou indireta nos ordenamentos jurídicos estudados.

3 ASPECTOS GERAIS SOBRE A PROVA INDICIÁRIA

Não se pode perder de vista que o processo penal está diretamente ligado ao ideal de busca da verdade como forma de realização de justiça²⁴, dentro de diversos limites que são dispostos nas normas jurídicas e, igualmente, que decorrem do caráter subjetivo referente à produção e valoração da prova²⁵.

A ideia, assim, de busca da “verdade” no processo está ligada à própria justificação do poder jurisdicional em um Estado de Direito, a sua legitimação²⁶. A certeza judicial que alicerça a condenação deve estar aliada

²⁴ Nesse caminho, BARROS, M. A. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 28. Também, GOLDSCHMIDT, W. *Justicia y verdad*. Buenos Aires: La Ley, 1978.

²⁵ Como aduz LOPES, “O processo penal é, no sentido que vem sendo exposto, sempre um processo vinculado à verdade. Trata-se, no entanto, de um modelo que se sustenta no reconhecimento das limitações que decorrem de uma actividade intersubjectiva de produção e valoração de prova, sujeita a regras específicas e pré-definidas e que, por isso se impõe com um valor aproximativo” (LOPES, J. A. M. *A fundamentação da sentença no sistema penal português*: legitimar, diferenciar, simplificar. Coimbra: Almedina, 2011, p. 49).

²⁶ MATA-MOUROS: “Meta do processo penal continua a ser, segundo uma opinião alargada, investigar a verdade a respeito do facto punível e castigar o seu autor. Todavia, em face dos vários limites e obstáculos opostos à descoberta da verdade, muitos autores têm vindo a recorrer a outras formulações, aumentando

à representação de verdade (numa concepção de probabilidade predominante), a qual é extraída num processo justo e democrático, com direito de defesa amplo²⁷.

No campo da prova indiciária, certamente, pode-se supor que, em não havendo provas diretas, a formação dessa convicção, frente às limitações probatórias estipuladas na legislação processual penal e nas normas constitucionais, tende a ser ainda mais complexa e difícil, exigindo a busca de parâmetros determinados a fim de garantir a legitimidade do exercício do *jus puniendi* por parte do Estado. A questão é a racionalidade na análise da prova.

Para a existência de uma condenação e, dessa forma, a consequente restrição de liberdade do acusado, é essencial que haja, em um processo que seja garantido o contraditório e a ampla defesa, provas suficientes que apontem para a responsabilidade criminal do agente²⁸.

Durante muito tempo prevaleceu o entendimento de que a prova indireta, sendo uma prova que não se refere de modo imediato ao fato principal a

o número daqueles que hoje se contentam em definir o fim do processo penal como a mera busca da probabilidade lógica ou indutiva no respeito pelos valores constitucionais. (MATA-MOUROS, M. F. *Direito à inocência*: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário. Estoril: Principia, 2007, p. 113).

²⁷ Nesse mesmo sentido é a posição de FERRAJOLI, ao gizar que a inferência probatória realizada pelo juiz, ao fazer a reconstrução do fato histórico que se busca analisar no processo, a partir de um conjunto de provas, é um raciocínio indutivo, em que a conclusão tem o valor de uma hipótese de “probabilidade”, numa ordem de conexão causal entre o fato que será considerado aceito como prova e o conjunto de provas em geral. Como ressalta, “sua verdade não está demonstrada como sendo logicamente deduzida das premissas, mas somente comprovada como logicamente provável ou razoavelmente plausível” e seguindo princípios da indução” (FERRAJOLI, L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 44).

²⁸ ALBRECHT faz a comparação com um “espartilho”, referindo:/. O princípio da legalidade processual impõe ao Estado perseguidor penal um espartilho apertado. Em caso de lesões do Direito, o Estado precisa se mexer, mas é limitado, por meio do espartilho, em seu espaço de movimento. Um espartilho pode ser desconfortável. Consegue-se maior conforto quando não se precisa movimentar o espartilho, ou quando se pode tirá-lo, em caso de movimento” (ALBRECHT, P-A. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito penal. Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010, p. 188).

ser provado, teria um valor menor, inclusive, na grande maioria dos casos, não poderia ensejar uma condenação.

Esse preconceito em relação à prova indireta é verificado em vários momentos históricos, sobretudo, em sistemas processuais penais da Idade Média em que a verdade “material” era buscada a partir de um modelo inquisitório absoluto, em que a tortura era o meio usado para extrair a confissão do réu. As provas indiretas, então, eram justificativas para a investigação e, por consequência, a tortura do acusado, para que fosse angariada a sua confissão, processo que perdurou durante anos, como se vê na *Lex Carolina*, de 1532, de origem germânica, que regulou, de certo modo, o valor da prova indiciária²⁹.

Porém, mesmo com a evolução dos sistemas judiciais, a partir dos séculos XVIII e XIX, seguiu-se, por muitos doutrinadores e, assim, com reflexo na jurisprudência, uma desconfiança em relação à prova indireta.

Segue-se, até hoje, em julgamentos e decisões, ouvindo-se que indícios são meras ilações, conjecturas e não servem para garantir uma prova segura. Entretanto, há concepção firme em sentido totalmente oposto, na doutrina nacional e, igualmente, dos mais diversos países, mesmo com culturas judiciárias distintas.

Veja-se, por exemplo, Judy Hails, ao tratar do que chama de “mito”, quanto à distinção de prova direta e indireta e seu valor probatório. Aponta como “mitos” sobre a prova indireta:

- a) a convicção do juiz não pode ser baseada em prova indireta;
- b) a prova direta tem maior peso (*weight of evidence*) que a prova indireta;
- c) a prova direta significa um “objeto físico”, ou seja, a arma do crime, o bilhete de um resgate de refém;

²⁹ Sobre a questão, vide MOURA, M. T. R. A. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 17. Também, na parte que analisa os indícios no “Das alte germanische Recht”, DEPPENKEMPER, G. *Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis*. Göttingen: V & R Unipress, 2004, p. 180-185.

d) a prova indireta seria uma prova de “ouvir dizer” ou de rumores sobre o caso.

E desfaz tais “mitos”, afirmando que:

- a) não há qualquer regra, norma legal, que preveja qual tipo de prova deve ser usada para a formação da convicção do juiz;
- b) o julgador decide qual o peso que caberá a cada parte da prova, como em casos em que uma testemunha do fato principal tenha sua credibilidade afetada ou questionada;
- c) a prova direta é baseada em um conhecimento de primeira mão (*firsthand knowledge*) sobre o fato a ser provado;
- d) a prova indireta não é de “ouvir dizer”, mas, sim, por exemplo, por testemunhos que indiretamente comprovam o fato – o julgador precisa usar uma inferência lógica para relacionar a prova indireta com o crime³⁰.

Greenstein, por sua vez, também refere o “mito da prova direta”, confrontando a ideia de que a prova circunstancial tenha valor probatório inferior.

Esse “mito”, por sinal, é enfrentado tanto na doutrina anglo-americana como continental, seguindo-se com entendimentos que consideram a prova indiciária uma prova “menor”. Essa situação, portanto, merece ser analisada e confrontada, pois diante de uma criminalidade técnica ou de crimes premeditados, como nos casos de crimes econômicos, criminalidade organizada, tráfico de drogas, ou mesmo em crimes de ímpeto, mas praticados sem testemunhas, há evidente necessidade de recorrer-se aos indícios, sob pena de reinar a impunidade de modo preestabelecido, algo que desvirtuaria qualquer sistema jurídico sério e de bom senso.

³⁰ HAILS, J. *Criminal evidence*. 7. ed. New York: Wadsworth, 2012, p. 106. Igualmente, em artigo específico sobre o “mito da prova direta”, assinalando a importância da prova indireta com a mesma (ou até, dependendo das circunstâncias do caso concreto, maior) eficácia probante, ver: GREENSTEIN, R. K. *Determining facts: the myth of direct evidence*. Disponível em <<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstractid=1116644>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

3.1 Índícios: conceituação

Inicialmente, cabe observar que indício significa, pelo próprio senso comum, um rastro, vestígio, sinal. Gianturco observa que “indício” decorre de “indicere” (*inde dicere*), o que confere o sentido de apontar, indicar o caminho a ser seguido, ideia que fomenta a base estrutural da prova indiciária pela argumentação lógica.

Como refere, o “indício” constitui um *argumentum demonstrativum delicti*, pois de um fato conhecido, por intermédio de um juízo lógico, em que se agrega um característico silogismo probatório, chega-se pela argumentação à existência de um fato ignorado, constituindo este o *thema probandum*³¹.

Scapini³² aduz que o sentido da palavra indício na terminologia comum não se diferencia de modo especial no campo técnico-jurídico: se indício decorre de “indicere”, de uma ideia de “indicação”, “mostra” ou vestígio, rastro, certo que o seu significado na esfera jurídica é de que ao partir-se de um fato que se tem como conhecido, identificado, por um exercício lógico, pode-se chegar a um fato desconhecido, o qual é objeto de prova, pendendo de demonstração.

Dellepiane, igualmente, afirma que “indício” é “todo rastro, vestígio, pegada, circunstância”, ou seja, um fato conhecido e provado que poderá levar o intérprete, por meio de inferência, ao conhecimento de um fato ignorado³³.

³¹ GIANTURCO, V. *La prova indiziaria*. Milão: Giuffrè, 1958, p. 3.

³² SCAPINI, N. *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*. Milão: Giuffrè, 2001, p. 9.

³³ DELLEPIANE, ainda, observa que: “Como é que mediante um fato comprovado podemos chegar a conhecer outro, que ignoramos e que nem foi percebido por nós, nem caiu sob a percepção de uma testemunha que no-lo refere, nem foi consignado em nenhum documento escrito, nem nos foi revelado por seu autor? Graças a uma operação da mente, como acabamos de antecipá-lo, graças a uma inferência que, para lograr tal fim, se apoia nas relações necessárias derivadas da natureza das coisas” (DELLEPIANE, A. *Nova teoria da prova*. Tradução de Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004, p. 77).

Malatesta sustenta que “o indício é aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade”³⁴. Frisa a necessidade da existência de um nexos causal, ou seja, uma relação de causa ou efeito entre o fato conhecido e aquele que se busca provar, o qual é vislumbrado a partir de raciocínio lógico embasado em regras de experiência.

Murphy entende que na *circumstantial evidence* a conclusão desejada acerca de um fato ocorre por inferência, relacionando-o com outro, o que a diferencia da prova direta³⁵. Nesse mesmo sentido, Allen aduz que na *circumstantial evidence* não há o caráter imediato da prova direta, sendo necessário que as conclusões relacionadas ao fato principal sejam resultado de inferências que se extraem de outros fatos³⁶.

Por sua vez, May distingue *direct evidence* de *circumstantial evidence*, indicando que esta última é a prova em que circunstâncias que envolvem um fato (*event* ou *offence*) precisam ser inferidas por outro³⁷. Explica que, como de modo geral, muitos crimes são praticados sem a presença de testemunhas, a acusação será baseada em circunstâncias delineadas por outros fatos que, por inferências lógicas, poderão levar ao fato que se pretende provar.

Por fim, no direito brasileiro, Moura afirma que indício “é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-

³⁴ MALATESTA giza a importância da relação “causa e efeito” entre o fato conhecido (indiciário) e o fato desconhecido (fato probando), ressaltando a conexão lógica necessária para demonstração do fato a ser provado. (MALATESTA, N. F. D. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 197-198).

³⁵ MURPHY, P. *Murphy on evidence*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 22.

³⁶ ALLEN, R. J. *Evidence: text, cases, and problems*. 2. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 151.

³⁷ MAY, R. *Criminal evidence*. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 4.

-dedutivo”³⁸, exigindo-se que haja a plena conexão lógica provada entre ambos os fatos.

De modo geral, são esses alguns conceitos doutrinários acerca dos indícios, os quais, cabe salientar, podem valer para demonstração da materialidade, autoria, elemento subjetivo, qualificadoras, ou seja, poderão ter capacidade persuasiva para todos os elementos do tipo.

3.2 Classificação dos indícios

A classificação dos indícios serve para definir uma teoria sobre a prova indiciária, possibilitando seu manejo em um contexto probatório para determinação de uma condenação (caso atinja um grau de suficiência a ensejar um juízo de certeza) ou absolvição (insuficiência de elementos de prova).

Gorphe descreve uma classificação de indícios³⁹, dividindo-a em critérios: por sua força probatória, extensão, cronológica, citando, ainda, uma classificação “lógica” de Ellero, sobre o papel incriminador dos indícios:

- a) por sua força probatória, os indícios seriam “manifestos”, “próximos” ou “remotos”, dependendo, pois, de sua direta relação com o fato a ser provado, uma conexão necessária e praticamente irrefutável ou, de outro lado, apenas um vínculo contingente;
- b) quanto à extensão, os indícios seriam “comuns” ou “gerais” e indícios “próprios” ou “específicos”, dependendo se podem referir-se a qualquer espécie de crime ou, de outro lado, estão ligados a uma espécie particular de delito⁴⁰;

³⁸ MOURA, M. T. R. A. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41.

³⁹ GORPHE, F. *Apreciación judicial de las pruebas*. Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 222-225.

⁴⁰ GIANTURCO também aponta uma classificação de indícios, praticamente, nesse mesmo sentido, na obra *La prova indiziaria*. Milão: Giuffrè, 1958, p. 83 e ss.

- c) quanto ao aspecto cronológico, os indícios podem ser “antecedentes”, “concomitantes” ou “subsequentes”, de acordo com o tempo em que se situam em relação ao momento da prática do crime, tais como ameaças, a arma com o autor do crime ou a sua fuga do local;
- d) quanto à classificação lógica de acordo com o papel incriminador, conforme Ellero, são apontados três grupos: condições morais e físicas que tornam possível a prática do delito pelo acusado e comprovam virtualmente, como se vê pela capacidade de delinquir e cometer o crime, a oportunidade de cometer o delito e a motivação do crime; os vestígios (rastros) materiais deixados na execução do delito; as manifestações do culpável ou de terceiros, antes ou depois do delito.

Coelho, fazendo profunda análise sobre as espécies de indícios e seu possível valor para a formação de convencimento, sugere a seguinte classificação⁴¹:

- a) quanto ao resultado: indícios manifestos (de certeza) ou indícios contingentes (de probabilidade);
- b) quanto à probabilidade e aspectos cronológicos: veementes ou muito próximos; de alta ou média probabilidade (próximos), leves, de simples possibilidade (remotos); inexpressivos, de baixa credibilidade ou inverossímeis (vagas suspeitas);
- c) quanto ao fator estritamente cronológico: indícios antecedentes, concomitantes ou subsequentes;
- d) quanto à sua natureza probatória: indícios em sentido estrito e indícios em sentido lato;
- e) quanto à sua natureza intrínseca: indícios objetivos e indícios subjetivos ou morais.

Interessante a classificação citada por García Cavero, que divide em duas espécies determinadas em que se enquadram diversos tipos de

⁴¹ COELHO, W. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 63.

indícios, não por seu valor, mas circunstâncias específicas que, caso verificadas no fato que se discute no processo, poderão ganhar especial valor, dependendo de sua configuração e força delineada pelas peculiaridades do caso concreto:

- a) indícios do delito “em potencial”: a capacidade do acusado para delinquir; a motivação do crime; a oportunidade para cometer o delito;
- b) indícios do delito “no ato”: indícios “antecedentes”, pelos atos preparatórios para o cometimento do crime ou manifestações prévias; indícios “concomitantes”, que podem ser vestígios ou rastros de sangue no local do crime, permitindo exames periciais; e indícios “subsequentes”, como a má justificação do crime pelo acusado, fuga inexplicável do local do crime, tentativa de suborno de autoridades, obstrução das investigações, a confissão extrajudicial, o retorno ao local do crime, a posse de objetos do crime e a mudança da situação econômica⁴².

A classificação dos indícios, assim, traz a aproximação e agrupamento de possíveis circunstâncias de um fato que estarão diretamente relacionadas, em uma relação de causalidade (ou não) com o fato criminoso em si e todas suas consequências (materialidade, autoria, elemento subjetivo do tipo, culpabilidade).

No direito anglo-americano, da mesma forma, o valor probatório da *circumstantial evidence* e a relevância de cada circunstância propriamente dita são de suma importância, levando em consideração a relevância (*relevance*) e o peso (*weight*), abordando a doutrina diversas espécies de indícios, separadamente, que, de modo usual, são discutidos nos *cases*.

Hails indica várias circunstâncias que podem ser consideradas para a comprovação do fato e que devem ser ponderadas em casos indiciários, como por exemplo⁴³:

⁴² GARCÍA CAVERO, P. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Reforma, 2010, p. 48-65.

⁴³ HAILS, J. *Criminal evidence*. 7. ed. New York: Wadsworth, 2012, p. 108-129.

- a) a habilidade específica para cometer o crime;
- b) ter disponíveis os meios para a prática do crime;
- c) capacidade física e mental do acusado;
- d) o *modus operandi*;
- e) motivos para a prática do crime;
- f) ameaças;
- g) a reputação das testemunhas;
- h) fuga do local do crime;
- i) ocultação de provas;
- j) riqueza súbita (crimes patrimoniais ou econômicos, principalmente);
- k) caráter do acusado ou da vítima.

Esses fatores são fundamentais para demonstração do peso (qualidade – *weight*) da prova e sua relevância, ou seja, seu caráter persuasivo.

Porém, já como salientava Gorphe⁴⁴, nenhuma das classificações efetivamente poderá seguir uma lógica rigorosa, sobretudo no que diz respeito à força probatória do indício, mas serve, sobretudo, como um meio de fazer a divisão de uma multiplicidade de fatos, permitindo, assim, a facilitação do estudo da questão por partes, o que, sem dúvida, colabora para melhor avaliação do peso da prova indiciária, ao final, como um todo.

Nesse contexto, de acordo com Coelho, “convergência”, “concurso” e “concordância”, no aspecto processual, apresentam conceitos e amplitudes diversas, não sendo sinônimos⁴⁵.

Convergência quer dizer que os indícios apontam para a mesma finalidade, resultando em um produto único, ou seja, existe no processo mais de um indício e estes apontam no mesmo sentido,

⁴⁴ GORPHE, F. *Apreciación judicial de las pruebas*. Tradução de Luis Alcalá-Zamora e Castillo. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 225.

⁴⁵ COELHO, W. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996, p. 67-69.

extraindo-se uma determinada conclusão. Concurso traduz um aspecto apenas aritmético, numérico, uma soma de indícios que, não obrigatoriamente, apontem num mesmo caminho. A concordância refere-se à existência de indícios em justaposição que não se anulam nem se repelem.

Assim, pode haver um indício isolado ou um “concurso” de indícios, os quais, porém, não convergem. Igualmente, pode haver mais de um indício em concordância, porém, ao fim da operação lógica, verifica-se que não há convergência⁴⁶. Esta poderá ocorrer em caso de concurso e concordância de indícios, levando-se à conclusão, por inferência, que estes convergem, o que lhe poderá emprestar maior força probatória no contexto geral a ser avaliado no caso concreto.

Por fim, cabe ressaltar a ideia dos chamados contraindícios, que consistem em indícios que se contrapõem aos indícios que inculpam o acusado, contrapondo-se a essa prova indiciária com outros indícios, no caso, favoráveis ao réu. Possuem o papel de arrefecer, diminuir ou até mesmo refutar a acusação que se baseava em indícios no sentido da responsabilização do acusado, fazendo prova em contrário. A questão de fundo é a efetiva diminuição do grau de probabilidade, que restaria no campo da incerteza e mera possibilidade ou, até mesmo, pelo valor do contraindício, por comprovar totalmente a inocência do réu⁴⁷.

O debate da valoração da prova indicaria, assim, dar-se pela análise da força (peso da prova – *weight of evidence*) da prova cir-

⁴⁶Nesse sentido, DELLEPIANE observa: “para nós, concordância e convergência são coisas diversas: a primeira, refere-se aos indícios ou fatos indicadores; a segunda, às deduções ou inferências formadas indiciárias. São estas, são as deduções ou inferências formadas com os indícios as que convergem ou concorrem a um mesmo ponto, isto é a uma mesma conclusão” (DELLEPIANE, A. *Nova teoria da prova*. Tradução de Erico Maciel. Campinas: Editora Minelli, 2004, p. 118).

⁴⁷ COELHO, W. *Prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996, p. 67-69.

cunstantial, que deverá afirmar a versão acusatória, refutando teses contrárias, inclusive, provindas de contraindícios articulados pela defesa.

4 FORÇA PROBATÓRIA DOS INDÍCIOS

4.1 Requisitos sobre a prova indiciária: inferências lógicas e juízo de valor

Para que a prova indiciária seja considerada e possua valor demonstrativo, diante do que já se pode observar, tanto pela posição da doutrina, como na jurisprudência, alguns pressupostos são basilares. Por óbvio, dependerão de vários fatores, inclusive subjetivos, mas que tornam necessária a identificação de critérios de racionalidade para que se tenha uma decisão juridicamente adequada.

A prova indiciária é uma prova que parte de um fato conhecido para que, mediante um raciocínio lógico, por inferência, tenha-se elementos para a demonstração de um outro fato, desconhecido, o que efetivamente se quer provar. Esse juízo, conforme lembra Löwe-Rosenberg, é de probabilidades, sendo essa a concepção de grande parte da doutrina continental e, sobretudo, anglo-americana⁴⁸.

Um processo consiste num debate de hipóteses, a iniciar com a acusatória e, em seguida, rebatida pela defensiva, além de muitas que digam respeito ao fato principal, em si, mas, também, a fatos secundários que devem ser provados. Nesse ponto, Ferrer Beltrán, na linha de Cohen, sustenta que a teoria mais adequada é

⁴⁸ LÖWE-ROSENBERG. *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. 26. ed. Berlin: De Gruyter, 2013, p. 200-232. Também, na clássica concepção de LOPEZ MORENO, D. S. *La prueba de indicios*. Madrid: Velascos Impresos, 1891.

aquela que defende a realização de um juízo de probabilidade “lógico ou indutivo”⁴⁹.

As exigências atuais em relação à criminalidade organizada, de colarinho branco, tráfico de drogas, que acabam por determinar toda uma criminalidade violenta, tais como homicídios, roubos, sequestros, impõem uma maior consideração da prova indiciária⁵⁰, pois não se pode querer que, em cada delito dessa espécie, haja prova direta de sua prática, interpretação que beiraria à chamada prova “diabólica” e representaria um claro descomprometimento do Estado em relação ao avanço da criminalidade⁵¹.

⁴⁹ Interessante ressaltar a observação de FERRER BELTRÁN ao citar a posição de SCHUM, distinguindo cinco grandes escolas de raciocínio probatório: “1) la escuela de Pascal/Bayes de la probabilidad y la incertidumbre, 2) la escuela de Bacon/Mill/Coehn de probabilidad inductiva, 3) la escuela Shafer/Dempster de las creencias no aditivas, 4) la escuela de Zadeh de la probabilidad y la inferência fuzzy y 5) la escuela escandinava del valor probatório. La tesis de Schum es que ninguna de ellas es capaz de dar cuenta de modo general del razonamiento probatório, siendo cada una de ellas adecuada para algunos de los tipos de inferência probatória que componen esse razonamiento”. FERRER BELTRÁN, na mesma linha de Cohen, considera a probabilidade indutiva a tese mais adequada para a questão de valoração probatória (FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 120-121).

⁵⁰ SIMÕES, E. D. Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 2, p. 203-215, maio/ago., 2007. De acordo com suas ponderações, “A crescente complexidade e opacidade dos fenómenos criminais que hoje se perfilam não exigirá maior elaboração no acto decisório ou, se se preferir, maior ousadia sentencial? Cuido francamente que sim, que também entre nós tem que se encetar um movimento de ultrapassagem dos rígidos cânones de apreciação da prova, que leve descomplexadamente à assunção dos critérios da ‘prova indirecta, indiciária ou por presunções’ (circunstancial, preferem outros), como factores válidos de superação do princípio da presunção de inocência”. P. 204.

⁵¹ Por exemplo, ANTUNES discute que as novas formalidades de criminalidade que surgem em um mundo globalizado e com novas características, possivelmente, necessite que no campo do Processo Penal haja uma mudança de tratamento e mentalidade (ANTUNES, M. J. Direito processual penal: direito constitucional aplicado. In: MONTE, M. F., et al. *Que futuro para o direito penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 745-754).

Seguindo esse caminho, Cabral⁵² aponta como requisitos:

- a) que os indícios decorram de prova direta;
- b) análise da gravidade dos indícios;
- c) indícios devem ser independentes;
- d) pluralidade de indícios (quando não se fundamentem em leis naturais);
- e) os indícios devem ser concordantes;
- f) as inferências devem ser convergentes;
- g) deve ser afastada a existência de contraindícios.

Seguindo essa mesma linha, Gascón Abellán⁵³ aponta a utilização da inferência indutiva na atividade lógica de investigação e justificação no processo judicial, propondo um esquema valorativo do grau de confirmação de hipóteses, em que a probabilidade indutiva, na discussão e verificação das hipóteses que deverão observar pelo menos três requisitos:

- a) não refutação da hipótese: não haver hipóteses alternativas que afastem a hipótese aventada ou que a contradigam;
- b) confirmação da hipótese: uma hipótese vem confirmada por uma prova se existe um nexos causal ou lógico entre ambas

⁵² CABRAL, J. S. A prova indiciária e as novas formas de criminalidade. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 17, p. 13-33, maio/ago., 2012. Também, sobre o pressuposto lógico na valoração dos indícios, MATTA ressalta: “O facto de o indício não ter uma conexão directa com o factum probandum leva a que o respectivo valor probatório seja variável, dependente do tipo de ilações que o indício autoriza. Um indício será tanto mais seguro quanto menos ilações alternativas permita. Daí que haja que proceder com cautela acrescida na apreciação e valoração dos indícios, sendo imprescindível, para assegurar graus acrescidos de fidedignidade, que se distinga por um lado a prova (demonstração) do indício em si, do juízo lógico que tende a relacionar o indício com o facta probanda” (MATTA, P. S. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, M. F. (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 227-228).

⁵³ GASCÓN ABELLÁN, M. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em <http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf> Acesso em: 13 nov. 2013.

(que é uma simples lei probabilística ou uma máxima de experiência) que faz com que a existência desta última constitua uma razão para aceitar a primeira, sendo a confirmação uma inferência indutiva, pois o grau de confirmação de uma hipótese é equivalente à probabilidade, ou seja, a credibilidade da hipótese à luz do conjunto de informações disponíveis. Esse grau de probabilidade é maior ou menor de acordo com as seguintes ideias:

- b.1) fundamento cognoscitivo e o grau de probabilidade expressado pelas regras e máximas de experiência usadas;
- b.2) grau de certeza das provas que a confirmam;
- b.3) número de passos inferenciais que separam as hipóteses das provas que a confirmam;
- b.4) a quantidade e variedade de provas ou confirmações;
- c) maior probabilidade do que qualquer outra hipótese sobre os mesmos fatos: importante adoção de um critério de coerência narrativa, sendo mais improvável a hipótese que exige pressupor um maior número de eventos e recorrer a um maior número de princípios explicativos auxiliares para permitir a coerência entre a hipótese e as provas⁵⁴.

⁵⁴ Afirma GASCÓN ABELLÁN a seguinte situação: “Según el criterio de la coherencia narrativa, resulta menos improbable, y por tanto más racional, la primera hipótesis. Con todo, es posible que al final ninguna de las hipótesis en liza resulte suficientemente probada en detrimento de la otra, o que, siendo la probabilidad de una de ellas superior a la de la otra, esa probabilidad siga sin ser suficiente según los estándares institucionalmente exigidos (por ejemplo, mientras que en los procesos civiles suele bastar con una probabilidad preponderante, en los procesos penales suele exigirse un resultado más allá de toda duda razonable). La necesidad que tiene el juez de resolver a pesar de este resultado estéril queda entonces cubierta por el reconocimiento (implícito o explícito) de reglas legales de decisión que indican en cada caso en favor de qué hipótesis ha de orientarse la solución. El in dubio pro reo en el proceso penal y, en general, las reglas sobre la carga de la prueba constituyen ejemplos de las mismas” (GASCÓN ABELLÁN, M. *Prueba y verdad en el derecho*. México, Escuela Judicial Electoral, 2004, p. 75. Disponível em <<http://www.insumisos.com/>

Pastor Alcoy, citando diversos acórdãos do Tribunal Supremo espanhol, enumera os requisitos que são exigidos para que a prova indiciária assuma eficácia condenatória, transpassando os limites da presunção de inocência do acusado, a evitar qualquer espécie de arbitrariedade na sentença judicial baseada em indícios⁵⁵:

- a) pluralidade de indícios, com a existência de dois ou mais, sendo insuficiente apenas um;
- b) confluência ou coincidência destes, que devem apontar em uma mesma direção;
- c) não devem ser desvirtuados ou desmentidos por outros em sentido contrário, pois seriam anulados e perderiam seu valor;
- d) os fatos-base geradores da inferência devem estar suficientemente provados e acreditados, por prova direta, lícita e legalmente obtida;
- e) as inferências devem ser racionais e responder aos ditados do bom sentido e da lógica, não podendo ser absurdas ou desatinadas, o que caracterizaria uma arbitrariedade;
- f) entre o fato-base e o fato-consequência deve haver um enlace preciso segundo as regras do critério humano (regras de experiência);
- g) deve existir uma conexão mental entre os indícios, afastando qualquer outra hipótese razoável a que se possa creditar o delito;
- h) se existem várias possibilidades entre os indícios e suas consequências, deverão ser demonstradas e delimitadas na sentença, por que se escolhe uma, rechaçando-se outras;
- i) a sentença que utiliza prova indiciária deve demonstrar concretamente quais fatos são considerados como indiciários;
- j) a sentença deve expressar os critérios mentais que levaram à inferência lógica utilizada, geradora da conclusão.

[lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf](#)>. Acesso em: 22 jan. 2014).

⁵⁵ PASTOR ALCOY, F. *Prueba indiciaria e presunción de inocência: analisis jurisprudencial, requisitos y casuística*. Valencia: Práctica de Derecho, 2002, p. 52.

Esses mesmos requisitos, de uma forma geral, são apontados pela doutrina espanhola, seguindo a linha jurisprudencial.

Também, cabe ressaltar as ponderações que Cordón Aguilar faz, em estudo sobre a prova indiciária na jurisprudência espanhola, relacionando-a com a presunção de inocência, identificando ao menos seis requisitos sobre a eficácia dos indícios no contexto do processo penal⁵⁶:

- a) a pluralidade de indícios ou indício único de especial significação probatória;
- b) indícios devidamente provados;
- c) indícios periféricos ou concomitantes ao fato a provar;
- d) indícios inter-relacionados entre si;
- e) racionalidade do enlace entre os indícios e o fato a ser provado;
- f) necessidade de demonstração explícita do raciocínio do julgador na sentença.

Miranda Estrampes⁵⁷ assinala que os requisitos seriam: pluralidade de indícios; confirmação de cada indício via prova direta; enlace entre fato-base e fato-consequência deve estar alicerçado em regras lógicas e máximas de experiência; a exclusão de contraindícios. Frisa um aspecto relevante: a correlação lógica entre os indícios e a conclusão opera em um sentido positivo, pois devem desembocar em uma única conclusão, assim como um sentido negativo, tendo que levar à exclusão de qualquer outra hipótese.

Neves, analisando a questão dos indícios “suficientes”, resalta que a prova para que o réu seja processado, deve contar com o mesmo

⁵⁶ CORDÓN AGUILAR, J. C. *Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011, p. 205-240. Disponível em <http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/1110366/110651/1/DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2013.

⁵⁷ MIRANDA ESTRAMPES, M. *La mínima actividad probatória en el proceso penal*. Barcelona: José María Bosch, 1997, p. 244.

grau de probabilidade para eventual condenação, não bastando, porém, uma probabilidade mínima ou intermediária⁵⁸.

Nesse mesmo sentido, Silveira defende que indícios “suficientes” são aqueles que contam uma probabilidade particularmente forte de futura condenação, sendo muito além da ideia de “probabilidade predominante”, que seria extraída da interpretação literal da lei, por trazer a expressão “possibilidade razoável”, mas “qualificada” como uma probabilidade bem maior do que mero 50%. Não bastaria, assim, ser um pouco além da metade, mas uma alta probabilidade⁵⁹.

Por sua vez, Palma refere, expressamente, que “a relação entre indícios e a possibilidade de condenação é que caracteriza a suficiência dos indícios”⁶⁰. Obrigatoriamente, o grau de probabilidade de que se extrai da contundência das provas que constam do processo será fator determinante para justificar um decreto condenatório, permitindo inferências que formem uma conexão lógica e que levem a uma conclusão com alto grau de probabilidade.

⁵⁸ NEVES, R.V. *Livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção* (na decisão penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 51-55.

⁵⁹ SILVEIRA: “Só uma forte ou alta possibilidade pode justificar a dedução da acusação ou prolação do despacho de pronúncia. Não apenas por esta ser a solução que melhor se adapta à particular estrutura do processo penal, como também por ser a única que consegue a imprescindível harmonização entre o critério normativo presente no juízo de afirmação da suficiência de indícios e as exigências do princípio da presunção de inocência do arguido” (SILVEIRA, J. N. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, M. F. [coord.]. *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 171).

⁶⁰ PALMA, com precisão, evidencia que “Na lógica do Código de Processo Penal, os indícios que justificam a acusação são, segundo me parece, necessariamente graves ou fortes, no sentido de serem factos que permitem uma inferência de tipo probabilístico da prática do crime (enquanto facto) de elevada intensidade, permitindo estabelecer uma conexão com aquela prática altamente provável. E é assim porque os indícios de elevada intensidade são suficientes, isto é, justificam um juízo normativo de ‘possibilidade razoável’ da condenação” (PALMA, M. F. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. *Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa*, v. II, Coimbra, 2005, p. 270).

4.2 Suficiência de prova: indícios e prova acima de dúvida razoável

Falar-se na “suficiência” da prova indiciária para efeito de que se ultrapasse a linha da presunção de inocência e não haja, assim, dúvidas para uma condenação, é, de certa forma, falar-se em existência de “prova acima de dúvida razoável”⁶¹.

Dallagnol, no direito brasileiro, nesse aspecto, sentencia: “a força da prova depende da formulação de predições e testes sobre as hipóteses explanatórias (aspecto dinâmico da inferência para melhor explicação)”⁶². Como salienta Stein, o “peso da prova” (*weight of evidence*) deve estar relacionado com o grau de probabilidade de afirmação de determinada versão, em que os argumentos emprestam uma particular característica e força a uma conclusão⁶³.

Nesse passo, e de acordo com todo que já foi visto, Greenstein⁶⁴ desenvolve a ideia de ser totalmente inaceitável e errada a concepção de maior valor da prova direta.

⁶¹ Como observa GARDNER, em 1850, na Suprema Corte Judicial do Estado de Massachusetts, nos Estados Unidos, pelo Juiz Shaw, houve a recomendação de que os juízes instruísem os jurados para que considerassem o réu culpado quando houvesse provas “beyond reasonable doubt”: “what is a reasonable doubt? [...] it is not more possible doubt; because everything relating to human affairs, and depending on moral evidence, is open to some possible or imaginary doubt” [...] The jury must be instructed to judge the guilty of the defendant according to a high degree of certainty” (GARDNER, T. J.; ANDERSON, T. M. *Criminal Evidence: principles and cases*. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013, p. 79). Ver também SHAPIRO, B. J. “Beyond a reasonable doubt” and “probable cause”: historical perspectives on the anglo-american law of evidence. Los Angeles: University of California Press, 1991.

⁶² DALLAGNOL, D. M. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 245.

⁶³ STEIN, A. *Foundations of evidence law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 40.

⁶⁴ GREENSTEIN, R. K. *Determining facts: the myth of direct evidence*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116644>. Acesso em: 15 jun. 2013). Nesse mesmo sentido, ALLEN, R. J. *Evidence: text, cases, and problems*. 2. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997, p. 153.

A prova formada por indícios, diante de seu acabamento lógico, se estiver delineada em diversas circunstâncias que cercam a hipótese que se busca defender, não há motivos para não se concluir no sentido apontado pelos indícios.

Em cada caso deverá ser verificado o grau de probabilidade que se atinge pela força dos indícios e sua capacidade persuasiva, podendo levar à conclusão de que os fatos ocorreram de acordo com a hipótese formulada (denúncia do Ministério Público).

Andrés Ibáñez⁶⁵ observa que uma hipótese poderá ser considerada verdadeira no momento em que for inteiramente compatível com os elementos probatórios que constam no processo, tendo o condão de integrar e explicar, na sua totalidade e de modo harmônico, os fatos, não havendo contradição nem desmentido.

Mesmo que alguns dados periféricos possam, às vezes, não estar devidamente provados em relação à hipótese, sem dúvida, deve ser analisado o todo, verificando-se a logicidade da conclusão.

Desse modo, para que uma hipótese possa ser devidamente satisfeita e considerada, deverão ser observados:

- a) relevância: o fato que se trata de explicar deve ser dedutível dela;
- b) suscetibilidade de controle: há de resultar possível formular observações que permitam confirmá-la ou invalidá-la;
- c) compatibilidade com as hipóteses previamente estabelecidas: uma hipótese complexa não admite contradição entre seus distintos segmentos, deve ser autoconsistente.
- d) aptidão para explicar: deve optar-se pela que mais ou melhor explica;
- e) simplicidade: tanto na experiência ordinária como na científica, é preferível a teoria mais simples que se adapte a todos os fatos disponíveis⁶⁶.

⁶⁵ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *Valoração da prova e sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 51.

⁶⁶ A ideia de simplicidade como método para análise da hipótese a ser

Por essas ideias, vê-se que a “suficiência” de uma hipótese vem de múltiplos fatores e, dessa forma, justificam a confirmação, por exemplo, de uma hipótese acusatória em um processo criminal, pelos requisitos elencados acima, justificando que a prova indiciária seja considerada “suficiente” (equivalente à segura, firme, certa).

Isso explica a incoerência de maior valoração da prova direta em relação à indireta.

As inferências que são realizadas a partir da comprovação de cada indício, com sua concatenação lógica, que afasta qualquer hipótese contrária, neutralizando, assim, contraindícios, contramotivos, ou seja, toda a versão apresentada para justificação por parte da defesa, encaminham para uma única conclusão sobre os fatos: não há plausibilidade de outra hipótese, não há razoabilidade em uma decisão em sentido oposto ao que se chegou pelos indícios. Há, pelo grau de confirmação atingido, por uma concepção de aumento gradativo da probabilidade, uma ideia formada de “certeza”, da qual se extrai que o réu é culpado pela prática do crime⁶⁷.

A presença dos requisitos sobre a prova indiciária diz respeito, portanto, à capacidade de os indícios, no caso concreto, em cuidadosa análise, levarem à formação de um juízo de “certeza”, entendendo o julgador, então, que há provas suficientes a justificar um decreto condenatório: há, assim, “prova acima de dúvida razoável”.

A necessidade de que haja “*proof beyond reasonable doubt*” é um critério estabelecido para que se tenha legitimidade na condenação. É a constatação de prova suficiente que afasta qualquer possibilidade de “dúvida” sobre a correção de um juízo condenatório.

identificada como melhor explicação vem tratada também em POPPER, K. *The logic scientific discovery*. London: Routledge, 2005, p. 121-130.

⁶⁷ Nas palavras de GORPHE, “A que certeza se llega com los indicios precisos e concordes? Cabe obtener una probabilidad mayor o menor, que proporciona una certidumbre en ocaiones moral y a veces física; e incluso, en ciertos casos puede ser estimada matemáticamente. La certeza judicial, de ordem empírico o histórico, debe contentarse com uma verosimilitud” (GORPHE, F. *Apreciación judicial de las pruebas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 301).

Assim, se na doutrina continental fale-se na “certeza moral” ou “juízo de certeza” para a condenação, tendo como orientador o princípio *in dubio pro reo*⁶⁸, caso não atingida essa “certeza”, na doutrina anglo-americana, a ideia central está no *standard* “prova ou culpa acima de dúvida razoável”⁶⁹. Seja uma concepção ou outra, na realidade, ambas traduzem a exigência de um grau efetivo de “certeza”, única possibilidade de aceitar-se uma condenação, sendo que, tanto no sistema continental como anglo-americano, acaba-se por falar no clássico *in dubio pro reo* e na *proof beyond a reasonable doubt*.

Wenstein e Dewsbury⁷⁰, analisando a significação de *proof beyond a reasonable doubt*, travam profundo debate sobre a quantificação da prova para garantir uma condenação justa, de modo a evitar o erro judiciário. Observam, nesse contexto, que seria exigível um grau de 95% de probabilidade para que o réu fosse condenado (rebatendo posições que admitem a condenação a partir de 80%⁷¹), indicando, porém, fatores que jurados le-

⁶⁸ VOLK, K. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tradução de Eugenio C. Sarrabayrouse. Buenos Aires: Adhoc, 2007, p. 111.

⁶⁹ MAY, citando julgados das cortes norte-americanas, observa: “The law looks for probability, not certainty. Certainty is seldom attainable. But probability is an unsatisfactorily vague criterion because there are degrees of probability. In establishing principles regarding the standard of proof, therefore, the law seeks to define the degree of probability appropriate for different types of proceedings” (MAY, R. *Criminal evidence*. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004, p. 73-74).

⁷⁰ WEINSTEIN, J. B.; DEWSBURY, I. Comment on the meaning of ‘proof beyond a reasonable doubt’. *Law, probability and risk, Oxford*, n. 5, p. 167-173, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 09 jul. 2013. Igualmente, no campo do *standard* de prova, EGGLESTON aponta a dificuldade de elencar patamares matemáticos ou estatísticos, referindo uma porcentagem, em sede de júri, na Austrália, de 98 a 100% de probabilidade para ensejar a condenação, porém, algo muito difícil para determinar o critério exigível para que os jurados deliberem, em decisão unânime, o que faz opor-se a essa ideia de meros critérios matemáticos, mas, sim, em termos de afirmação de uma versão debatida no processo (para condenação, a que foi sustentada pela acusação) (EGGLESTON, R. *Evidence, probability and evidence*. 2. ed. London: Weindenfeld and Nicolson, 1983, p. 114-128).

⁷¹ FRANKLIN, J. *Case Comment—United States v. Copeland*, 369 F. Supp. 2d 365 (E.D.N.Y. 2005): quantification of the ‘proof beyond reasonable doubt’ standard.

vam em conta para sua decisão, os quais, no modelo de julgamento pelo júri, poderão variar de acordo com a posição de cada jurado (questão do ônus da prova, menor ou maior exigência no grau de probabilidade de responsabilidade do acusado, antecedentes e meio de vida do acusado, influências por situações da experiência de vida, etc).

A discussão, então, centra-se muito sobre a necessidade de quantificar a prova como forte, segura, plena, impedindo-se uma condenação com prova insuficiente ou duvidosa.

Em face disso, Ferrer Beltrán ressalta exatamente esta questão, de que maneira objetivar parâmetros para um *standard* de prova no processo penal? Como definir tais limites de maneira que a decisão judicial tenha critérios racionais e devidamente delineados? Sua proposta é a seguinte, para a sentença final do processo, mediante duas condições:

- a) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente e as previsões de novos dados que a hipótese permite formular devem ter resultado confirmados;
- b) deve haver-se refutado todas as demais hipóteses plausíveis, explicativas dos mesmos dados que sejam compatíveis com a inocência do acusado, excluídas as meras hipóteses *ad hoc*⁷².

A primeira condição é a confirmação da hipótese pela sua coerência, pela lógica das inferências realizadas a partir das provas que apontam unicamente no sentido da responsabilidade criminal do acusado.

No segundo momento, nenhuma das hipóteses em contrário possui força para refutar a versão acusatória, não conseguindo subtrair sua eficácia demonstrativa e persuasiva, no sentido de que o acusado foi o autor do crime e deve ser condenado.

Law, Probability and Risk, n. 5, p. 159-165, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>> Acesso em: 12 jan. 2014.

⁷² FERRER BELTRÁN. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 147.

Stein⁷³ chama à atenção que sempre haverá uma justificativa ou versão oposta que poderá criar uma “dúvida” no processo. Todavia, para neutralizar a hipótese acusatória, a qual, digamos, esteja alicerçada em elementos probatórios firmes e seguros, deve ser verificada a sua real dimensão, não meros subterfúgios defensivos (chamadas hipóteses *ad hoc*, como “teoria do *complot*”). Não é “qualquer dúvida”, mas aquela que seja “razoável”, no sentido de abalar a tese acusatória e, assim, colocar o julgador no caminho da “insuficiência de provas” para condenar. É dúvida intransponível, que abala a versão única acusatória.

E, nessa linha, Laudan adverte que um *standard* de prova totalmente subjetivo não seria um verdadeiro *standard*, pois deixaria totalmente livre o julgador para tomar o caminho que quisesse, utilizando-se da ideia, porém, que, na essência, permitiria abusos e violações contra o acusado. Então, focaliza a concepção de que o *standard* de “prova além de dúvida razoável”, deve ser conjugado, objetivamente, com o princípio da presunção de inocência, o ônus da prova a cargo da acusação e o princípio *in dubio pro reo*⁷⁴.

O cerne da questão estará não na espécie de prova que consta no processo, se direta ou indireta, mas, sim, no seu peso (*weight of evidence*) por estar baseada em elementos seguros e firmes, que levem à conclusão inafastável pela confirmação da hipótese acusatória e refutação de quaisquer outras possibilidades.

⁷³ STEIN: “Any perceptible doubt – that is, any doubt substantiated by the evidence, thus qualifying as ‘reasonable’ – must work in favor of the accused. Doubts that remain unsubstantiated and, consequently, imperceptible (such doubts can be found in every case) do not pass the threshold of reasonableness. The accused does not benefit from any such doubt. The criminal proof standard immunizes the accused inly from the evidentially confirmed risk of erroneous conviction (risk I). In parallel, this standard exposes the accused to the risk of erroneous conviction when the risk lacks evidential confirmation (risk II)” (STEIN, A. *Foundations of evidence law*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 173).

⁷⁴ LAUDAN, L. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. Disponível em <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10003>>. Acesso em: 30 abr. 2013. p. 111-113.

A exigência do *standard* de prova no processo penal, assim, impõe-se muito acima de um mero “balanço de probabilidades” (como ocorre no processo civil), obrigando que todos os requisitos que emprestam a necessária força à prova indiciária constituam um alto grau de probabilidade, que produz uma concepção de certeza sobre a hipótese acusatória (*guilty beyond reasonable doubt*).

É, no sentido defendido por Vives Antón⁷⁵, a confirmação de um juízo de culpabilidade alicerçado em uma prova rigorosa que seja capaz de resistir a qualquer objeção que possa ser considerada minimamente sensata e, assim, chegar ao ponto de convencer em um caminho inverso.

Desse modo, restará, legitimamente, afastada a presunção de inocência, recaindo um juízo de culpabilidade sobre o acusado, com base nas provas do processo, constituindo uma decisão democrática, justa e ética, com adoção de um critério racional.

5 CONCLUSÕES

Os indícios, portanto, não são meios de prova, mas, sim, decorrem destes, como testemunhos, perícias, documentos, etc., ou seja, são consequência de prova direta. Excepcionalmente, um indício decorrerá de outro, porém, não há qualquer lógica numa vedação *a priori* dessa situação, pois, o centro da discussão está na capacidade de demonstração e convencimento daquela determinada prova.

Esse fator liquida qualquer resquício de tentativa de hierarquização de provas, pois a própria prova direta é filtrada em elementos indiretos, na maioria, indiciários, que lhe podem retirar todo o crédito e, por conseguinte, um processo com prova totalmente indiciária poderá contar com um valor muito superior, importando, isso sim, a qualidade da prova em debate.

⁷⁵ VIVES ANTÓN, T. El proceso penal de la presunción de inocencia. In: PALMA, M. F. (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 35.

A acusação pública lança em juízo sua denúncia lastreada em “indícios suficientes”. Trata-se da hipótese acusatória (fundada em investigação prévia), a qual, caso mantida hígida, seja com provas diretas ou indiretas, poderá justificar o veredicto condenatório.

Taruffo lembra que

os enunciados sobre os fatos principais (que compõem o primeiro nível da narrativa do juiz) são originariamente hipóteses que como tal podem ser verdadeiras ou falsas. A decisão final sobre os fatos (ou seja, a própria narrativa construída pelo juiz) resolve essa incerteza, atribuindo a cada hipótese o grau de confirmação competente com base nas provas que a essa se referem.

Nesse sentido, aponta seis hipóteses possíveis: “a) H não teve qualquer confirmação; b) H teve confirmação fraca; c) H teve confirmação forte; d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação; e) a falsidade de H teve confirmação fraca; f) a falsidade de H teve confirmação forte”⁷⁶.

O grande desafio consiste no grau de confirmação da hipótese (fato denunciado pelo Ministério Público) para que a haja a definição que está devidamente demonstrada e comprovada.

E isso independe de ser prova indiciária ou não, sendo que a propalada “certeza” nada mais é do que, por uma concepção probabilística (que busca evitar a chance de erro ao máximo), uma confirmação afirmada por inferências lógicas que consideram a qualidade das provas existentes no processo e seu grau de confiabilidade e coerência. É uma questão de racionalidade, “que se funde em argumentos e contra-argumentos, valorações e confrontos, ao cabo da qual se estabelece qual é o grau de fundamento racional que aquele enunciado tem”. Se a hipótese (H) é forte, segura, refuta outras hipóteses (afastadas por serem fracas, frágeis, sem qualquer poder de convencimento), há forte grau de confirmação.

⁷⁶ TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. de Vicente de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 252.

Respeitados os amplos direitos fundamentais do acusado, se a hipótese acusatória se mantiver ativa e firme, com seus pilares sustentados em elementos probatórios diretos ou indiciários, com coerência, simplicidade de conclusão, confiabilidade, refutando qualquer hipótese alternativa, há segurança para a formação de um juízo condenatório, não se cogitando de conceitos vagos e inatingíveis como verdade absoluta, certeza irrefutável, que são argumentos vagos e sem o mínimo amparo técnico-jurídico.

A construção do raciocínio, a análise acurada dos fatos e das provas, as inferências para a confirmação das hipóteses, sem dúvida, no campo da prova formada por indícios, é um caminho obrigatório para se evitar erros e, assim, poder-se falar em superação da presunção de inocência e constatação de um grau de suficiência probatória, ensejando o convencimento do julgador por uma condenação legítima, amparada em fatos concretos e provas⁷⁷.

Isso, sem dúvida, somente ocorrerá com um *standard* de prova altamente exigente para permitir uma condenação. Todavia, adotados os pressupostos acima debatidos, com criterioso trabalho lógico-racional, existindo suporte forte e seguro da hipótese acusatória, o juízo de condenação estará devidamente delineado. A prova indiciária, assim, tem pleno valor e deverá sempre ser analisada no contexto do processo, sobretudo, afastando a argumentação rasa de se tratar prova inferior, baseada em meras ilações ou simples conjecturas⁷⁸.

Dessa forma, não por acaso a jurisprudência no STF e STJ admite a condenação com base na prova indiciária, assim como a doutrina, pois,

⁷⁷ GOMES, M. S. *A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

⁷⁸ CASTANHEIRA NEVES, nesse sentido, sentença: “no que toca à apreciação da suficiência da prova ou dos indícios, deve observar-se que não se trata de aceitar um grau menor de comprovação, uma mera presunção ou uma probabilidade insegura [...] antes se impõe também aqui uma comprovação acabada e objectiva, i.e. a mesma exigência de prova e de convicção probatória, a mesma exigência de “verdade” requerida pelo julgamento final” (NEVES, A. C. *Sumários de processo criminal* (1967-1968). Coimbra, 1968, p. 38-39).

como vimos, o que efetivamente importa é a qualidade das provas a fim de demonstrar e convencer o intérprete, possibilitando uma conclusão lógico-racional irrefutável.

O peso (*weight*) e a relevância (*relevance*) da prova, sua confiabilidade e coerência, a simplicidade da conclusão, são todos estes os fatores relevantes que permitem a realização e um trabalho jurídico-racional que afirme uma determinada hipótese, mesmo sustentada em elementos probatórios indiretos.

Esse é o ponto. Prova cabal? Ora, importa que o contexto probatório, integral e racionalmente, analisado demonstre a veracidade daquela versão.

Caso presentes todos os requisitos que confirmem que os indícios são fortes e seguros e, assim, dão suporte à conclusão única sobre os enunciados fáticos debatidos no processo, não se poderá fugir da conclusão lógica que acolha a tese acusatória, decisão que será legítima e adequada aos princípios gerais de justiça.

Os indícios apontam, dão significados diretos, demonstram fatos, bastando a racionalidade das inferências lógicas para indicarem, efetivamente, mediante essa conexão lógica, aquele determinado caminho (conclusão lógica racional), refutando-se possibilidades diversas⁷⁹. Atinge-se, dessa forma, com os indícios, a segurança necessária para demonstração e persuasão do julgador, para a devida afirmação da hipótese acusatória e legítima condenação do acusado no processo criminal.

REFERÊNCIAS

ALBRECHT, P-A. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris, 2010.

ALLEN, R. J. *Evidence: text, cases, and problems*. 2. ed. New York: Aspen Law & Business, 1997.

⁷⁹ MEIXNER, F. *Der indizienbeweis*. Hamburg: Kriminalistik, 1962.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P. *Valoración da prova e sentenza penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANGELETI, R. *La costruzione e la valutazione della prova penale*. Torino: Giapicchelli, 2012.

ANTUNES, M. J. Direito processual penal: direito constitucional aplicado. In: MONTE, Mário Ferreira, et al. *Que futuro para o direito penal?* Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 745-754.

ARANHA, A. J. Q. T. C. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROS, M. A. *A busca da verdade no processo penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

BONFIM, E. M. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CABRAL, J. S. Prova indiciária e as novas formas de criminalidade. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 17, p. 16-17, maio/ago, 2012.

COELHO, W. *A prova indiciária em matéria criminal*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

CONTE, M.; GEMELI, M.; LICATA, F. *Le prove penali*. Milão: Giuffrè, 2011.

CORDÓN AGUILAR, J. C. *Prueba indiciária y presunción de inocencia en el proceso penal*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidad de Salamanca. Salamanca, 2011. Disponível em <http://gedos.usal.es/jspui/bitstream/103661106511DDAFP_Cordon_Aguilar_JC_PruebaIniciaria.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2013.

DALLAGNOL, D. M. *As lógicas das provas no processo: prova direta, indícios e presunções*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DEDES, C. *Beweisverfahren und Beweisrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992.

DELLEPIANE, A. *Nova teoria da prova*. Tradução de Erico Maciel. Campinas: Minelli, 2004.

DEPPENKEMPER, G. *Beweiswürdigung als Mittel prozessualer Wahrheitserkenntnis*. Göttingen: V & R Unipress, 2004.

EGGLESTON, R. *Evidence, probability and evidence*. 2. ed. London: Weindenfeld and Nicolson, 1983.

FERRAJOLI, L. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, M. G. C. *Curso de Processo Penal*. v. 2. Lisboa: Serviços Sociais da Universidade de Lisboa, 1970.

FERRER BELTRÁN, J. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FRANKLIN, J. *Case Comment—United States v. Copeland*, 369 F. Supp. 2d 365 (E.D.N.Y. 2005): quantification of the ‘proof beyond reasonable doubt’ standard. *Law, Probability and Risk*, n. 5, p. 159-165, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>> Acesso em: 12 jan. 2014.

GARCIA CAVERO, P. *La prueba por indícios en el proceso penal*. Lima: Reforma, 2010.

GARDNER, T. J.; ANDERSON, T. M. *Criminal evidence: principles and cases*. 8. ed. New York: Wadsworth, 2013.

GASCÓN ABELLÁN, M. *La prueba judicial: valoración racional y motivación*. Disponível em <http://www.uclm.es/postgrado.derecho/_02/web/materiales/filosofia/Prueba.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2013.

GASCÓN ABELLÁN, M. *Prueba y verdad en el derecho*. Disponível em <<http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/prueba%20y%20verdad%20en%20el%20derecho.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

- GIANTURCO, V. *La prova indiziaria*. Milão: Giuffrè, 1958.
- GOLDSCHMIDT, W. *Justicia y verdad*. Buenos Aires: La Ley, 1978.
- GOMES, M. S. *A prova indiciária no crime de homicídio: lógica, probabilidade e inferência na construção da sentença penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- GORPHE, F. *Apreciación judicial de las pruebas*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
- GREENSTEIN, R. K. *Determining facts: the myth of direct evidence*. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1116644>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- GRÜNWARD, G. *Das Beweisrecht der Strafprozessordnung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.
- HAILS, J. *Criminal evidence*. 7. ed. New York: Wadsworth, 2012.
- KERR, V. K. S. A disciplina da prova no direito processual brasileiro. In: FERNANDES, A. S.; ALMEIDA, J. R. G.; MORAES, M. Z. *Provas no processo penal: estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KINDHÄUSER, U. *Strafprozessrecht*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- LAUDAN, L. *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*. Disponível em <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10003>>. Acesso em: 30 abr. 2013. p. 111-113.
- LOPES, J. A. M. *A fundamentação da sentença no sistema penal português: legitimar, diferenciar, simplificar*. Coimbra: Almedina, 2011.
- LOPEZ MORENO, D. S. *La prueba de indicios*. Madrid: Velascos Impresos, 1891.

LÖWE-ROSENBERG. *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*. 26. ed. Berlin: De Gruyter, 2013.

MALATESTA, N. F. D. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

MATA-MOUROS, M. F. *Direito à inocência: ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Principia, 2007.

MATTA, P. S. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, M. F. (Coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 227-228.

MAY, R. *Criminal evidence*. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

MEIXNER, F. *Der indizienbeweis*. Hamburg: Kriminalistik, 1962.

MESQUITA, P. D. *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento: estudo sobre a prova no proceso penal português, à luz do sistema norte-americano*. Coimbra: Coimbra, 2011.

MEYER-GOSSNER, L. *Strafprozessordnung*. 54. ed. München: C. H. Beck, 2011.

MIRANDA ESTRAMPES, M. Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal. *Revista cuatrimestral del poder judicial del estado de Sinaloa*, Aequitas, ano 1, n. 1, p. 22, set./dez., 2012.

MOURA, M. T. R. A. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MÜLLER, C. M. *Anscheinsbeweis in Strafprozess: am Beispiel der Festellung von Kausalität und von Dispositionsprädikaten*. Berlin: Dunkler & Humblot, 1998.

MURPHY, P. *Murphy on Evidence*. New York: Oxford University Press, 2009.

- NEVES, R. V. *Livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção* (na decisão final penal). Coimbra: Coimbra, 2011.
- NEVES, A. C. *Sumários de processo criminal* (1967-1968). Coimbra, 1968, p. 38-39.
- NUCCI, G. *Provas no processo penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.
- PALMA, M. F. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. *Estudos em homenagem ao conselheiro José Manuel Cardoso Costa*, v. II, Coimbra, 2005, p. 267-281.
- PASTOR ALCOY, F. *Prueba indiciaria e presunción de inocência: analisis jurisprudencial, requisitos y casuística*. Valencia: Práctica de Derecho, 2002.
- PEDROSO, F. A. *Prova Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.
- POPPER, K. *The logic scientific discovery*. London: Routledge, 2005.
- PUTZKE, H.; SCHEINFELD, J. *Strafprozessrecht*. 4. ed. München: C. H. Beck Verlag, 2012.
- RIVES SEVA, A. P. *La prueba en el proceso penal: doctrina de la sala segunda del tribunal supremo*. Navarra: Arazandi, 2008.
- ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. *Strafverfahrensrecht*. 27. ed. München: C. H. Beck, 2012.
- SCAPINI, N. *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*. Milão: Giuffrè, 2001.
- SHAPIRO, B. J. "Beyond a reasonable doubt" and "probable cause": historical perspectives on the anglo-american law of evidence. Los Angeles: University of California Press, 1991.

SIGNORELLI, W. P. *Criminal law, procedure and evidence*. New York: CRC Press, 2011.

SILVEIRA, J. N. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, M. F. (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 155-182.

SIMÕES, E. D. Prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente). *Revista Julgar*, Coimbra, n. 2, p. 203-215, maio/ago., 2007.

STEIN, A. *Foundations of evidence law*. New York: Oxford University Press, 2005.

TARUFFO, M. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. de Vicente de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TONINI, P. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: RT, 2002.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo penal*. v. 3. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

VIVES ANTÓN, T. El proceso penal de la presunción de inocencia. In: PALMA, M. F. (coord.). *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 27-39.

VOLK, K. *La verdad sobre la verdad y otros estudios*. Tradução de Eugenio C. Sarabayrouse. Buenos Aires: Adhoc, 2007.

WEINSTEIN, J. B.; DEWSBURY, I. Comment on the meaning of 'proof beyond a reasonable doubt'. Law, probability and risk, *Oxford*, n. 5, p. 167-173, 2006. Disponível em <<http://lpr.oxfordjournals.org>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

papel constitucional do Conselho Nacional do Ministério Público e a necessidade de ampliação do diálogo interinstitucional para o fortalecimento da federação

Henrique da Rosa Zieseimer

Promotor de Justiça no Ministério Público de SC
Mestre e Doutorando em Ciência Jurídica pela
Universidade do Vale do Itajaí

Diego Roberto Barbiero

Promotor de Justiça no Ministério Público de SC
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade
do Sul de Santa Catarina

RESUMO: O artigo trata, em rápidas linhas, da formação constitucional do Conselho Nacional do Ministério Público e de sua possível crise de identidade em relação à proporção de assentos ocupados por representantes dos Ministérios Públicos dos Estados, bem como aborda, em forma de questionamento, a intensa atividade regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público que alcança, por vezes, temas sensíveis ao princípio federativo.

PALAVRAS-CHAVES: Ministério Público. Conselho Nacional do Ministério Público. Independência funcional. Federação. Federalização.

ENGLISH

TITLE: The constitutional role of the National Council of the Public Prosecution Service and the need to expand the interinstitutional dialogue to strengthen the federation.

ABSTRACT: In short the article deals with the constitutional formation of the National Council of the Public Prosecution Service and its possible identity crisis in relation to the proportion of seats occupied by representatives of the State Public Prosecutor's Office, as well as questioning, the intense regulatory activity of the National Council of the Public Prosecution Service, which sometimes deals with themes that are federal principal sensitive.

KEYWORDS: Public Ministry. National Council of the Public Prosecutor's Office. Functional independence. Federation. Federalization.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 A formatação constitucional (p. 3) – 3 O excessivo uso do poder regulamentar. A necessidade de uma nova visão (p. 9) – 4 Considerações finais (p. 17).

ROL DE ABREVIATURAS: MPE – Ministério Público Estadual; MPU – Ministério Público da União; MPDFT – Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; MPM – Ministério Público Militar; MPT – Ministério Público do Trabalho; CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público; CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil; PEC – Proposta de Emenda Constitucional.

1 INTRODUÇÃO

O Ministério Público tem sido destaque na imprensa nacional em razão dos últimos acontecimentos. É inegável. Ao histórico movimento de participação popular em defesa da investigação ministerial e contra a famigerada “PEC 37” seguiram-se investigações e ações de dimensões inéditas, muito embora o enfrentamento à criminalidade, em maior ou menor escala, jamais tenha-se distanciado da rotina de trabalho dos membros dessa tão valorosa instituição.

A exposição positiva da instituição, como haveria de ser, enche de orgulho o seu integrante; a negativa, consequência natural da primeira, tende a enrijecer os sistemas de controle – internos e externos – não só da atividade ministerial como, também – e infelizmente –, da conduta diária dos membros, estando ou não em atividade.

Longe de qualquer pretensão crítica, o presente artigo tem, tão somente, a intenção de levantar o debate sobre a necessidade de ampliar o diálogo entre os Ministérios Públicos (e seus diversos ramos) e o Conselho Nacional do Ministério Público, notadamente quanto às aflições diárias que acometem seus membros, agigantadas pelo aumento exponencial do volume de questões que reclamam a atuação ministerial, e a necessidade de acompanhar toda a atividade normativa e regulamentar do Conselho Nacional.

2 A FORMATAÇÃO CONSTITUCIONAL

Dizem os historiadores e alguns cientistas políticos que a evolução da sociedade pode ser traduzida ou conduzida em movimentos pendulares. Ora se pende a ideologia para um lado, ora para o outro. Com grande dose de razão empírica, é o que acontece aqui no Brasil.

A democracia brasileira é muito recente para conseguir se estabilizar com um pêndulo tão agressivo, de movimentos tão bruscos e afiados, dificultando sua observação e análise.

O Constituinte de 1988 fez uma opção pela federação. Conceituou o país como uma República Federativa, aceitou conviver com as diferenças regionais e culturais, com tolerância e integração recíprocas¹. Para tanto, dotou a federação de instituições com poderes para resoluções de conflitos², contestações, punições, conciliações, com sistemas de freios e contrapesos para que uma força não se sobrepusesse à outra e, por consequência, o sistema se mantivesse homogêneo, mesmo em sua pluralidade.

Como bem observa Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] o sentido e a natureza do princípio federativo (e, portanto, do Estado Federal) residem na preservação e garantia da diversidade regional (no âmbito interno do território estatal) e da pluralidade, mediante descentralização do exercício do poder. O Estado Federal é, portanto, sempre um Estado descentralizado [...]. Cuida-se, nesse sentido, de um pluralismo do tipo territorial levado a efeito mediante um sistema de distribuição do exercício do poder entre as unidades territoriais³.

Todavia, não é o que se observa quando da análise da sociedade e das instituições instaladas e, em especial, do Ministério Público. Há, nos dias atuais, um movimento pendular excessivo em favor da federalização em detrimento da federação. A começar pelos próprios Estados, cujos governadores reclamam à União, aos cântaros, por uma divisão mais equânime de receitas e tributos para que se alcance o desenvolvimento.

No mesmo sentido acontece com os Ministérios Públicos Estaduais. A excessiva e crescente onda de federalização de atividades

¹ CRFB, art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

² Citam-se, como exemplo, as disposições contidas nos arts. 34 e 35 da CRFB.

³ In *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 827-828.

típicas do Ministério Público Estadual pela União enfraquece sua atuação e desprotege a sociedade. Não só isso. Não se dão conta os governos estaduais que, ao permitir a expansão da federalização, a democracia sai enfraquecida e o Estado Federado perde a capacidade de legislar sobre sua própria instituição, como prevê o art. 25⁴ da Constituição da República. O Estado Brasileiro torna ao totalitário, sendo a democracia apenas uma expressão de retórica de discurso.

No caso dos Diversos Ministérios Públicos, todos os ramos possuem as mesmas funções institucionais, sendo apenas distribuídas por competências judiciais decorrentes da matéria jurídica ou da regra processual aplicáveis. De mesma forma, todos os Ministérios Públicos estão sujeitos a formas de controle externo de suas atividades, dentre as quais, no âmbito federal, destaca-se o Conselho Nacional do Ministério Público:

Assim como já ocorre sobre o Poder Judiciário ou sobre quaisquer Poderes ou instituições do Estado, também sobre o Ministério Público deve mesmo existir alguma forma de controle externo, não para cercear a independência e a liberdade funcionais da instituição ou de seus agentes, mas para assegurar que estes prestem contas ao Poder Legislativo, à imprensa e à coletividade não só sobre o exercício das atividades-fim (como a promoção da ação penal ou da ação civil, em defesa dos valores que lhe incumbe zelar), como também sobre o exercício das atividades-meio (como as decorrentes da autonomia administrativa e financeira). Não é por outro motivo, aliás, que a Constituição supõe publicidade e transparência nos órgãos públicos, só obstada em casos excepcionais, em que possa resultar prejuízo à privacidade das pessoas ou à coletividade.

Em busca, portanto, de mais amplo controle externo, a EC 45/2004 criou, à semelhança do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B da CF/1988 (LGL\1988\3)), o Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A da CF/1988 (LGL\1988\3)). Deu-lhes natureza exclu-

⁴ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

sivamente administrativa, e, no tocante ao Conselho Nacional do Ministério Público, destinou o colegiado ao controle da atuação administrativa e financeira de todos os ramos do Ministério Público brasileiro, bem como ao controle do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros⁵.

Veja-se que, mesmo com a redação dada pela Emenda Constitucional 45, não fez a Constituição distinção de grau, hierarquia ou mesmo sobreposição de um Ministério Público (da União) a outros (dos Estados). Previu, em verdade, chefias diferentes, com formas de nomeações e destituições diferentes, regidos por diferentes leis, aprovadas cada uma pelas mesmas diversidades antes mencionadas, com as quais o Constituinte fez questão de conviver e tolerar.

Até porque a unidade do Ministério Público, princípio institucional previsto no § 1º do art. 127 da Constituição da República, não tem natureza de definição administrativa, uma vez que a própria Constituição, no art. 128, firmou, desde logo, a separação havida entre o Ministério Público da União (art. 128, I) e os Ministérios Públicos dos Estados (art. 128, II), garantindo a estes, destarte, autonomia para atuar com enfoque nas peculiaridades regionais.

Consoante lição de Clever Vasconcelos,

[...] a unidade e a indivisibilidade vigoram dentro de cada uma das instituições ministeriais, ou seja, não existe unidade e indivisibilidade entre o Parquet Federal e o Parquet dos Estados, não havendo descompasso entre esses princípios e a divisão do art. 128 da VF/88 sobre a abrangência do Ministério Público⁶.

A unidade deve ser compreendida sob o aspecto funcional, de acordo com Marcelo Novelino, justamente porque o Ministério Público

⁵ MAZZILLI, H. N. Princípios Institucionais do Ministério Público. *Revista dos Tribunais* São Paulo, vol. 2/2013, pp. 15-37. São Paulo: RT, set-out/2013.

⁶ In *Ministério Público na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 72.

“possui divisão orgânica criada para atender à estrutura federativa aditada no Brasil”⁷. Mas, mesmo com toda essa divisão, todos os Ministérios Públicos ainda realizam as mesmas funções institucionais, pois a busca pelos resultados sociais, atendidas as peculiaridades de cada região de atuação, é o que motiva o membro, diariamente, a seguir seu trabalho. É este o sentido da federação, caminho inverso da perigosa federalização.

No que toca à federalização do Conselho Nacional do Ministério Público, observa-se o mesmo movimento, havendo desproporção entre as representações da União e dos Estados:

Na formatação atual, há uma concentração excessiva de poder nas mãos do Ministério Público da União, detentor de maior número de assentos, em detrimento do Ministério Público dos Estados. Nessa esteira, a Presidência eterna do CNMP, exercida pelo Procurador-Geral da República, traz um forte desequilíbrio no âmbito do Ministério Público, pois, ao mesmo tempo que preside o órgão de controle externo, exerce de forma concomitante os poderes inerentes a sua função de Chefe do Ministério Público da União. Essa duplicidade pode provocar clara confusão de ideias, uma vez que a mesma pessoa é a responsável pelo controle administrativo de um lado e pelo embate jurídico na outra ponta, em órgãos diferentes⁸.

A edição de 2017 do anuário “O Retrato”, publicação do Conselho Nacional do Ministério Público, auxilia a visualizar, em termos absolutos, a desproporção desses números: enquanto o Ministério Público da União (MPF, MPT, MPM e MPDFT) possuía, ao final do ano de 2016, 2.385 cargos de membros providos, os Ministérios Públicos estaduais, somados, alcançavam o total de 10.702 membros⁹.

⁷ In *Curso de Direito Constitucional*. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 737.

⁸ ZIESEMER, H. R. *Direito Institucional*. Comentário ao regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2014. pp. 11-12.

⁹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Ministério Público: um*

Considerando, assim, que o Procurador-Geral da República, membro nato do Conselho Nacional, é também integrante do MPU, tem-se representatividade de 1 integrante, no CNMP, para um conjunto de 477 membros do MPU; já em relação aos MPEs, esse número é de 1 integrante para o conjunto de 3.567 membros.

Sobre essa desproporção, derivada da escolha da formatação similar do Conselho Nacional do Ministério Público à do Conselho Nacional de Justiça, é precisa a anotação de Emerson Garcia¹⁰:

Esqueceramos idealizadores da fórmula, no entanto, que diversamente do Supremo Tribunal Federal, que, embora administrativamente desvinculado, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, tendo competência para rever inúmeros atos praticados pelas instâncias inferiores, o Ministério Público da União não é o órgão de cúpula do Ministério Público no Brasil, e muito menos tem a atribuição de rever os atos praticados pelos congêneres estaduais: com eles coexiste em condição de igualdade, cada qual atuando em sua respectiva esfera de atribuições. A reforma, assim, terminou por nivelar frutos e macacos no mesmo patamar pela singela razão de estarem todos sobre a árvore, gerando uma nítida e, a nosso ver, injustificável, presunção de superioridade do Ministério Público da União sobre os Ministérios Públicos Estaduais.

Reflexo disso é um movimento que, nem sempre, guia-se pelas necessidades e pelas aflições cotidianas dos Promotores de Justiça espalhados pelos mais longínquos rincões dessa continental federação. E aqui se fala, especificamente, das diversas instruções normativas e recomendações de atuação expedidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público que, não obstante tenham, em sua gênese – acredita-se –, as melhores intenções, acabam buscando um horizonte inatingível.

retrato. Dados de 2016. v. 6. Brasília: CNMP, 2017. p. 35.

¹⁰ GARCIA, E. *Conselho Nacional do Ministério Público: primeiras impressões*. Revista dos Tribunais, vol. 836/2005, jun/2005.

3 O EXCESSIVO USO DO PODER REGULAMENTAR. A NECESSIDADE DE UMA NOVA VISÃO

A atuação do Ministério Público brasileiro, por todo o Brasil, tem sido reconhecida e aclamada, mas também criticada. Não obstante sua variada gama de atuação, como todas as instituições, é formado por seres humanos, sujeitos a acertos e erros, sendo palpável afirmar-se que, a par de seus equívocos, o Ministério Público é alvo das mais variadas críticas por exercer seu verdadeiro papel; por encampar a luta de tentar mudar um sistema que já vinha viciado desde antes de 1998, o que representa uma quebra de cultura muito forte e, por isso, enfrenta muita resistência.

José Afonso da Silva, ao tecer comentários sobre o “poder extraordinário” que o Ministério Público adquiriu com a Constituição de 1988 e a necessidade de criação de mecanismos de interferência para analisar os parâmetros de atuação do órgão – notadamente em razão de abusos que têm sido cometidos, segundo afirma, na utilização de inquéritos civis e ações civis públicas – parece não ter empregado inicial credibilidade à atuação do Conselho Nacional do Ministério Público, especialmente em razão de sua formatação:

Faltava um órgão de controle intraórgãos para o ajuste da prática à legitimidade constitucional. Pode ser que esse Conselho faça esse reajustamento – o que é bom, para que a Instituição continue a ter as elevadas funções que lhe reconhece a Constituição. Confessamos, contudo, não acreditar que terá qualquer influência na conduta dos membros do Ministério Público, dada sua composição predominantemente com membros da instituição¹¹.

O tempo, todavia, tratou de desmistificar a preocupação inicial: desde a instalação, em 21 de junho de 2005, o Conselho Nacional do Mi-

¹¹ SILVA, J. A. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 608.

nistério Público já produziu 15 Emendas Regimentais, 14 Enunciados, 3 Instruções Normativas, 26 Notas Técnicas, 21 Portarias Conjuntas, 1.200 Portarias vinculadas à Corregedoria Nacional, 4.676 à Presidência e 1.364 à Secretaria-Geral, 60 Recomendações, 177 Resoluções, 4 Resoluções Conjuntas e 68 Termos de Cooperação. Trata-se, como se vê, de órgão de notável produção regulamentar e de expediente em seu curto período de existência (pouco mais de 12 anos)¹².

Essa atividade normativa, por vezes, em que pese a boa pretensão dos integrantes do Conselho, acaba por avançar em alguns campos que não seriam de deliberação típica do órgão. A troca constante de sua composição também contribui para a insegurança das atividades ministeriais, na medida em que se observa o crescente número de atos regulamentares, vários deles abordando o mesmo tema, em um curto espaço de tempo.

E é exatamente quando há, em razão da atividade do Conselho Nacional, mitigação de algumas garantias constitucionais – quer vistas sob o enfoque da atuação do membro, quer sob sua natureza de cidadão da República brasileira – que alguns questionamentos – sempre construtivos e contributivos – devem ser lançados.

Cita-se, como exemplo primeiro, o Enunciado 6, de 28 de abril de 2009¹³, que, por sua redação, reconhecia ao membro a garantia de inviolabilidade da independência funcional no tocante à atividade finalística do órgão¹⁴, e, em contraposição, a recentemente publicada Carta de Brasília¹⁵.

¹² Dados extraídos da página <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-resultados>. Acesso em: 14 ago.2017.

¹³ Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/124>. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁴ Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, § 2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição.

¹⁵ Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_

Tal documento traça, em suas linhas, o espírito de um novo¹⁶ Ministério Público: um *ombudsman* social de efetiva atuação extrajudicial, que participa ativamente de discussões, reuniões, audiências públicas, com habilidades de articulação política e de mediação de conflitos.

Para o exercício dessas nobres missões, deve(riam) os membros do Ministério Público abandonar o “encastelamento”¹⁷ e atuar de forma proativa, indo ao encontro dos problemas.

Acontece que, sem desmerecer desse ideário – que, realmente, traria uma visibilidade maior à instituição, já que, muitas vezes, principalmente em cidades interioranas, o Ministério Público é equivocadamente visto como órgão auxiliar do Poder Judiciário, até em função da pouca exploração da identidade visual e alocação dentro dos fóruns – a construção do CNMP, aparentemente, parte da análise das funções desempenhadas pelos membros do Ministério Público da União.

Veja-se, mais uma vez, os dados contidos no anuário “O Retrato”¹⁸, mas com uma peculiaridade: para fins da análise que segue, o MPDFT foi “deslocado” ao bloco dos MPE’s, já que, no próprio anuário, a estatística do órgão atuante no Distrito Federal foi consolidada junto aos números estaduais.

Pois bem. Enquanto, no ano de 2016, membros dos MPEs e do MPDFT (11.080 membros) instauraram 201.346 procedimentos extrajudiciais, esse número foi de 100.128 no âmbito do MPF, MPM e MPT (2.007 membros).

Bras%C3%ADlia.pdf. Acesso em: 23 ago. 2017.

¹⁶ É da parte introdutória da Carta de Brasília, item 3: “CONSIDERANDO que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (arts. 127 e 129) consagrou dois modelos de Ministério Público, o que atua perante o Judiciário, objetivando geralmente a tutela por adjudicação e o que atua extrajudicialmente como intermediador da pacificação social, visando normalmente à resolução consensual dos conflitos, controvérsias e problemas”.

¹⁷ Expressão frequentemente utilizada, em sentido figurativo, para conceituar o Promotor ou Procurador que passa a maior parte do expediente dentro do gabinete.

¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Ministério Público: um retrato*. Dados de 2016. V. 6. Brasília: CNMP, 2017.

Na parte judicial, a realidade é bem diversa: MPEs e MPDFT receberam, para análise, 20.861.563 processos ou procedimentos previamente registrados no Poder Judiciário; já no bloco formado por MPF, MPM e MPT, esse número foi de 1.569.646.

A partir desses números, a simples média aritmética revela o porquê da dificuldade de atuar de forma mais proativa, deixando o gabinete em segundo plano, pelos membros dos MPEs e do MPDFT: a média de processos ou procedimentos judicializados recebidos, no ano de 2016, foi de 1.882 para cada membro; no MPF, MPM e MPT, o número médio foi de 782, ou seja, praticamente 1/3 do volume suportado pelos “outros” Ministérios Públicos.

Não se trata, por óbvio, de questionar a efetividade, pelo viés numérico, da atuação do Ministério Público da União. Longe disso. A abordagem estatística serve, especialmente, para indicar que a complexidade da questão passa longe da aplicação do aforismo lançado pelo Conselho Nacional, sobretudo em razão da pluralidade de atribuições e da natureza histórica de atuação de cada Ministério Público dentro de cada unidade da Federação.

Há Promotorias instaladas em Comarcas iniciais, por exemplo, que, além de ser uma espécie de “clínica geral” – com a devida vênia pela utilização de expressão que indica uma especialidade inicial da medicina –, necessita analisar, mensalmente, um volume processual compatível com a média anual das Procuradorias da República. São doze meses concentrado em apenas um, com a lógica repetida doze vezes durante o ano. O quadro se agrava ainda mais quando se coteja a estrutura técnica e de pessoal dos ramos do Ministério Público da União à realidade de dificuldade financeira enfrentada por muitos Estados-membros da Federação.

A análise, repita-se, não tem o condão de questionar criticamente a atuação de um ou outro ramo do Ministério Público, mas sim de demonstrar, com base em confrontos numéricos, que a roupagem dada ao “novo” Ministério Público, pela Carta de Brasília, é simplesmente uma realidade inatingível para a maioria dos membros que integram os Ministérios Públi-

cos Estaduais e que vivenciam a necessidade de atuar em um sem número de ações judiciais.

A Carta de Brasília, ademais, espera do Promotor de Justiça e do Procurador da República o desempenho de atividades e a desenvoltura social não intimamente ligadas à formação acadêmica de seus membros, que são, em primeira análise, bacharéis em Direito, sem qualquer tipo de formação em psicologia, ciência política, economia, ou outras graduações que lhe deem substrato teórico e prático para atuar como mediador de conflitos e representante ativo da sociedade em questões extraprocessuais.

A indagação pode ir ainda mais além: até que ponto a Carta de Brasília, com seu ideal vanguardista, não colide com os preceitos da Recomendação de Caráter Geral CN-CNMP n. 01, de 3 de novembro de 2016¹⁹, que dispõe, entre outros tópicos, sobre a liberdade de expressão e a vedação da atividade político-partidária por parte dos Membros do Ministério Público?

A Recomendação de Caráter Geral, ao abordar temas de natureza subjetiva e de indiscutível delicadeza, ao tempo em que afirmou, na mesma esteira da Carta de Brasília, a necessidade de desempenho do cargo em período integral – visando, em última análise, o resguardo da imagem da instituição – estabeleceu parâmetros que tolhem, inclusive, a garantia fundamental inserta no inciso IV do art. 5º da Constituição da República, que trata da liberdade de manifestação do pensamento.

Operou-se, aparentemente, uma inversão da lógica: conquanto possível, em qualquer caso, tanto pela Corregedoria Nacional quanto pelas corregedorias locais, a instauração de investigação para apuração da conduta do membro que fizer mau uso das redes sociais ou ter conduta incompatível, em sua esfera privada, com a nobreza do cargo desempenhado durante o expediente – e eventualmente a aplicação de sanções em decorrência da ação –, sob o pálio da prevenção (ou até precaução, fazendo um *link* com conceitos íntimos da tutela do meio ambiente) recomendou-se

¹⁹ Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_-_03-11-2016_doc_final1_1.pdf. Acesso em 23 de agosto de 2017.

a atuação, aparente e exclusivamente, dentro do processo. É inegável que tal recomendação, de caráter geral (como propriamente intitulada) trouxe certo desconforto à classe.

Como observado nos Comentários ao Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público²⁰,

[...] não é tarefa de recomendação conceituar tema jurídico administrativo, tampouco restringir a expressão de quem quer que seja. Deixou a recomendação campo aberto para interpretação plenamente subjetiva sobre o campo disciplinar, quando deveria fazer exatamente o contrário. A rigidez da norma de conduta, disciplinar e punitiva é o que dá a segurança devida e evita o excesso da administração sobre o membro.

Ou seja: enquanto um documento, nascido após intenso debate no âmbito do Conselho Nacional, recomenda e espera uma atuação visível, proativa, mediadora de conflitos e voltada à diminuição das mazelas sociais, concentrando em um único servidor público predicados inerentes a uma pluralidade de profissionais (Carta de Brasília), outro conduz ao desestímulo da atuação extra-autos e, ao bem da vida privada, acaba por fomentar o tão combatido “encastelamento” (Recomendação de Caráter Geral 01/2016).

Questionamentos à parte, vê-se, efetivamente, a necessidade de ampliar o diálogo interinstitucional; de levar ao conhecimento do Conselho Nacional, entidade que há pouco atingiu a “adolescência” (numa análise comparativa aos parâmetros objetivos estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente), as cotidianas aflições que atingem os membros do Ministério Público, especialmente dos estaduais, sobretudo diante da crise de representatividade nascida conjuntamente ao próprio Conselho.

²⁰ ZIESEMER, H. R. *Direito Institucional*. Comentários ao Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 2.

Além do mais, não se pode perder de vista que o excessivo uso do poder regulamentar, além de ferir a autonomia e a independência funcional do Ministério Público, ao passo em que engessa sua atuação, transforma-o em uma instituição cujas missões são impossíveis de serem cumpridas, seja porque a estrutura e os limites humanos nem sequer chegam perto do idealizado, seja porque há sérios e graves entraves de ordem política e financeira, amplamente conhecidos por todos, inclusive pelo CNMP.

Eros Grau²¹, com muita propriedade, anota:

Diremos, então, que um direito posto é legítimo quando permite o pleno desenvolvimento das forças materiais produtivas, em determinada sociedade; ilegítimo, quando constitui entrave ao pleno desenvolvimento dessas forças, ocasião em que se instala uma época de revolução social.

E mais: a história jurídica tem mostrado, especialmente a partir da Revolução Francesa, que o caminho da excessiva normatização não conduz, necessariamente, à efetiva regulamentação das atividades a que se propõe adequar. Longe disso! Como adverte Paolo Grossi,

A ideologia jurídica pós-iluminista fica profundamente perturbada com a visão de uma norma que vive além da sua produção e elasticamente modifica-se, segundo o seu percurso, que continuamente se reproduz recebendo as mensagens dos diferentes terrenos históricos por onde passa²².

Não é necessário idealizar muito longe para que se perceba o excesso e desvio de atribuições as quais o CNMP impinge ao seu objeto de atuação. Com a devida vênia, em nenhum momento a Constituição atribuiu ao

²¹ GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6 ed. ver. amp. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 89.

²² In *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 110.

órgão de controle tal papel, tampouco de criar atribuições, mesmo que por interpretação, relativizando aspectos normativos da legislação.

Afinal, o excesso de concentração de poderes traz problemas de ordem estrutural e social, mitigando os meios de discussão e contestação sobre as atividades do Estado na vida do cidadão. Se uma das justificativas da Constituição de 1988 foi a de proteger o cidadão contra excessos e abusos do Estado conferindo-lhes, para tanto, direitos e garantias que pudessem ser bradadas pelo Ministério Público de seu Estado, esta mesma justificativa vai-se tornando cada vez mais esquecida ante o discurso retórico de que o que é federal é mais seguro.

Nas palavras de Silvio Meira, publicadas ainda no ano de 1974²³,

[...] é preciso não confundir os fatores positivos que reclamam a centralização, com os negativos, a que se referia Orlando Carvalho, citado por Fagundes: “Elementos humanos da atividade estatal – os políticos e os burocratas – se associaram na obra comum de destruir a federação e abrir o caminho para o Estado unitário.

E mais adiante, enfatiza²⁴:

[...] Ao velho federalismo dual se superpõe hoje em dia o novo federalismo, com características especiais, em que surge até a possibilidade de revitalização dos municípios, dentro dos quadros regionais dos Estados-membros. O Brasil é um só. A federação une os Estados-membros num corpo ideal e real ao mesmo tempo: a Nação brasileira.

Defender a federação é defender a divisão do poder e a convivência harmônica; a capacidade de contestar, ainda que em debates preliminares,

²³ MEIRA, S. Federalismo e Centralização. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. III. Organização do Estado. São Paulo: RT, 2011. p. 272.

²⁴ *Ibidem*, p. 273.

os perigos da centralização e da federalização em contraposição aos princípios fundantes da República Federativa do Brasil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desafios enfrentados diariamente pela República Brasileira, em seus pouco mais de 100 anos de história, são também reproduzidos na esfera das instituições. E aqui se fala, principalmente, na árdua tarefa de harmonizar, na formatação federativa, as diversas peculiaridades regionais que caracterizam cada Estado-membro em atividades normativas e diretivas de observância geral.

A evolução histórica do direito ocidental tem mostrado, em sentido oposto ao movimento nacional, que a excessiva normatização não conduz, necessariamente, ao alinhamento das ações dos jurisdicionados. E é exatamente nesse contexto que o diálogo deve ser intensificado a fim de evitar – ou, ao menos, reduzir – a produção de atos normativos que, embora formalmente perfeitos, não encontrem a correspondente aplicabilidade diante da ausência de correlação à(s) realidade(s) sociais.

A importância do Conselho Nacional do Ministério Público, tanto no exercício de controle externo (já que se trata de órgão plural em sua constituição) das atuações administrativas e financeiras do(s) Ministério(s) Público(s), quanto na fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, é inquestionável. Apesar de certo desconforto inicial, os anos trataram de comprovar o acerto da Emenda Constitucional 45.

Todavia, a atividade – especialmente a de índole normativa – do Conselho Nacional do Ministério Público também deve ser objeto de permanente questionamento, até como forma de retroalimentação institucional e balizamento de sua atuação, visto que se trata de órgão ainda jovem e, enquanto tal, sujeito a acertos e desacertos no cumprimento de sua missão constitucional. É de se ressaltar que o CNMP, também como órgão público que é, deve ter limites de atuação.

Sem desmerecer do empenho de todos aqueles que, até hoje, ocuparam assento nesse nobre conselho, o momento histórico vivenciado recomenda que, por prudência, o diálogo seja intensificado – inclusive e sobretudo dentro das próprias instituições republicanas – como forma de salvaguardar o princípio federativo dirigente da República do Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Carta de Brasília*. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%C3%ADlia.pdf. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Enunciado 6*. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/124>. Acesso em: 23 agos. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Ministério Público: um retrato*. Dados de 2016. V.6. Brasília: CNMP, 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Recomendação de Caráter Geral n. 01.2016*. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda%C3%A7%C3%A3o_-_03-11-2016_doc_final1_1.pdf. Acesso em: 23 ago. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 ago. 2017.

CLÈVE, C. M; BARROSO, L. R. (org). *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. III. Organização do Estado. São Paulo: RT, 2011.

GARCIA, E. Conselho Nacional do Ministério Público: primeiras impressões. *Revista dos Tribunais*, vol. 836/2005, jun/2005. Pp. 34-48.

GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6 ed. ver. amp. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, P. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

MAZZILLI, H. N. Princípios Institucionais do Ministério Público. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. vol. 2/2013. pp. 15-37. São Paulo: RT, set-out/2013.

NOVELINO, M. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SARLET, I. W. MARINONI, L. G. MITIDIERO, D. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, J. A. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VASCONCELOS, C. *Ministério Público na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZIESEMER, H. R. *Direito Institucional*. Comentário ao regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

_____. *Direito Institucional*. Comentários ao Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

A tuação do Ministério Público no acordo de leniência da Lei Anticorrupção

Alexandre Schneider

Procurador da República em Bento Gonçalves(RS)
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio
Grande do Sul (UFRGS)
Mestrando em Direito na Universidade Católica de Brasília

RESUMO: Examina-se o acordo de leniência da Lei Anticorrupção pelo prisma do Ministério Público, buscando-se compor perfil pragmático da atuação ministerial voltado aos resultados eficazes da colaboração premiada, considerando a participação (ou não) do *Parquet* no acordo e os efeitos dessa participação nas esferas penal e da improbidade administrativa. Com arrimo na teoria da agência, analisa-se a maximização da segurança jurídica do acordo em razão da atuação do Ministério Público no acordo de leniência, indutora de comportamentos societários que buscam a participação da Instituição na celebração do ato.

PALAVRAS-CHAVES: Ministério Público. Colaboração premiada. Acordo de leniência. Lei Anticorrupção.

ENGLISH

TITLE: Proceedings of the public prosecutor's office in the leniency agreement of the Anti-Corruption Law.

ABSTRACT: The leniency agreement of the Anti-Corruption Laws is included as part of the broad spectrum of examinations by the public prosecutor's office, attempting to project a pragmatic profile of the ministerial activity focused on the effective results of the awarded collaboration, considering Parquet's participation (or not) in the agreement and the effects of this participation in criminal law and administrative misconduct. Based on the theory of the agency, we analyze the maximization of legal security of the agreement due to the performance of the public prosecution service in the leniency agreement, which promotes corporate behavior that seeks the participation of the institution in such an act.

KEYWORDS: Public ministry. Award-winning collaboration. Leniency agreement. Anti-Corruption Law.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 2) – 2 Lei anticorrupção e acordo de leniência (p. 7) – 3 Teoria da agência (p. 10) – 4 Autonomia constitucional e independência do Ministério Público (p. 16) – 5 Atuação nas searas criminal e improbidade administrativa (p. 19) – 6 Interpretação sistemática à luz do sistema de proteção de interesses difusos (p. 23) – 7 Conclusão (p. 25).

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa as vicissitudes envolvidas na concretização do acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção brasileira – como instrumento de colaboração premiada previsto às pessoas jurídicas corruptoras como salvaguarda para minimização das sanções previstas no regime jurídico anticorrupção, em contrapartida com a entrega de elementos de prova ao Estado *persecutor* – com a interface de atuação do Ministério Público.

A Lei nº 12.846/13, editada pelo parlamento no contexto das manifestações cidadãs de 2013¹, veio a compor e amalgamar o chamado “microsistema de enfrentamento à corrupção” (DINO, 2016), inovando o ordenamento jurídico ao aditar a esfera de responsabilização da pessoa jurídica corruptora – até então inexistente – em complemento à eficácia legal específica da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), dos crimes contra a Administração Pública e da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93).

Perfilando o sistema normativo brasileiro às convenções e tratados internacionais de combate à corrupção (Convenção Interamericana contra a Corrupção – OEA, Convenção sobre a Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais – OCDE e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), a lei brasileira anticorrupção possui similitude com a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) do direito norte-americano (EUA), com a *Bribery Act* do direito inglês (Reino Unido) e com o Decreto Legislativo nº 231/2001 *Della Responsabilità Amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica* (Itália).

A Lei Anticorrupção prevê, portanto, um regime de responsabilização da pessoa jurídica autônoma, interdependente da responsabilização individual dos agentes corruptos e corruptores (perseguidos processualmente segundo a legislação penal e de improbidade administrativa), inovando a normatividade com a introdução de sanções civis e administrativas calcadas na responsabilidade objetiva da empresa.

As sanções previstas na Lei Anticorrupção em face das práticas corruptoras das pessoas jurídicas (art. 5º da Lei nº 12.846/13) – condutas previstas nos incisos I a V, que espelham praticamente as mesmas espécies típicas previstas nos Crimes contra a Administração Pública, nos Delitos de Lavagem de Dinheiro, Crimes Licitatórios e Fraudes Contratuais, Obs-

¹ Quando a Nação acompanhava com expectativa a tendência de aprovação da chamada PEC nº 37, que sepultaria a possibilidade de investigação criminal direta pelo Ministério Público.

trução à Justiça e outros – consistem no perdimento de bens, direitos e valores obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, multas, publicação da decisão sancionatória a expensas da empresa, podendo culminar, inclusive, no extremo da dissolução compulsória da pessoa jurídica.

Atento aos graves e nefastos efeitos que possam decorrer para a corporação econômica que se depara com eventuais práticas corruptivas praticadas por seus agentes, de forma isolada, divorciada dos propósitos socioeconômicos diretivos e de governança da corporação, o legislador criou o instituto do acordo de leniência, previsto no art. 16 da Lei nº 12.846/13.

O acordo de leniência visa a que a pessoa jurídica se esquivе legalmente de ser severamente sancionada, de modo a isentá-la das sanções previstas no inciso II do art. 6º (publicação extraordinária da decisão condenatória) e no inciso IV do art. 19 (proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo de 1 a 5 anos), viabilizando igualmente a diminuição do valor da multa aplicável em até 2/3 (dois terços).

Por se tratar de instituto de direito premial, a concessão dos benefícios legais convencionados no acordo de leniência exige que a pessoa jurídica processada colabore efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de modo que desta colaboração resultem a identificação dos demais atores envolvidos na infração e a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

Dada a independência e autonomia das esferas legais de responsabilização dos atos corruptores (administrativa, cível e penal) e, principalmente, das chamadas “condições de eficácia”, não se torna difícil projetar que o resultado do acordo de leniência poderá implicar sérias consequências para a viabilidade persecutória criminal, principalmente.

O produto resultante do acordo de leniência (elementos de prova carreados pela pessoa jurídica, hábeis a propiciar a identificação dos demais envolvidos na infração e que comprovem o ilícito sob apuração) influirá nas demais esferas processuais de responsabilização em razão da congruência fática inescapável em casos envolvendo práticas corruptivas.

Além disso, a pessoa jurídica corruptora haverá de exigir segurança jurídica para seus dirigentes, agentes e demais gestores, sob pena de não pretender correr o risco de, celebrado o acordo de leniência, ver-se surpreendida com atos autônomos de persecução noutras searas de responsabilidade não vinculadas ao ato bilateral, notadamente nos processos penal e de improbidade administrativa.

Desse panorama é que surge o problema cuja solução se pretende apresentar no presente artigo.

A Lei Anticorrupção, em seu art. 16, refere que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos corruptivos. A “autoridade máxima” a que alude o art. 16 faz crer que se trata da mesma “autoridade máxima” elencada no art. 8º, responsável por instaurar e julgar o processo administrativo para apuração da responsabilidade da pessoa jurídica corruptora, que causou lesão à Administração Pública, sendo, portanto, a autoridade administrativa que, organicamente, estiver designada pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no âmbito de suas esferas exclusivas de competência, tanto no âmbito federativo da União como dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como já referido, na esfera administrativa, o acordo de leniência estará estrito a eximir (isentar) a pessoa jurídica das sanções correspondentes à publicação extraordinária da decisão condenatória, proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, e redução do valor da multa.

A literalidade da regra legal omite a possibilidade de que acordos de leniência possam ser capitaneados pelo Ministério Público. Ademais

disso, a regra prevista no art. 15 da Lei Anticorrupção², afeta à necessidade de persecução penal dos fatos apurados no processo administrativo sancionatório, demanda a necessidade de se descortinar solução para a falta de regra explícita de celebração de acordo de leniência pelo *Parquet*, notadamente considerando as diversas estruturas de atuação do Ministério Público em núcleos mistos de combate à corrupção^{3 4 5}.

Cabe, portanto, indagar se, a despeito da ausência de previsão legal expressa, é possível a celebração de acordo de leniência pelo Ministério Público, na condição de proponente, sem a participação do poder público, com a pessoa jurídica corruptora? Noutras palavras, seria conveniente alijar o Ministério Público da celebração dos acordos de leniência, relegando a iniciativa unicamente à esfera administrativa dos demais poderes estatais?

Procuraremos sustentar que a legitimidade do Ministério Público para propor acordos de leniência às pessoas jurídicas implicadas em atos de corrupção decorre de interpretação sistemática do conjunto de normas que integram o arcabouço de proteção dos interesses difusos e coletivos. Ademais, negar tal possibilidade constituiria fator de desestímulo à medida premial, à luz da teoria da agência, considerando que o Ministério Público está menos infenso às contingências políticas (se comparado aos demais ór-

² Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

³ Vide, a propósito, os Enunciados n°s 4 e 28 da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, revisado e editado, respectivamente, sob os auspícios da Resolução n° 148/14, do Conselho Superior do Ministério Público Federal, que conferiu atribuição cumulativa à 5ª CCR para atuação tanto na persecução criminal como no âmbito da improbidade administrativa, com vistas ao “combate à corrupção”.

⁴ <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/institucional/nucleos-de-combate-a-corrupcao>>

⁵ A propósito, também, da criação de estruturas ministeriais mistas de combate à corrupção, é de se ver a Recomendação n° 42/16 do Conselho Nacional do Ministério Público – <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9574-aprovada-recomendacao-que-cria-no-mp-estruturas-especializadas-no-combate-a-corrupcao>>

gãos vinculados ao poder executivo, principalmente), a par de a titularidade privativa da ação penal pública e o protagonismo nas ações de improbidade administrativa serem fatores que atraem o protagonismo do Ministério Público nos acordos de leniência, como forma de alcançar a desejada segurança jurídica por parte das pessoas jurídicas e a efetividade dos resultados no combate à corrupção.

2 LEI ANTICORRUPÇÃO E ACORDO DE LENIÊNCIA

A Lei nº 12.846/13, com eficácia legal plena sobre os fatos ocorridos a partir do dia 27 de janeiro de 2014, dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Logo se vê que a disciplina normativa introduzida pela novíssima legislação aplica-se ao flanco de responsabilização da pessoa jurídica, carecedor que se encontrava o ordenamento pátrio de alcançar sanções jurídicas às pessoas formais, infensas até então de consequências repressivas por atos corruptivos para além da mera responsabilidade subjetiva e individual dos agentes implicados.

Dessa forma, o art. 5º da Lei Anticorrupção (LAC) arrola os tipos objetivos nos quais as empresas e corporações serão enquadradas por conta de atos levados a efeito por seus agentes ou prepostos, configuradores de práticas perniciosas contra a Administração Pública, atos lesivos praticados no interesse ou benefício, exclusivo ou não, da pessoa jurídica (art. 2º) – cuida-se, como referido, de esfera de responsabilização autônoma⁶.

Serão passíveis, portanto, de responsabilização pelo novel regime de sancionamento, as sociedades empresárias, as sociedades simples, personi-

⁶ Art. 3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

§ 1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no *caput*.

ficadas ou não (independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado), bem como as fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente (art. 1º, parágrafo único), em razão da prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos os “tipos objetivos”:

I – prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II – comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III – comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV – no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V – dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

Da leitura dos tipos percebe-se, desde logo, tratarem-se de hipóteses fáticas reveladoras, igualmente, de suportes fáticos já previstos em legislações anteriores, a exemplo do Código Penal, da Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), da Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/98), dentre outros.

A nova Lei Anticorrupção prevê, em virtude das condutas corruptivas constatadas, duas esferas de responsabilidade, a administrativa (arts. 6º a 15) – encetada no âmbito de competência do órgão público da Administração vitimado pelo ato corruptivo – e a judicial (arts. 18 a 21) – instaurada por provocação do Estado-Juiz pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios ou pelo Ministério Público.

Na esfera administrativa, serão aplicadas as sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. A esfera judicial, diversamente, comporta a aplicação de sanções ainda mais gravosas, a saber, perdimento de bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial das atividades da empresa, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

Sobreleva interesse, contudo, ao presente *paper*, o protagonismo conferido ao Ministério Público pela Lei Anticorrupção, inspirada na atribuição constitucional de defesa do patrimônio público (CF, art. 129, inciso III), ao referendar que:

Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, sem prejuízo daquelas previstas neste Capítulo, desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20, LAC).

A superlativa legitimidade reconhecida pela Lei Anticorrupção ao *Parquet* para buscar a aplicação das sanções às pessoas jurídicas – tanto as sanções previstas para a esfera judicial, como legitimado concorrente, como para as penalidades elencadas para a esfera administrativa, de forma subsidiária, na hipótese de omissão da Administração Pública – não foi despretensiosa ou aleatória por parte do legislador.

A meta social engendrada pelo art. 20, LAC, está atrelada ao perfil constitucional do Ministério Público, justamente por se tratar de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF), alicerçada na unidade, indivisibilidade e independência funcional (§1º do art. 127, CF).

Na prática, o predicado de independência funcional, reconhecido pela Constituição e leis complementares, antes de assegurar garantias pessoais aos membros do Ministério Público, deu-lhes garantias funcionais para que possam servir aos interesses da lei e não aos dos governantes (MAZZILLI, 2013, p. 134), de modo que os órgãos do *Parquet*, no exercício da atividade-fim, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não estão adstritos a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da própria instituição, no que diga respeito ao que devam ou não fazer (MAZZILLI, 2013, p. 226).

3 TEORIA DA AGÊNCIA

Necessitamos, doravante, propiciar a interligação dos conceitos jurídicos afetos à autonomia e independência funcional do Ministério

Público e de seus órgãos com o mundo econômico, onde atuam os agentes do mercado, destinatários das sanções previstas na LAC. Para tanto, utilizar-se-á de instrumental próprio da economia e das ciências da administração, a exemplo da Teoria da Agência.

Uma relação de agência é aquela que se estabelece, segundo a ótica da economia e das organizações societárias, entre um principal (titular do interesse ou direito tutelável) e um agente (delegatário escolhido pelo principal para maximizar a concretização do interesse ou direito do principal).

Segundo Posner (2000), o principal será beneficiado na medida em que o agente executa uma tarefa (de interesse do principal), voltada à satisfação, com a máxima eficiência, do interesse ou direito tutelado, com diligência, cuidado e esforço, de modo a maximizar os resultados esperados pelo titular do interesse velado.

Usemos um exemplo citado por Posner em seu artigo intitulado *Agency Models in Law and Economics*⁷. Suponhamos que alguém pretenda vender sua propriedade imobiliária (casa), mas não tem conhecimento do mercado nem experiência nas formalidades e negociações típicas da seara imobiliária. Especialmente, essa pessoa (principal) não conhece os contatos certos a quem ofertar a casa. Por isso, o principal contrata um agente imobiliário, dele esperando que atue com cuidado e, ao mesmo tempo, despendendo esforço possível e necessário para mostrar a casa para os compradores potenciais. O principal espera que o agente estimule os potenciais compradores a fazerem boas propostas, em decorrência da habilidade do agente de fazer ver aos interessados que a casa possui vários atrativos e poucos defeitos, capazes de a tornar cobiçada no mercado imobiliário e, em razão disso, maximizar o valor final da transação – objetivo relevante do principal (e, licitamente, de qualquer agente econômico, segundo as regras usuais do tráfego comercial).

Na dinâmica dessa relação, poderá ocorrer uma série de variantes e dissintonias, todas aptas a desencadear o que a doutrina chama de “con-

⁷ *The Coase Lecture, Winter 2000*. The law school the University of Chicago, Chicago. <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=204872>

flito de agência”. Por exemplo, o agente pode não ter interesse (ou estar estimulado a) em despender seus melhores esforços quanto o principal espera que ele o faça. O proprietário da casa (principal) gostaria que o agente trabalhasse na prospecção de interessados na compra durante o dia todo, manhã e tarde, mas o agente entende que o melhor horário para abordar o público-alvo é no horário noturno, quando as pessoas estão mais cansadas e, portanto, com suas defesas mais vulneráveis. Mas o agente pode não querer trabalhar à noite, dedicando esse tempo aos seus filhos. Ou ele pode ser preguiçoso ou não querer se dedicar à venda da sua casa, por entender que outras são mais atrativas para venda. Desse modo, o principal teria dificuldade em conseguir um agente que se dedique com afinco para a venda da sua casa e, além disso, quando conseguisse um agente, teria dificuldade em monitorar o seu esforço para vender a casa.

Mas, como monitorar esse agente? Poder-se-ia pensar, por exemplo, em instalar um gravador ambiental para detectar as vezes em que o agente entra na casa para a apresentar aos interessados. Nessa investida, suponhamos que o principal constate que o agente, no dia anterior, mostrou a casa a apenas uma pessoa interessada. Confrontado com a informação, o agente poderia dizer que a maioria dos clientes a quem ele anunciou a propriedade estava preferindo, naquele momento, visualizar casas em valores menores. Como saber se o agente está mentindo ou falando a verdade?

Outra solução possível é esperar por algum tempo mais para que a casa seja vendida e dispensar o agente, em caso de não se obter êxito na venda imobiliária. Novamente, supondo que o principal aguarde um mês e a casa não é vendida. Indagado, o agente responde que o mercado imobiliário não está “aquecido” (propenso a vendas, retraído), mas sabe que algumas pessoas interessadas poderiam pagar um preço mais baixo pelo imóvel do principal; entretanto, o agente está confiante que, por mais um tempo de dedicação, encontrará um comprador que aceite pagar um valor mais elevado, o que viria a satisfazer melhor as expectativas do principal.

Percebe-se, desse modo, que o grande dilema na relação encetada entre o principal e o agente reside na dificuldade que o principal tem de

avaliar o agente, justamente porque o principal não é um especialista no mercado habitacional; e, ainda que o fosse, possivelmente, não teria tempo para acompanhar o trabalho daquele. Mais: ainda que fosse especialista e tivesse tempo, não haveria sentido em contratar o agente, pois o proprietário, diretamente, poderia se encarregar de buscar o melhor negócio.

O problema, assim, no conflito de agência é a dificuldade de o principal observar diretamente os esforços do agente. Por conta disso, o principal não consegue inferir, a partir do resultado do trabalho do agente (venda ou não-venda da casa dentro de um certo período de tempo), se pode continuar nele confiando, pois não conhece a influência da sorte e de outros fatores estranhos na venda da sua casa.

Esse é um exemplo simplificado para explicar no que consiste a teoria da agência, bastante aplicada nas relações de índole privada, as quais se resolvem, via de regra, na celebração de contratos de risco, cujas cláusulas abarcam estímulos e compensações variáveis, negociadas para incentivar o agente a despender seus melhores e mais efetivos esforços, buscando uma solução eficiente ao negócio, assim entendida como aquela obtida em menor tempo e com o mais significativo resultado econômico possível⁸.

No modelo de relação de agência, em sua dinâmica, poderá ocorrer o chamado “risco moral” (POSNER, 2000), compreendido como a situação em que o agente pode prometer dispensar determinada carga de esforço, mas essa promessa não é executável. A menos que o principal tenha meios de controlar o agente e observar seus níveis de esforço, o principal não terá motivos para não acreditar na promessa do agente – a qual, repita-se, é inexecutável.

Em qualquer relação de agência, por conseguinte, o problema de agência decorre da chamada “assimetria de informação”, cuja solução pas-

⁸ A teoria da agência – na órbita das relações jurídicas de direito privado – aplica-se à relação entre acionistas e diretores de uma corporação, na qual os acionistas representam o principal, que contratam diretores para atuarem como agentes, na expectativa de que estes empreendam e maximizem cuidados e esforços na consecução dos objetivos societários (lucro), de modo que o principal se beneficie diretamente dos resultados advindos da atuação do agente.

sa pelo conceito de “custos de agência”, solvidos, em regra, pela contratualização antes referida, que engendre um sistema de compensações ao agente. A solução também pode advir do monitoramento da atividade do agente, com o emprego de sistemas e procedimentos de controle.

Transpondo-se o conceito e as características da teoria da agência para o setor público, pode-se afirmar que o Estado e a sociedade são os atores dessa relação. A sociedade, credora de direitos e garantias fundamentais, situa-se no polo do “principal”. O Estado, de seu turno, será considerado o “agente”, no seu moderno papel prestacional dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensões (vida, liberdade, propriedade, saúde, educação, segurança pública, meio ambiente e saúde pública sadios, probidade administrativa, etc) titulados pelos indivíduos em particular e pela sociedade em geral.

O Estado executa, densifica, os direitos fundamentais diretamente por seus “agentes” (e, nesse prisma, poder-se-ia dizer que o Estado também é o principal na relação com os seus agentes diretos, os servidores públicos em geral).

Entretanto, busca-se jogar luz na complexa relação que se estabelece, de um lado, entre a sociedade (principal) e as agências estatais (agente), especificamente pelo flanco descortinado com a nova Lei Anticorrupção, que estabeleceu a responsabilização objetiva da pessoa jurídica corruptora, impondo severo sancionamento, cujo potencial retributivo é capaz de impor sensíveis efeitos negativos ao pleno desenvolvimento do objeto social da empresa (multas pecuniárias e proibição de contratar com o poder público), quiçá conduzindo à dissolução compulsória nos casos mais extremos.

Ao tratar da responsabilidade administrativa, a Lei Anticorrupção trata do processo administrativo, conduzido, na administração pública direta federal, segundo o Decreto nº 8.420/15, pela Controladoria-Geral da União, atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle. Nos termos do art. 29 do Decreto nº 8.420/15, caberá à CGU celebrar acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo Federal, no âmbito do chamado

Processo Administrativo de Responsabilização – PAR, voltado à aplicação das sanções administrativas à pessoa jurídica corruptora.

Repise-se, ao largo da responsabilização administrativa da pessoa jurídica corruptora, flui de forma autônoma o processo judicial de aplicação das sanções à pessoa jurídica corruptora (art. 19 da Lei nº 12.846/13), cuja legitimidade ativa é concorrente entre os Entes Federados (por suas advocacias públicas) e o Ministério Público.

Para além dessas duas esferas de responsabilidade da pessoa jurídica corruptora, não se pode olvidar a responsabilização criminal das pessoas físicas autoras dos atos de corrupção. De um lado, os catalisadores do ato, indivíduos que agiram investidos da condição de agentes da pessoa jurídica corruptora (funcionários, gerentes, diretores, etc), a responderem, hipoteticamente, pelo delito de corrupção ativa (art. 333, Código Penal); de outro, os funcionários públicos *lato sensu* recebedores ou que aceitaram a promessa de vantagem indevida (art. 317, Código penal). Nessa relação processual, de natureza sancionatória penal, o titular privativo é o Ministério Público (art. 129, I, Constituição Federal).

Não se pode deixar de mencionar, igualmente, a responsabilidade subjetiva dos mesmos indivíduos pela ação civil de improbidade administrativa, comumente⁹ aparelhada pelo *Parquet* (art. 17 da Lei nº 8.429/92).

Por conta desse arranjo normativo constitucional e legal, surgem diversas controvérsias a respeito da formalização do acordo de leniência, principalmente quanto a que “agência” estatal seria mais conveniente atuar em tais colaborações, dadas as repercussões que os fatos possam gerar, por exemplo, na esfera de responsabilidade criminal.

Muito embora a Lei Anticorrupção seja taxativa quanto à celebração do acordo de leniência entre a pessoa jurídica corruptora e a administração

⁹ O dia a dia forense demonstra que a grande maioria das ações de improbidade administrativa são aforadas pelo Ministério Público, notadamente pelo fato de já se encontrarem em seu aparato os elementos de prova dos fatos ímprobos, colhidos em inquérito policial que investiga o crime contra a administração pública, ou em inquéritos civis.

pública (“autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública” - art. 16 da LAC), não se pode afastar a possibilidade concreta de os elementos de prova entregues pela pessoa jurídica como condição para receber os benefícios legais serem reveladores de fatos criminosos – e, quase sempre, sê-lo-ão.

De que forma, então, a Controladoria-Geral da União¹⁰, órgão puramente executor de atribuições do Poder Executivo, poderia barganhar a modulação de sanções penais, se não possui titularidade para a lide penal? O Ministério Público, frente a um acordo de leniência ao qual teve conhecimento somente após a sua perfectibilização (por força do art. 15, LAC), estaria obrigado a acatar, sem questionamentos, a colaboração premiada celebrada na órbita administrativa? E a pessoa jurídica e seus agentes criminosos, que segurança jurídica teriam de que o processo penal seria conduzido de forma mitigada e condicionado pelos termos de modulações do acordo de leniência formulado por quem não detém competência constitucional para a ação penal, e no qual o titular da ação penal pública não teve oportunidade de intervir?

Eis alguns dos problemas em que a teoria da agência – amoldada e adequada ao campo publicístico – pode auxiliar na solução.

E a solução traspassa a necessidade de determinar qual “agente” público encontra-se normativa e funcionalmente mais bem vocacionado para atender aos interesses e anseios do “principal”, sem descurar e sem violar a separação dos poderes, de modo, a um só tempo, a conferir também a segurança jurídica para a pessoa jurídica e aos seus representantes e funcionários envolvidos nesse processo.

4 AUTONOMIA CONSTITUCIONAL E INDEPENDÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Para Assunção e Silva (2013), o Ministério Público passou da condição de órgão administrativo (da formatação anterior à Constituição de

¹⁰ E os demais Entes Federados e autoridades máximas dos poderes legislativo e judiciário, na dicção do art. 16 da Lei nº 12.846/13.

1988) para a de instituição política, pois deixou de ser defensor do Estado para agir em defesa dos interesses da sociedade e dos direitos sociais, podendo, a tanto, atuar de forma preventiva ou repressiva. Entende o citado doutrinador, inclusive, que a Constituição de 1988 “transformou o Ministério Público num verdadeiro poder, ao desvinculá-lo dos outros e prever como crime de responsabilidade do Presidente da República os atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público”.

O autor, fazendo remissão analógica à obra Moisés de Michelangelo (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013), o Ministério Público, tal com o libertador dos hebreus recebeu no Monte Sinai as tábuas da lei, recebeu da Constituição Federal a missão de fiscalizar o cumprimento da lei (principalmente da Constituição), devendo defender a ordem pública e também buscar a transformação da sociedade mediante o correto cumprimento da lei.

Efetivamente, os princípios constitucionais que norteiam a morfologia e a atuação do *Parquet* conferem à Instituição envergadura e musculatura para atuar em prol dos interesses e direitos sociais de forma independente e infensa a injunções e pressões de ordem política ou administrativa. O princípio da independência funcional significa que o Membro do Ministério Público não se submete a autoridades internas ou externas ou a qualquer tipo de hierarquia, de molde a garantir à sociedade que o agente ministerial atue somente conforme sua própria consciência e de acordo com os ditames legais, na defesa da Constituição e do interesse público (ASSUNÇÃO E SILVA, 2013). Desse modo, procuradores e promotores são considerados agentes políticos, pois agem como órgãos independentes do Estado, posicionados no topo da esfera hierárquica de suas áreas de competência – do mesmo modo que os agentes do Executivo, Legislativo ou Judiciário – razão por que decidem com plena liberdade funcional (MAZZILLI, 2007).

Para densificar tal princípio da independência funcional, a Constituição Federal reconheceu aos membros do Ministério Público algumas garantias e vedações, entre elas a da inamovibilidade do agente ministerial (art. 128, I, ‘b’, CF), que assegura a permanência do Membro do Ministério

Público no órgão de sua titularidade, do qual somente será removido caso o deseje ou, excepcionalmente, de forma compulsória, quando o interesse público o exigir (GARCIA, 2015). O objetivo da inamovibilidade é o de evitar que pressões externas ao membro ministerial influam sobre sua atuação funcional, de modo a conferir liberdade ao agente ministerial e coartar que os juízos valorativos formados pelo agente sejam norteados pelo receio de ser removido (GARCIA, 2015).

Da Constituição Federal extraem-se outros princípios, garantias e vedações aos Membros do Ministério Público, assim como da legislação orgânica podem-se observar regras procedimentais que colmatam o regime jurídico do *Parquet*. Para o presente ensaio, contudo, bastam as considerações antes esposadas para se concluir que o Ministério Público está institucionalmente situado em regime jurídico-constitucional que imuniza tanto a Instituição frente aos demais poderes como os seus agentes individualmente considerados.

Essa imunidade funcional, conjugada ao seu papel de defensor da ordem jurídica e do regime democrático, faz com que o Ministério Público seja considerado a agência estatal que menores riscos traz em sua atuação em prol dos interesses sociais, comunitários. O Ministério Público, posicionado esquematicamente numa relação de agência, tal como a delineamos no item anterior, posta-se como agente da sociedade (principal), ao passo que a Controladoria-Geral da União situa-se como agente do Estado (principal).

A Administração Pública, ao contrário do Ministério Público, buscará atingir ou preservar os interesses do Estado, que nem sempre coincidem com o interesse público e social primário. Válida, nesse ponto, a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário ofertada por Barroso:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário

dário que seja parte da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.

Nessa perspectiva, o Estado nem sempre perseguirá o chamado interesse público primário, pois, via de regra, contentar-se-á com a satisfação do interesse fiscal e pecuniário, de materialização menos complexa se comparado ao interesse primário, da sociedade.

Ademais disso, os servidores da Controladoria-Geral da União não contam com a independência funcional e com as demais garantias dos agentes ministeriais, situação que não os alberga das ingerências e injunções de ordem política que possam advir de seus superiores hierárquicos.

5 ATUAÇÃO NAS SEARAS CRIMINAL E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme previamente sinalizado, cabe considerar as atribuições do Ministério Público nos círculos de responsabilização criminal e da improbidade administrativa.

Nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, o Ministério Público é o titular privativo da ação penal pública, o que significa que cabe ao *Parquet*, unicamente, decidir, frente a uma investigação criminal ou notícia de crime, se instaura ou não a ação penal pública, buscando perante o Poder Judiciário a concretização da pretensão punitiva estatal decorrente da prática do ilícito criminal. Segundo Garcia (2015), a propositura da ação penal, como projeção da soberania estatal, é atribuição que se confunde com a própria existência do Ministério Público, dístico presente em todos os países que adotaram esse modelo institucional. Tal modelo privilegia o sistema acusatório e preserva a imparcialidade do órgão judicial. Ao abolir os procedimentos penais *ex officio* (que podiam

ser instaurados e julgados pelo mesmo órgão judicial), assim como os procedimentos judicialiformes (instaurados e instruídos pelo delegado de polícia), a Constituição Federal excluiu a possibilidade de qualquer outra estrutura estatal ajuizar a ação penal pública – assim como a qualquer do povo¹¹.

Decorre da construção constitucional que o Ministério Público será o condutor das ações penais e, por conta disso, o coordenador da fase pré-processual, investigatória, com a finalidade de coletar as provas e evidências pertinentes, adequadas e legítimas para comprovação do fato criminoso e da sua autoria. A investigação poderá ser conduzida diretamente pelo *Parquet*, em razão da instrumentalidade da investigação criminal, bem como poderá acompanhar a colheita de provas realizada no âmbito do inquérito policial – condição em que o agente ministerial será o coordenador mediato da investigação.

Na fase investigatória, via de regra, a coleta de evidências e provas que constituirão o supedâneo fático para a propositura (ou não) da ação penal perante o Estado-juiz é marcada pelo timbre da sigilosidade, a teor do artigo 20 do Código de Processo Penal. A segregação da informação quanto aos termos, extensão e objetividade investigada também decorre, especialmente, de diversas leis esparsas que tratam de medidas investigatórias especiais e invasivas que, *in re ipsa*, devem ser conduzidas com discricção, sob pena de ineficácia da colheita de provas e elementos de convicção, a exemplo das buscas e apreensões, interceptação telefônica, telemática, infiltração de agentes, etc.

Consideradas tais premissas, imaginemos um cenário em que determinado fato (ou multiplicidade de fatos) considerado “corrupção”¹², envolvendo agentes públicos e privados (estes, na condição de empregados de

¹¹ Exceção feita aos crimes de ação penal privada, de iniciativa do ofendido, nenhum cidadão possui legitimidade, por exemplo, para iniciar ação penal pública para expor alguém a situações vexatórias, com espírito emulativo, o que reforça o rol de direitos fundamentais.

¹² *Lato sensu*, assim considerado todo e qualquer delito praticado em face da Administração Pública, em seu prejuízo.

determinada pessoa jurídica), esteja sendo investigado em inquérito policial sigiloso, acompanhado pelo *Parquet*, com medidas invasivas autorizadas judicialmente. Suponhamos que a investigação esteja transcorrendo há significativo período de tempo, durante o qual foram angariadas diversas evidências da prática corruptora. Nesse mesmo cenário, imaginemos que, internamente, a empresa envolvida nos atos de corrupção praticados por seus prepostos, descubra os fatos praticados e, na ânsia de se precatar, acesse a Controladoria-Geral da União¹³, aviando requerimento para, espontaneamente, relatar os fatos de que tomou conhecimento e, ato contínuo, proceder à celebração de acordo de leniência, para evitar a aplicação de sanções mais graves.

Considerando que tanto a empresa como a CGU não possuem conhecimento da investigação criminal que já caminha a passos largos, ambos ajustam as bases da colaboração premiada, na qual a empresa, por força da lei, compromete-se a colaborar com a investigação, entregando provas dos fatos ao poder público.

Reconhecendo que, a um só tempo, o Ministério Público não foi chamado a intervir na pactuação do acordo de leniência (por falta de previsão legal explícita), nem a CGU detinha conhecimento da tramitação da investigação criminal, muito provavelmente será levado a efeito acordo de leniência inútil, inadequado e sem valor para a Administração Pública. As provas que a empresa corruptora vier a entregar serão redundantes e desinteressantes para a Administração Pública, pois as mesmas evidências (ou até mesmo, informações muito mais amplas e detalhadas) foram ou serão coletadas no inquérito policial. Nesse contexto, a Administração Pública estará renunciando à aplicação de sanções de forma pueril e açodada, evitável se tivesse conhecimento da tramitação do inquérito policial via intervenção do Ministério Público.

Outro cenário – este de desigualdade e insegurança para a pessoa jurídica – poder-se-ia cogitar na situação em que a apuração dos fatos reve-

¹³ Ou o órgão estatal simetricamente postado no Estado ou Município.

ladores da “corrupção” tivesse sua gênese no processo administrativo iniciado pela Administração Pública. Nesse cenário hipotético, inexistiria qualquer inquérito ou investigação criminal a respeito dos mesmos fatos em tramitação sob a batuta do Ministério Público.

Imaginemos que, sem a atuação do *Parquet*, as partes (pessoa jurídica e Administração Pública) avancem para a celebração do acordo de leniência, no qual a empresa compromete-se a entregar provas do fato e colaborar para que os responsáveis sejam identificados e processados pelo Estado. Finalizado o processo administrativo, e identificada a prática de crimes contra a Administração Pública, a autoridade administrativa processante haverá de encaminhar cópia para o Ministério Público, por força do art. 15 da Lei Anticorrupção. Aportada a cópia do processo administrativo ao *Parquet*, o Ministério Público entende que os fatos têm outra conformação legal ou visualiza que o acordo de leniência fora firmado em bases e sob condições *contra legem*¹⁴, e decide impugnar judicialmente o ato administrativo, na defesa do patrimônio público. Ou, ainda, decide por ingressar em juízo com ação penal pública em razão da prática de outros fatos, diversos dos constatados no processo administrativo. A pessoa jurídica, diante dessa aparente contradição ou incongruência¹⁵, muito possivelmente, sentir-se-á vítima de um déficit de segurança jurídica, pois imaginava estar negociando a redução das sanções, quiçá a imunidade ampla perante o Estado.

Cuida-se, assim, de situações problemáticas, em tudo aplicáveis considerando a ótica de responsabilização subjetiva dos agentes públicos e privados prevista tanto nas leis penais como na Lei de Improbidade Administrativa (LIA – Lei nº 8.429/92), cujos tipos abertos elencados nos arts. 9º, 10 e 11 abarcam o enquadramento de todos os crimes contra a administração pública na condição de conduta ímproba, sujeita ao sancionamento cominado nos diversos incisos do art. 12 da lei.

¹⁴ *Ad exemplum*, o órgão público estatal abre mão e deixa de consignar nos termos do acordo a obrigação legal de reparar o dano – art. 16, §3º, da Lei nº 12.846/13.

¹⁵ APARENTE, pois a legislação, dada a sua atecnia, não atentou para a particularidade e a interação dos diversos sistemas e instâncias persecutórios.

6 INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA À LUZ DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS

A falta de previsão expressa para que o Ministério Público atue proativamente, propondo e firmando acordos de leniência no *enforcement* da Lei Anticorrupção, não impede, contudo que tais acordos sejam firmados, a despeito, inclusive, da desconsideração, em último caso, dos demais órgãos da Administração Pública. Com efeito, ainda que desejável (sempre) a atuação coordenada dos agentes estatais no combate à corrupção, situações poderão existir em que o agente ministerial não poderá (ou, estrategicamente, não deverá) contar com a atuação coordenada dos demais atores estatais, a exemplo das situações em que os órgãos estiverem visivelmente comprometidos com a prática corruptiva.

Nada obstante a LAC seja silente quanto à iniciativa do *Parquet* na celebração de acordos de leniência fora do processo administrativo engendrável pela Administração Pública, vedação expressa igualmente inexistente. Nem se diga que haveria vedação à celebração do acordo de leniência diretamente entre o MP e a pessoa jurídica, sem a participação da Administração Pública, por força da extinção da eficácia da Medida Provisória nº 703/2015¹⁶ – a norma previa unicamente a viabilidade de celebração do acordo de forma incidental à ação civil pública, excepcionalmente à regra de acordo firmado antes e com o intuito de olvidar a tramitação da ação judicial, como sói ocorrer.

Para colmatar dita lacuna, traz-se à remissão a lei da ação civil pública, aplicável subsidiariamente ao regime de responsabilização da Lei Anticorrupção, expressamente inclusive no que tange ao rito da ação judicial (art. 21, LAC). E, nesse particular, o art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/85, refere que “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante

¹⁶ Em sua redação vigente, a MP 703/15 inseria o parágrafo único ao art. 20, LAC, com a seguinte redação: “A proposta do acordo de leniência poderá ser feita mesmo após eventual ajuizamento das ações cabíveis”.

cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”, no âmbito do sistema de proteção dos interesses difusos e coletivos consagrado pela Lei da Ação Civil Pública, especialmente pelas hipóteses contidas no rol exemplificativo do art. 1º, incisos IV e VIII, da referida lei.

Desse modo, encontra-se franqueada legalmente a legitimidade ativa para que o Ministério Público firme acordos de leniência no âmbito de responsabilização das pessoas jurídicas, criada pela Lei Anticorrupção, especialmente com relação à modulação das sanções previstas no art. 21, LAC.

Com relação às sanções previstas no art. 6º da LAC, contudo, pode remanescer alguma discussão, por eventual incompatibilidade e invasão de poderes da Administração Pública. Dois cenários são visualizáveis nessa situação:

- a) A Administração Pública encontra-se omissa na tomada de decisão a respeito dos fatos caracterizados como corrupção;
- b) Mesmo não se podendo caracterizar omissão, a Administração Pública atua de forma insuficiente ou negligente na celebração do acordo de leniência.

Na primeira situação, a resposta é-nos apresentada pela própria lei. Se, de acordo com o art. 20, LAC, “Nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º, [...] desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa”, a mesma *ratio* justifica a tomada de decisão extrajudicial pelo Parquet voltando-se a celebrar o acordo de leniência de forma proativa e independente da participação da Administração Pública – segundo o aforisma “quem pode o mais pode o menos”.

De outra sorte, situação diversa é decorrente da atuação insuficiente ou inconsistente da Administração Pública em acordos de leniência voltados à aplicação das sanções do art. 6º, LAC. O contexto permite visualizar, por exemplo, soluções *contra legem*. Na hipótese de acordos contrários à norma legal, as consequências de acordos de tal jaez seriam passíveis de desconsideração pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

7 CONCLUSÃO

A análise da interface de atuação do Ministério Público no chamado “microsistema de enfrentamento à corrupção”, especialmente na novel Lei Anticorrupção, permite divisar vários caminhos que recomendam a atuação do *Parquet* na celebração dos acordos de leniência.

Em primeiro lugar, a Controladoria-Geral da União e seus congêneres nas demais esferas federativas não possuem competência legal para barganhar a modulação de sanções penais, uma vez que não possuem legitimidade ativa para a titularidade da lide penal.

Ao depois, o Ministério Público, frente a um acordo de leniência do qual não teve conhecimento prévio, não está jungido aos termos do ajustado, podendo, por conta de ilegalidades, buscar a invalidação da colaboração premiada na via judicial.

Nesse contexto, a pessoa jurídica e seus agentes criminosos não teriam qualquer segurança jurídica de que eventual ação penal seria ajuizada com as modulações pretendidas em razão do acordo de leniência, em face da falta de participação do titular da ação penal no acordo de leniência.

Conclui-se, dessa forma, a participação do Ministério Público na celebração dos acordos de leniência afigura-se desejada, a fim de evitar prejuízo tanto para o poder público e para a sociedade (na ampla e integral tutela de seus interesses) como para a pessoa jurídica corruptora e para seus prepostos individualmente considerados – que buscam, ao fim e ao cabo, segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO E SILVA, A. *Ministério Público: Doutrina e Regime Jurídico*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2013.

BARROSO, L. R. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BRASIL, Constituição Federal, 1988.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL, Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

BRASIL, Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

BRASIL, Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

BRASIL, Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.

BRASIL, Decreto nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

DINO, N. A colaboração premiada na improbidade administrativa: Possibilidade e repercussão probatória. In: SALGADO, Daniel de Resende et al (Org.). *A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade*. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016. Cap. 19, p. 515-535.

GARCIA, E. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, H. N. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POSNER, E. Agency Models in Law and Economics. *The Coase Lecture*, Winter 2000. The law school the University of Chicago, Chicago. http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=204872.

Reflexões sobre um garantismo penal brasileiro e desumano

Silvia Regina Becker Pinto

Promotora de Justiça/RS

Mestre em Direito pela PUCRS

Curso de Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas
pela Faculdade de Direito da Univeridade de Lisboa

RESUMO: O presente artigo pretende denunciar a barbárie da contemporaneidade do Direito Penal e do Processo Penal, sustentando que ela já não reside na aplicação de penas cruéis e desproporcionais de outrora e de um Estado autoritário, mas no fato de o Brasil ter-se transformado em um dos países em que mais se mata no mundo, sem que o Direito Penal e o Processo Penal cumpram seu papel de proteção da sociedade; denunciar que o avanço desenfreado da violência e da criminalidade está estreitamente ligado à ideologia do Garantismo Penal aqui praticado, à impunidade que ela promove, idolatrando acusados em geral, descuidando das vítimas que o Direito Penal e o Processo Penal deveriam proteger, pois igualmente destinatárias dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Ainda, que o garantismo penal brasileiro é parcial, na medida em que a humanidade em que ele se estrutura desconsidera a alteridade, elemento relacional imprescindível a qualquer consideração de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVES: Pena. Direito Penal. Processo Penal. Garantismo. Direitos Fundamentais. Vítima. Humanidade.

ENGLISH

TITLE: Reflections on the inhumanity of the Brazilian penal rule of law

ABSTRACT: This article intends to highlight and denounce the barbarity of contemporary criminal laws and criminal procedures, in Brazil maintaining that they are no longer applicable and are cruel and unjust and belong to the totalitarian state of the past, but in fact Brazil has become one of the most violent countries in the world, and unfortunately criminal law and criminal prosecutions do not fulfill their role in the protection of society; The relentless increase in violence and crime is closely linked to the ideology of the system of penal rule of law practiced in Brazil and to the impunity it promotes, idolizing the accused and in general, neglecting the victims that the criminal laws and the criminal procedures should protect and whose fundamental rights are enshrined in the Federal Constitution. Still the Brazilian Guarantee of Right to Trial is partial, insofar as that for those in which it is structured disregards the other relational elements essential to any consideration of human rights.

KEYWORDS: Punishment. Criminal law. Criminal proceedings. Penal rule of law. Fundamental rights. Victim. Humanity.

SUMÁRIO

1 A barbárie da contemporaneidade do Direito Penal e do Processo Penal (p. 3) – 2 O avanço desenfreado da violência e da criminalidade e o *Garantismo Penal* (p. 9) – 3 O garantismo penal e o humanismo desumano (p. 16) – 4 Conclusão (p. 25).

1 A BARBÁRIE DA CONTEMPORANEIDADE DO DIREITO PENAL E DO PROCESSUAL PENAL

A Lei 11340, de 7 de agosto de 2006, completa onze anos em 2017. Conhecida como Lei Maria da Penha, a lei em comento ganhou esse nome justamente em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, pessoa que lutou, por cerca de vinte anos, para ver seu agressor preso.

A biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, nascida no Ceará, era casada com Marco Antônio Heredia Viveiros, um economista colombiano, na ocasião, professor universitário, para que não se vá justificar a violência como produto da hipossuficiência econômica e pela baixa escolaridade do agressor.

Em 29 de maio de 1983, Maria da Penha foi vítima da primeira tentativa de homicídio praticada pelo então marido. Na oportunidade, Viveiros a atacou enquanto a ofendida dormia na residência familiar, em Fortaleza, nela desferindo um tiro nas costas com espingarda de calibre 12. Depois, foi encontrado, gritando, na cozinha, pedindo socorro, dizendo que haviam sido assaltados. Era mentira – mostrou o devido processo “legal” –, e Maria da Penha restou paraplégica.

Meses após, Viveiros tentou matar uma vez mais Maria da Penha Maia Fernandes, quando a empurrou da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro. Esse caso ainda se acha em tramitação.

Em 1991, Viveiros, que nunca admitiu ter desferido o tiro que colocou sua esposa¹, em definitivo, em uma cadeira de rodas, por meio de seus advogados, conseguiu anular o julgamento. Todavia, em 1996, sobreveio outro veredicto que o condenou a 10 anos de reclusão. O réu, contudo, podia, ainda, recorrer, como, de fato, recorreu.

¹ Na trama descrita pelo colombiano, Maria da Penha é a vilã. Ela teria ludibriado a polícia, o Ministério Público, os tribunais brasileiros, organizações de direitos humanos nacionais e estrangeiras, os meios de comunicação e convencido testemunhas a mentir. “*Denegrir a minha imagem como pai, marido e ser humano seria a forma mais fácil de Maria da Penha me atribuir um crime hediondo*”, afirma Heredia. ([http://istoe.com.br/121068_A+MARIA+DA+PENHA+ME+TRANSFORMOU+NUM+MONSTRO+/,](http://istoe.com.br/121068_A+MARIA+DA+PENHA+ME+TRANSFORMOU+NUM+MONSTRO+/) acesso em: 7 ago. de 2017).

O caso foi paradigmático, porque, depois de muitos anos de luta, inclusive com pressões internacionais, a Justiça brasileira ainda não o havia julgado em definitivo.

Diante de tamanha demora, Maria da Penha, com o apoio de ONGs, logrou levar seu caso à apreciação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (O caso nº 12.051/OEA), onde o Brasil foi condenado, pela primeira vez, por omissão e negligência em relação à violência doméstica, daí advindo a recomendação para que fosse criada uma legislação específica para tutelar casos envolvendo mulheres em situação de vulnerabilidade no contexto de violência doméstica.

Em outra formulação, embora esse não fosse exatamente o caso de Maria da Penha – vítima que foi de duas tentativas de homicídio –, ganhou corpo a ideia de que já não era possível que a violência contra mulher fosse tratada, no Brasil, como delito de menor potencial ofensivo, cuja punição pudesse ser contornada com o mero pagamento de cestas básicas.

Para tanto, era tão urgente quanto necessário criar uma legislação especial com a qual se transcendesse o próprio conceito de violência doméstica, nele incluindo não apenas a agressão física, como, também, a violência psicológica, sexual, patrimonial e o assédio moral, bem como nela incluir mecanismos para prevenir e reduzir esse tipo de violência (prevenção geral e especial), além de mecanismos de assistência e de segurança às vítimas.

Guardem essa última informação quanto a mecanismos de proteção e assistência às vítimas, porque eles praticamente desapareceram em outras searas do Direito Penal e do Processo Penal hodierno. Guardem, também, que Marco Antônio Heredia Viveiros foi preso somente no ano de 2002, tendo permanecido encarcerado em regime fechado por apenas 16 meses.

Em suma, após quase vinte anos de tramitação e luta da vítima contra a impunidade, no caso aqui tratado, tudo o que a Justiça brasileira conseguiu dar ao agressor foram 16 meses de reclusão. Essa foi a medida

do justo, ou seja, quase nada, em termos de proporções, especialmente se considerado o vetor inerente às consequências do delito.

Talvez, não fosse a luta incansável e o apoio que Maria da Penha Maia Fernandes recebeu, no âmbito interno e internacional, nem isso o acusado teria recebido e, muito possivelmente, o caso sequer teria chamado atenção, porque, como bem destaca Giardin²,

o brasileiro, em geral, anda acometido por uma doentia espécie de insensibilidade moral, fruto, quiçá, da repetição diuturna de notícias e fatos inaceitáveis, com aquele indefectível tom dissonante de indignação conformista que, pela reprodução em doses homeopáticas, adquire um tipo de poder anestésico sobre os espíritos de leitores, ouvintes e telespectadores.

Tornamo-nos, como pontua, com propriedade, o autor, “um povo formado em sua imensa maioria por indivíduos quase que indiferentes à tragédia alheia”, como se ela não espreitasse, com grau elevadíssimo, a cada um de nós, convertendo-nos, como adverte Pessi³, numa “pátria de selvagens”, a ponto de tolerar e até mesmo chancelar a violência e o morticínio em alta escala.

Esse torpor que nos leva a não pensar para muito além de nosso umbigo já não é algo que se circunscreva ao âmbito das relações pessoais e interpessoais. Lamentavelmente, por mais que nosso sistema constitucional e legal tenha incorporado, como princípio jurídico, o princípio da solidariedade⁴, ele ainda segue sendo lido e interpretado no velho paradigma

² PESSI, D.; SOUZA, L. G. In *Bandidolatria e Democídio*. Editoras. Armada e Residência Cultural: Santo André, 2017, p. 105.

³ Op. cit., p.55.

⁴ Os primeiros informes em torno do princípio da solidariedade remontam à Grécia Antiga e seu conteúdo certamente não se extrai do Direito, mas de outras áreas do conhecimento, como da Filosofia, da Ética, da Política e da Teologia. De qualquer sorte, uma vez incorporado pelo Direito como princípio jurídico, assume, a solidariedade, a condição de norma e, como tal, não apenas dotada de caráter vinculante, cogente, como, também, estruturante de todo o sistema normativo jurídico.

do humanismo individualista, notadamente, na esfera penal, em que vítimas raramente têm voz; onde poucas “Marias da Penha” têm vez. Joões, vítimas, também não!

Em boa verdade, no âmbito penal e processual penal, o princípio da solidariedade tem sido mutilado, alijado de sua essência – a alteridade –, ignorado pela aplicação de uma “ideologia” dita “garantista”; uma ideologia lastreada, como adiante se verá, em um humanismo de mão única que, bem examinada, a real garantia que conseguiu produzir foi a do apocalipse, da insegurança, da insensibilidade, do aviltamento de valores essenciais à vida compartilhada, da indiferença, da apatia moral e da impunidade sem precedentes, calcada que está em uma humanidade desumana, numa espécie de apologia à barbárie.

Não se trata aqui daquela barbárie que inspirou Cesare Beccaria⁵ a examinar e a criticar os abusos dos séculos anteriores, e a sustentar que a crueldade nos castigos era inútil, odiosa e injusta, introduzindo, com seus estudos, a noção de proporcionalidade e utilidade no apenamento. Não mesmo.

Cuida-se daquela outra barbárie que se acha posta diante de nossos olhos, de um Direito Penal e de um Processo Penal que, de certa forma, e de um modo pegajoso, no dizer de Pessi⁶, abraçam-se a qualquer monstro para defendê-lo até as últimas consequências, ultrapassando a ideia de um Direito Penal Mínimo, para chegar ao abolicionismo. Um Direito Penal e um Processo Penal com aura de “bandidolatria” (para usar uma expressão do mesmo autor), que diviniza criminosos, chegando ao ponto de se apresentar, nos dias atuais, na modalidade justiça criminal *drive thru*, com prisões esportivas, ao melhor estilo “pescue-pague” (prende e solta).

De efeito, a barbárie da contemporaneidade já não guarda nenhuma semelhança com a ideia de vingança divina, sucedida pela de vingança privada; tampouco com a Lei de Talião (olho por olho, dente por dente) ou mesmo com uma adequação mínima de proporcionalidade e utilidade beccarianas.

⁵ BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

⁶ Op.cit., p. 52.

Para exemplificar onde chegamos com tamanha cortesia, dando de barato com a vida alheia – isso tem jeito e conteúdo de uma condescendência ideológica criminosa – que, na Comarca onde atuo como Promotora de Justiça exclusivamente perante o Tribunal do Júri, ou seja, no combate aos crimes dolosos contra a vida, em torno de dez anos, se o réu for condenado por matar intencionalmente alguém sem qualificadoras (homicídio simples), com o trânsito em julgado da decisão, sairá direto no regime semiaberto e, por determinação do STF⁷, iniciará o cumprimento da pena imposta em prisão domiciliar, porque o estabelecimento prisional do semiaberto está interdito há mais de ano.

É dizer, basta praticar “um simples homicídio” e o sujeito estará, por mais hilário que pareça, onde a grande maioria das pessoas (ordeiras) gostaria de estar e não pode, ou seja, em seu domicílio, em tempo integral com os seus, porque precisa trabalhar e arcar com a responsabilidade que a condição humana lhe impõe de prover o seu próprio sustento e o dos seus. Já se disse alhures que jabuticabas só dão mesmo no Brasil.⁸

A verdade é que a barbárie da contemporaneidade do Direito Penal e do Processo Penal não é aquela praticada por um Estado forte, aparelhado, pre-

⁷ Segundo o qual, não havendo vaga no estabelecimento prisional, o preso não poderá cumprir pena em regime mais gravoso. A tese de que a falta de vagas em estabelecimento prisional não pode ser usada para impedir a progressão de regime de presos foi, aliás, transformada em súmula vinculante pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Por maioria, o tribunal aprovou a Súmula Vinculante 56, que diz: “A falta de vagas em estabelecimento prisional não autoriza a manutenção do preso em regime mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros do Recurso Extraordinário 641.320”. Independente do precário e o caótico momento que vivemos em matéria de segurança pública, Supremo Tribunal Federal, para enfrentar o problema da superlotação dos presídios, estabeleceu que um preso não pode ser mantido em regime mais gravoso, se não houver vaga no estabelecimento prisional adequado. Assim, se um preso em regime fechado tiver direito de progredir para o semiaberto e não houver vaga, o juiz da execução deverá providenciá-las. Para isso, definiu, o Ministro Gilmar Mendes, o juiz de execução que detectar a falta de vagas deverá determinar: “(i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada ao sentenciado que sai antecipadamente ou é posto em prisão domiciliar por falta de vagas.

⁸ Expressão cunhada por Saulo Ramos, in *Código de Vida*.

potente, insano e vingativo que pôs em marcha as teorias sobre os Direitos Fundamentais, notadamente, os direitos de defesa, as chamadas liberdades públicas, e que impunham aos agentes da vontade estatal o dever de abstenção na esfera individual de liberdade dos indivíduos.

Falo, à evidência, da barbárie de um Direito Penal e de um Processo Penal praticados em um país que soma, sem rubor, 60 mil homicídios por ano, dos quais apenas uma ínfima minoria, o Estado, por meio da Polícia Judiciária, identifica a autoria, e uma parcela ainda menor é objeto de denúncia, isso sem contar a prescrição e outros percalços processuais.

Refiro-me à barbárie de, nessa ambiência, sermos o País mais assassino no mundo, com uma das mais baixas elucidações dessas ações criminosas⁹, muito especialmente em função do precaríssimo aparelhamento das Polícias Civil e Militar, tanto no aspecto material como pessoal; pelo número de processos e insuficiências pessoais e estruturais do próprio Poder Judiciário, de sorte que a probabilidade de processo, condenação e efetivo cumprimento da pena se reduzem à minoria dos casos. A imensa maioria das ações criminosas fica sem solução e, dos casos solucionados, entre a efetiva aplicação e cumprimento da pena, há uma distância abissal.

Nesse quadro, logicamente não falo de uma ficção, mas de um Estado fraco, impotente, ineficiente, incompetente, minado pela corrupção em todas as esferas de poder, que, dia a dia, sufraga a um Estado de não-Direito que, ao lado dele, se ergue maior, mais forte, mais aparelhado; um Estado que não se sujeita a regras e é fomentado pelo tráfico, pelo crime organizado, que se infiltra nas instituições constituídas, mediante financiamento pelo crime, frente ao qual o Estado de Direito pode muito pouco.

Seria demasiado otimismo, como pontua Giardin¹⁰, nessa quadra da história, “acharmos que chegamos ao fundo do poço”. Não. Não chegamos, porque ainda não tivemos a ousadia de reagir. Marias e Joões, vítimas da violência e da criminalidade seguem calados e com medo, porque sabem que vivem à mercê de um Estado ausente.

⁹ Segundo Pessi (op. cit., p. 65, menos de 8% do homicídios são elucidados).

¹⁰ Op. cit., p. 106.

Porém, se não há reação, uma coisa precisamos ao menos reconhecer de plano, como sinaliza Pessi¹¹: “quando 60 mil compatriotas são assassinados por ano, não pode haver dúvida de que estamos no caminho errado”. No dizer do autor, “a imolação de 60 mil vidas humanas anualmente no Brasil não é apenas sintoma de um colapso civilizatório, mas uma paródia demoníaca do sacrifício cristão”.

Dúvida não há de que chegamos a esse estágio de esgotamento e de desumanidade pela total falência de nosso sistema jurídico-penal; de que vivemos uma absoluta negligência do Estado – leia-se do Estado-Legislador, do Estado-Administrador e do Estado-Juiz – na proteção da sociedade, não obstante os índices alarmantes de violência e de criminalidade que fazem do trabalhador e dos cidadãos de bem seres encarcerados pelo medo e pela dor.

E, embora a Constituição Federal preconize o direito à vida, à integridade biopsíquica e à segurança como direitos fundamentais de um e de todos, na dicção do artigo 5º da Lei Fundamental, incumbindo o Estado como seu “garante”, o que se vê é um Estado cada vez mais tolerante e benéfico para com os desviantes. Para “nosotros”, são garantias de tinta e papel.

2 O AVANÇO DESENFREADO DA VIOLÊNCIA E DA CRIMINALIDADE E O GARANTISMO PENAL

Indaga-se, no contexto acima abordado, de onde vem essa paulatina tolerância para com o crime e para com o criminoso que nos colocou nesse estado caótico e letárgico? Por que estamos tão anestesiados? Por que o Direito Penal e o Direito Processual Penal idolatram tão veementemente os criminosos e se mostra tão indiferente ao sofrimento das vítimas? Por que, como questiona Percival Puggina, prefaciando a obra de Pessi e Giardin¹², os teóricos da inação e da passividade togada têm os olhos secos ao genocídio das pessoas de bem?

¹¹ Op. cit., p. 91.

¹² Op. cit., p. 18.

Estou convencida de que chegamos a este momento trágico da história – com números de mortos superiores a uma guerra declarada – muito em função do “garantismo penal” que, nas últimas décadas, ganhou considerável espaço no ambiente jurídico e penal brasileiro, notadamente pela difusão doutrinária e acadêmica, amealhando adeptos e reprodutores acríticos da teoria. Estou completamente de acordo com Giardin¹³, quando afirma que “a hegemonia do garantismo no Brasil tem tudo a ver com o avanço desenfreado da criminalidade desde o seu festejado advento”.

A teoria do garantismo jurídico-penal tem, no mundo do Direito, como seu maior expoente, o jurista Luigi Ferrajoli¹⁴, e se acha sistematizada na principal obra do autor: “Direito e razão”, e pugna por um Direito Penal Mínimo.

Luigi Ferrajoli, ensina Giardin, “pode ser considerado o grande herói da revolução do direito penal, em especial em solo brasileiro”¹⁵. Não estou, contudo, segura se há alguma bondade por detrás desse heroísmo¹⁶, mas o fato é que o aludido jurista italiano era Magistrado nos chamados “anos de chumbo”, quando integrava um grupo ativista que se autodenominava Magistratura Democrática, de cariz absolutamente esquerdista.

Ocorre que, no aludido período, houve, na Itália, por parte de grupos extremistas, uso recorrente do terror como estratégia de ação política, ou seja, grupos que atuavam com violência calculada para obtenção de resultados políticos.¹⁷

¹³ Op. cit., p. 153.

¹⁴ FERRAJOLI, L. In *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hansen Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁵ Op. cit., p. 147.

¹⁶ Giardin (op.cit., PP.152-158) , nesse mesmo sentido, é categórico em afirmar que a teoria garantista de Ferrajoli sempre esteve a serviço daqueles que usavam os métodos violentos para obter vantagem políticas, das guerrilhas para financiar a luta política, que estaria a reviver a época do Iluminismo francês e que a técnica hermenêutica de seu garantismo se acha baseada em valores *jacobinos*, informada pela mentalidade revolucionária.

¹⁷ No Brasil, também não foram poucos os anos de guerrilha, de sequestros e de assaltos a banco, para financiar interesses políticos.

Tais ações implicavam desde atentados a bomba e com armas de fogo em locais públicos, os quais redundavam em inúmeros mortos e feridos, como sequestros de autoridades, assassinatos de policiais, magistrados e políticos, sabotagens, bem assim o estabelecimento de legislação especial que, nesse contexto, relativizava garantias penais e processuais, para enrijecer penas e repressão ao terrorismo, de acordo com Giardin.¹⁸

De outro lado, o grupo da Magistratura Democrática de Ferrajoli pugnava pelo respeito a tais garantias mesmo aos atores do terror indistintamente, de forma igualitária, independentemente da gravidade e da repugnância do delito.

Já a expressão “razão” da obra de Ferrajoli era, na lição de Giardin, a única característica que conferia a uma decisão judicial o carimbo de racional, razoável e proporcional. Sob essa condição, ela estaria de acordo com o ordenamento jurídico como um todo. A teoria do direito racional inadmitia a relativização de qualquer garantia penal e processual penal. Nenhuma exceção deveria ser considerada. A razão deveria atuar como um balizador do Direito.

Para Ferrajoli, nenhum poder pode ser considerado bom. Ao contrário, todo o poder é mau, muito embora as normas-garantias por ele defendidas, numa espécie de contradição performativa¹⁹, tenham exatamente emanado de um poder constituinte legítimo.

Isto é, as normas definidoras de garantias penais e processuais penais são provenientes exatamente do poder (mau); as normas constitucionais emanadas do poder, que devem assegurar, de forma eficiente, as liberdades públicas e, para os acusados em geral, elas devem impedir a opressão do poder político.

¹⁸ Op.cit., p.148.

¹⁹ Esta ocorre quando uma afirmação destrói a si própria. Para exemplificar, quando digo “ninguém está falando aqui”, minha afirmação aniquila o conteúdo da minha fala.

Sem embargo da antinomia, a função específica dessas normas-garantias, no Direito Penal, segundo Ferrajoli²⁰, na realidade, não era tanto permitir ou legitimar, mas, bem mais, a de condicionar e vincular e, portanto, a de deslegitimar o exercício absoluto da potestade punitiva.

Nesse sentido, na ótica do jurista italiano, delito, lei, necessidade, ofensa, ação e culpabilidade designam requisitos ou condições penais, e as garantias que tutelam constituem garantias penais, ao passo que juízo, acusação, prova e defesa designam requisitos processuais e constituem garantias processuais.

Ferrajoli nunca negou sua convicção de que o Direito Penal existe principalmente para garantir os direitos dos criminosos e, secundariamente, os direitos dos não criminosos. Seu sistema garantista se acha estruturado em dez axiomas, quais sejam, o princípio da legalidade estrita, o da retributividade, o da necessidade, o da lesividade, o da materialidade e o da culpabilidade (garantias penais), e o princípio da juridicidade, o acusatório, o do ônus da prova e o do contraditório (princípios processuais).

Seria monstruoso achar que esses axiomas são ruins. Entretanto, como adverte Giardin²¹, “as aparências enganam”. Veremos, ao final, que a teoria garantista de Ferrajoli está lastreada, ao fim e ao cabo, no positivismo jurídico, na absoluta separação entre Direito e Moral, ao mesmo tempo em que despreza a verdade real, desvinculando o processo da realidade, para fazer valer a *expertise* e contentar-se com a verdade formal, e acaba por desconectar a pena de sua função punitiva, conferindo ao criminoso a condição de vítima da sociedade, ao suscitar uma corresponsabilidade social por suas opções criminosas.

Com efeito, o garantismo penal intenta retirar da pena o seu caráter eminentemente punitivo, de castigo, de caráter marcadamente vingativo-retributivo, procurando dar-lhe uma indumentária diversa daquela que lhe foi dada ao longo da história e que culminou com a vedação da autotu-

²⁰ Op. cit., pp. 90-91.

²¹ Op. cit., p. 153.

tela e monopólio estatal da jurisdição, como se a legitimidade do direito de punir não residisse exatamente na sociedade.

Ou seja, embora a pena conserve e deva conservar, para inibir a autotutela, seu caráter essencialmente punitivo-vingativo, no dizer de Iserhard²², vem secundarizado pelo caráter ressocializador que o garantismo penal prioriza.

Nem a prevenção especial, como impositora de limites à atuação desviante, nem a prevenção geral, pela exemplaridade, importam muito ao garantismo penal: importa é que o desviante possa retomar a rota de um convívio harmônico em sociedade, não importa quanto mal e quanta dor ele tenha causado, tampouco que tenha retirado de alguns a alegria de viver e o próprio sentido da vida.

O discurso garantista é o de que nenhum ser humano nasce mau. Aprende a sê-lo. E, se de um lado, pode aprender a ser mau, pode, igualmente, ser ensinado a ser bom, e a função do direito penal é resgatá-lo.

Lado outro, nenhum garantista consegue explicar a maldade inata do psicopata, por exemplo, que, sem qualquer empatia para com o outro, não tem remorso e nem se importa com o mal causado, olvidando que não há cura “gay”. As pessoas são o que são, embora o seja, reconhecidamente, produto do meio. Nem tudo pode ser fervido na mesma panela, nem ter a mesma explicação. Se é verdade que alguns podem-se recuperar, outros jamais se recuperarão da maldade que lhes sobrevêm no DNA.

O garantismo penal parte da ideia de que o mote criminoso reside fora dele. Numa postura freudiana, ele é produto de uma causa externa que lhe move, como se não fosse responsável por suas escolhas. Para o garantismo, nem escolha o delinquente tem. É uma mera consequência, quiçá, da falta de educação, da desigualdade social, da falta de oportunidades, de famílias disfuncionais, dentre outros.

Não se olvida que tais fatores podem e têm algum relevo a ser considerado nas razões que conduzem à ação criminosa, mas, a verdade, é que

²² ISERHARD, A. M. R. F. In *Caráter Vingativo da Pena*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1988.

o caráter precede a todas elas, e que não se vê, na “realidade verdadeiramente real”, que alguém seja empurrado para o crime sem querer.

Além disso, a imensa maioria do povo brasileiro tem educação insuficiente e vivência, diuturnamente, a desigualdade social e a falta de oportunidades. Todavia, essa mesma imensa maioria não é criminosa, nem desviante; trabalha duro para arcar com as responsabilidades que a condição humana lhe impõe. Criminosos, efetivamente, são uma ínfima minoria da população, o que significa dizer que a pobreza e a educação não justificam o crime. Aliás, como estaria justificado o crime de corrupção sistematizada que igualmente mata inclusive pela desesperança?

O fato de nascer em famílias disfuncionais, igualmente, não justifica o crime, como querem os garantistas. Tanto é assim que filhos criados dentro dos mesmos padrões, inclusive morais, em um mesmo núcleo familiar, um pode ser criminoso e outro não. Há pais criminosos, em outro giro, cujos filhos levam uma vida ordeira e avessa ao crime.

Não obstante, a razão garantista se afirma nessas premissas pouco sólidas para prodigalizar a ação criminosa, esquecendo-se de que o direito de punir pertence à sociedade, e de que a vítima, nessa relação, assume alguma importância. O garantismo olvida esse aspecto relacional, como se o Direito Penal e o Processo Penal não estivessem também a serviço da sociedade.

Em realidade, a razão inspiradora de Ferrajoli, como explica Gardin²³,

não é exatamente uma perspectiva de integridade do ordenamento jurídico, mas um ciclope cujo olho monstruoso somente enxerga, no âmbito da justiça criminal, o réu, o criminoso, seus direitos e garantias, como se fossem o todo ao qual cada raciocínio jurídico deve ser proporcional.

Isso já restou demonstrado anteriormente, no cotejo dos direitos material e substancialmente fundamentais de todos à vida, à integridade

²³ Op. cit., p.149.

biopsíquica, à segurança, garantias de matriz constitucional, de mesma hierarquia que os direitos de defesa de cada réu, sem que haja qualquer primazia ou compartimento, no dever de sua concretização, no que se refere ao Estado, cujo poder e responsabilidade são unos, para que não se vá alegar que o Judiciário não tem, no que tange aos direitos à vida, à integridade biopsíquica e à segurança de todas as pessoas, nenhum papel ou tarefa fundamental a desempenhar.

Entretanto, os defensores do garantismo penal entendem que não lhes cabe nenhuma função de segurança pública, pouco lhes importando as Marias da Penha, os Joões e as vítimas em geral; são “algo” de menos-valia no quadro da responsabilização penal, ao passo que a harmonia social é algo de somenos importância. Segundo o garantismo penal, a tutela dos “bens jurídicos fundamentais” circunscreve-se à proteção contra a restrição da liberdade e dos direitos de defesa dos criminosos, como se nenhum outro bem jurídico fundamental fosse necessário e imprescindível. Dane-se a vítima; dane-se a sociedade.

Viva sua excelência, o réu, o criminoso. Tudo isso, lembra Giardin²⁴, se dá

sob a etiqueta dos direitos humanos, em que a desumanidade de um leviatã coletivo esmaga a noção de individualidade do sujeito que, malgrado tenha optado voluntariamente pela prática de um homicídio, um roubo, um estupro, um latrocínio, uma extorsão, um atentado terrorista, a mercancia de cocaína, o desvio do dinheiro do Erário em vista dos objetivos mais torpes, é digno de todas as atenuantes possíveis e imagináveis para a sua conduta.

Por isso, não estranha ao autor, tampouco a mim, que, em nome ao respeito dos direitos humanos (evidentemente, na versão garantista de Ferrajoli e seguidores), um esturpador contumaz, com histórico de fugas, receba a benesse de uma tornozeleira eletrônica, seja, sem mais, objetivamente,

²⁴ Op. cit., pp.149-150.

colocado em liberdade, para levar a efeitos outras fugas, não importando que cometa novos estupros, porque essa não é uma questão de justiça, mas de segurança pública, sistema do qual parece que o Judiciário não faz parte na versão garantista.

3 O GARANTISMO PENAL E O HUMANISMO DESUMANO

No plano teórico, os “especialistas” do “garantismo” são ótimos defensores dos direitos humanos. Já no plano de uma concepção mais ampla de humanidade e no âmbito das soluções, são quiméricos ilusionistas. “Eles” dizem que cumprem a Constituição e as Leis, mas não é menos verdade que as interpretam, no âmbito penal e processual penal, como se os criminosos fossem seus únicos destinatários, ao mesmo tempo em que tratam as vítimas como se nada fossem além de números a engrossar as estatísticas do caos social que a matança indiscriminada que ele tolera evidencia. Ah, se a Maria da Penha Maia Fernandes não tivesse gritado e desafiado à intervenção a OEA!

A verdade é que a teoria do garantismo retirou do Direito Penal e do Processo Penal suas características essenciais de proteção ao convívio social e promoveu uma humanidade sem humanismo; a solidariedade do garantismo é egoísta; este não contempla a alteridade, senão vejamos.

O garantismo ferrajoliano, conforme sustenta Giardi²⁵, constitui uma teoria estruturada no positivismo jurídico, da norma posta (legalidade), com primazia da forma em detrimento da essência, motivo pelo qual, para Ferrajoli, a separação entre Direito e Moral é ponto inegociável, é dizer, cultua o mundo do dever-ser, em detrimento da realidade (verdade). Como para todo neopositivista, é vedado ao julgador realizar juízo de valor na aplicação da norma posta, e mesmo os princípios e os valores que informam os direitos e garantias fundamentais não podem invocar uma base moral.

²⁵ Op. cit., p. 154 e s.

No positivismo garantista, ensina Giardin²⁶, “não é possível recorrer a moral para analisar, juridicamente, direitos fundamentais”. A diferença entre este e o positivismo kelseniano (o positivismo dito jurídico) está em que, enquanto neste último, o plano da existência da norma se confunde com o plano da validade²⁷, no positivismo garantista, “uma lei existente em sentido formal será válida se, e somente se, estiver de acordo com os direitos e garantias fundamentais positivados na Constituição, de modo que o juiz – e somente o juiz – afigura-se como fiador de todo o sistema, de sorte que o positivismo garantista acaba criando, no dizer do mesmo Giardini, com genial habilidade, um despotismo togado, segundo uma hermenêutica, é claro, voltada a minimizar a punição dos acusados e a desprezar o Direito Penal da Sociedade, para a qual vira as costas.

Obviamente, não é possível incluir no espaço de um singelo artigo toda a teoria garantista ferrajoliana e crítica; por essa contingência, preciso limitar-me àqueles aspectos que considero mais afrontosos a um humanismo compreendido em sua inteireza, um humanismo sadio, numa epistemologia diversa do que os “garantistas” compreendem por direitos humanos, ao tomarem “a parte podre pelo todo”, parafraseando Pessi.²⁸

A própria lei penal brasileira, como destaca o mesmo autor,

em si mesma leniente, tem sua frouxidão exponencialmente ampliada por decisões judiciais que primam pela glamourização da criminalidade: buscam justificar ‘as razões de agir do delinquente’ em oposição à falta de legitimidade do Estado para reprimir o crime”²⁹.

Devolve, diariamente, ao convívio social, presos de elevada periculosidade, sem cotejar os motivos da segregação, por maior que seja o risco ou uma ameaça à sociedade que representem, situação agravada pela

²⁶ Op. cit., 156.

²⁷ Se norma existe, então deve ser aplicada.

²⁸ Op. cit., p. 45.

²⁹ Op. cit., PP. 48-49.

progressão generosa de regime, operada sob critérios meramente objetivos, após o cumprimento de uma parte irrisória da pena, com ausência de fiscalização do efetivo trabalho externo, além, é claro, das saídas temporárias, do livramento condicional e, não fosse o bastante, dos indultos, mediante os quais, a Presidência da República faz ainda “cortesia com o chapéu alheio”. Uma vez mais, danem-se a vítima e a sociedade. Se correm perigo, tanto faz.

Modernamente, esse “pacote de bondades” para com os desviantes veio ainda engrossado com a chamada “audiência de custódia”, uma espécie de pesquisa de satisfação do preso com os atos que redundaram em sua segregação que, a bem da verdade, nada mais é do que um pretexto para devolver imediatamente às ruas os desviantes (resolvendo, assim, ao menos em boa medida, o problema da superlotação dos presídios), numa total inversão de valores e desrespeito à força policial que vai às ruas, diuturnamente (exposição de vida desses milhares de policiais, dando a cara e o corpo inteiro, no exercício de seu dever de proteção à sociedade), para perguntar para criminosos que os recebem à bala e armamento pesado: *Como foi a sua prisão? Não importa a atrocidade que você praticou, nem as adversidades de sua prisão, você está bem? Ninguém pergunta: Você atirou contra a Polícia?* Para o garantismo, autoridade, tristemente, é sinônimo de autoritarismo. Daí o desvalor da atuação policial, tomando policiais, *a priori*, como “um bando de criminosos a serviço da opressão”, como diz, com razão, Pessi.³⁰

Talvez seja por esses absurdos que, outro dia, atuando em substituição na Vara das Execuções Criminais, não me surpreendi que um detento do regime semiaberto pediu, no bojo de seu PEC, autorização judicial para comprar, a suas expensas, um colete balístico. Não era de Polícia que ele tinha medo, mas de desafetos, criminosos da mesma linhagem.

A mesma inversão de valores verifiquei numa situação em que um detento, contando com o prazo para progredir de regime, pediu ao juízo

³⁰ Op. cit., p. 59.

que o mantivesse no regime fechado até implementar a condição temporal do livramento condicional. Dentro da cadeia, veja o leitor, estava sentindo-se mais seguro que nas ruas.

O mais hilário é que, desafiando inclusive o manejo de *habeas corpus* em favor do detento, o pleito foi deferido pelo juízo da VEC, mesmo dentro do contexto de interdição da casa prisional, situação que desemboca na seguinte realidade: enquanto um não sai, quem tem que entrar, não entra. Salve-se quem puder e siga amordaçada a sociedade.

Que uma Força Superior nos proteja, porque a inversão de valores promovida pelo garantismo bananeiro, parafraseando Pessi, sob a cantilena de que o delinquente, como dito alhures, é uma vítima da sociedade, de que a pena é inútil, de que a prisão é a escola do crime, de que é possível reeducar o preso, ter-nos levado para um único e triste *ranking*: o país da impunidade. É onde o garantismo deságua. É para ela que flui essa teoria que desconsidera a ideia de vigilância plena e ponderada não apenas do criminoso, mas, também, no outro polo da relação: a sociedade, pois exclui o equilíbrio, ao olvidar a sociedade, ou, no mínimo, secundarizá-la, no âmbito de qualquer proteção.

Não por outra razão, Douglas Fischer³¹ resolveu adjetivar o garantismo penal, como compreendido no mais das vezes, como um garantismo hiperbólico e monocular (caótico).

Hiperbólico porque exagerado, demasiado, exorbitante; monocular, porque perspectivado com a visão de um olho só, simbolizando uma apreciação parcial do todo, como uma via de mão única.

De efeito, o autor pontua que, “no Brasil, tem-se desenvolvido apenas um lado do garantismo penal, como se garantismo fosse apenas a proteção dos direitos fundamentais e individuais dos réus e acusados no processo penal”, preterindo-se todos os demais destinatários das normas constitucionais e titulares de direitos fundamentais consagrados pela Lei Fundamental que impõe ao Estado deveres de proteção.

³¹ http://www.prgo.mpf.mp.br/fato_tipico/pagina_edicoes003-entrevista.html. Acesso em: 11 ago. 2017.

Daí a crítica de que o garantismo penal, como praticado, enfeixa um conceito que nada mais é do que uma visão parcial do Direito Constitucional aplicada no Direito Penal e no Direito Processual Penal que propõe a proteção exclusiva dos direitos fundamentais dos réus e só deles, sem o necessário cotejo e ponderação com outros direitos fundamentais e garantias que coexistem com aqueles dentro de um mesmo sistema constitucional.

A crítica ponderada de Fischer reside especialmente no fato de que, o garantismo penal, especialmente como praticado no Brasil, não é integral, porque descuida do humanismo fora do quadro dos acusados em geral, ignorando a existência de outros titulares de direitos e garantias fundamentais que, em oposição aos dos acusados e criminosos em geral, necessitam, igualmente, ser protegidos e, por isso, promove um desequilíbrio entre os direitos de defesa e os deveres de proteção.

Para o autor, a proposta de um garantismo integral nada mais significa senão uma exigência de compreensão sistemática do ordenamento jurídico, perspectivado a partir da Constituição (Lei Fundamental), ou seja, de harmonia com o todo, desapegada da leitura exclusivamente focada nos direitos de defesa. Nesse sentido, os ordenamentos penal e processual penal igualmente exigem interpretação sistemática dos princípios, das regras e dos valores constitucionais.

Nisso se insere a necessidade de uma ampliação do conteúdo jurídico do garantismo e sua interpretação, para uma ideia de integralidade, pois, afirma Fischer³²:

³² http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html. Acesso em: 11 ago. 2017. Vale anotar que Douglas Fischer sinaliza para um certo desvirtuamento do garantismo no Brasil. Adverte o autor: “Precisamos ser sinceros e incisivos (sem qualquer demérito a quem pensa em contrário): têm-se encontrado muitas e reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais com simples referência aos ditames do “garantismo penal”, sem que se compreenda, na essência, qual a extensão e os critérios de sua aplicação. Em muitas situações, ainda, há distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (quicá pela compreensão não integral dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um garantismo penal unicamente monocular e hiperbólico, evidenciando-se de

diante de uma Constituição que preveja, explícita ou implicitamente, a necessidade de proteção de determinados bens jurídicos e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados, incumbe o dever de se visualizarem os contornos (integrais, e não monoculares, muito menos de forma hiperbólica) do sistema garantista.

Fischer tem em mente, bem examinado, aquilo que permeou toda a ética aristotélica: o equilíbrio, a justa medida, inclusive no conflito de interesses; a ideia de que, no Estado Constitucional de Direito, ao mesmo tempo em que se mostra imprescindível estabelecer limites à atuação do poder estatal, no que tange à intervenção na liberdade dos indivíduos, tem-se o dever de proteção da liberdade de todos, em detrimento da atuação nefasta de alguns.

Dito de outra maneira, é dever do Estado proteger os indivíduos da atuação outros indivíduos. É dever do Estado garantir os direitos à vida, à integridade biopsíquica, à propriedade, à liberdade, frente a atuação de delinquentes, e isso precisa ser balizado em toda atuação estatal, seja legislativa, seja jurisdicional, a par de respeitar as liberdades públicas e os direitos de defesa.

A temática do dever de proteção, vale observar, foi muito bem desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão no tocante à necessidade de obediência (integral) à proporcionalidade na criação e aplicação das regras, evitando-se excessos (*übermaßverbot*) e também deficiências (*untermaßverbot*) do Estado na proteção dos interesses individuais e coletivos, observa Fischer.

Não basta, pois, proteger. A estrita constitucionalidade exige que a proteção seja eficiente, concretizando, na prática, esse dever do Estado de respeitar direitos e garantias dos acusados em geral, como proteger, eficazmente, os indivíduos de outros indivíduos.

forma isolada a necessidade de proteção apenas dos direitos dos cidadãos que se veem processados ou condenados”.

“O garantismo bananeiro”, para utilizar, uma vez mais, uma expressão de Pessi, esqueceu-se dessa parte, ou seja, de que o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), que há a necessidade de garantir também os direitos fundamentais do cidadão, de modo eficiente, notadamente a segurança, ao adotar postura de idolatria de delinquentes e saciando a impunidade.

Carece sublinhar que o dever de garantir a segurança não se circunscreve a evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas, também na devida apuração, com respeito aos direitos dos investigados ou processados, do ato ilícito e, em sendo o caso, na punição do responsável e também proporcional. Se não for assim, o que temos e continuaremos tendo é um garantismo penal capenga, alijado de uma moral social e coletiva, tornando cada vez mais sórdida e cruenta a vida em sociedade, sem qualquer senso de alteridade.

Perfilando Pessi³³, “o garantismo jurídico que empolga teóricos da inação e da passividade togada é gêmeo do desarmamento e das carpideiras de bandidos, olhos secos ao genocídio das pessoas de bem”.

Precisamos buscar uma saída para esse estado letárgico, individual e estatal, que nos leva a não nos importar muito com a dor e com o sofrimento que bate à porta do nosso vizinho pela ação da delinquência. O fogo na casa dele é um prognóstico muito grande de que ele pode se alastrar para a nossa casa. Já passou da hora de explicar tudo e a tudo desculpar.

O Estado como um todo precisa parar de praticar esse falso humanismo. Para tanto, é imprescindível desconstruir as ideias de desencarceramento (de que prender não resolve) e de que o criminoso é vítima da sociedade e isso não implica propor qualquer restrição ou desrespeito às garantias fundamentais dos acusados em geral.

O criminoso não é vítima, mas algoz: é delinquente, ainda que em maior ou menor grau. Não é a necessidade que leva ao crime, mas a ausência de limites, freios e, muito especialmente, sejamos francos, a certeza da impunidade.

³³ Op. cit., p.18.

Fosse a necessidade o determinante da ação criminosa, não haveria explicação razoável para a matança de 60 mil pessoas por ano, nem para a corrupção sistêmica, nem para o tráfico, para os delitos contra a dignidade sexual, para o estelionato contumaz, para o crime organizado, isso para ficar em poucos exemplos.

Se fosse, aliás, a questão social o que estivesse à raiz do crime, a par a incongruências acima apontadas, não haveria como justificar que a imensa maioria da população brasileira é muito pobre e não criminosa, como, também, não haveria uma única explicação para criminosos de elevados níveis social e econômico, nem a existência de criminoso no bojo de famílias totalmente funcionais e estabilizadas, com isso não se querendo olvidar da necessidade premente e urgente de se reduzir as desigualdades sociais.

O criminoso age de modo consciente de seu poder, como bem sustenta Pessi³⁴, “buscando realizar desejos, informado sobre o quanto lhe estão franqueados os meios de ação pela falta de reação e investido de autorização tácita expedida pela intelectualidade nacional”³⁵. Como observa o autor, escolhe livremente³⁶ seu modo de vida e não tem qualquer senso de alteridade, não lhe importando quantas vítimas venha a fazer, nem quanto dano ou sofrimento cause.

“Os criminosos têm pouco ou nenhum remorso, e continuam considerando a si próprios boas pessoas”³⁷, sublinha Pessi. Sabem exatamente a diferença entre o certo e o errado e dispõem de seus semelhantes como se fossem coisas. Não são forçados a ingressar para o mundo do crime, mas escolhem associar-se a grupos com os quais possuem afinidades³⁸, tendo na excitação da própria ação criminosa o seu oxigênio.

³⁴ Op. cit., p. 16.

³⁵ No tópico, o autor tem em mente parte expressiva da doutrina que defende e pratica o garantismo bananeiro.

³⁶ A liberdade de agir não é apenas pressuposto de aplicação de pena, como configura princípio estruturante do Estado de Direito.

³⁷ Op. cit., p. 27.

³⁸ Op. cit., pp.18-29.

Cadeia é o lugar onde bandidos devem estar. Com isso, não quero dizer que ele não vai entrar em contato com outros criminosos. Vai sim. Mas deixar-se cooptar é de escolha dele. De caráter.

Não quero com isso dizer que cadeia é bom, nem que deva ser como um amontoado de lixo. Não. Devemos dar aos réus o mais amplo direito de defesa, assegurando-lhes todas as garantias penais e processuais, exigindo, das autoridades públicas, a construção de casas prisionais adequadas, oferecer e exigir trabalho do preso, reparação possível do dano, sem olvidar, de outro lado, o dever de proteção da sociedade, também destinatária que é do direito fundamental de viver, de forma íntegra, em paz e em segurança.

Quero dizer que, por conta de um garantismo penal desenfreado e de mão única, que diviniza criminosos, já não é possível, nem humano, devolver às ruas, de modo irresponsável, uma massa de criminosos, como se a vida, a integridade corporal, o patrimônio, a tranquilidade, a segurança, a esperança, a alegria de viver, a dor, o sofrimento das pessoas não criminosas não tivessem qualquer importância; como se não tivessem direitos e garantias a serem assegurados pelo Estado em todas as esferas de poder.

Precisamos ampliar nosso conceito de Direitos Humanos para nele incluir o direito das vítimas, o Direito Penal da Sociedade. Aliás, precisamos mesmo é revisitar os conceitos de ser humano, humanidade, dignidade e pessoa humana.

Nesse sentido, Di Lorenzo³⁹, em apertada síntese, lembra que há uma substancial diferença entre o ser animal e ser humano. Para o animal, o ser significa existir; para o humano, ser significa plenitude. Ou seja, o animal é indiferente ao sentido de plenitude, mas o homem é absolutamente vinculado à plenitude do cosmo, consigo e com o outro. A personalidade, portanto, condição de pessoa, é orientada por sentido de plenitude que só é possível dentro da ideia de alteridade. A pluralidade é própria da existência humana. Não podemos ser plenos senão em face de nossos semelhantes.

³⁹ DI LORENZO, W. G. *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 29-50.

Em outras palavras, se o ser humano exige plenitude, porque só em face dela o homem pode exercer suas potencialidades. Ser pessoa, portanto, é ser individual e plural ao mesmo tempo. Pessoa é o homem vivo, uma realidade concreta, que reclama individualidade e alteridade.

Se é assim, ou seja, se somos seres humanos que nascemos, intrinsecamente individuais e plurais (alteridade), isto é, naturalmente sociais, como podemos praticar, apenas no âmbito do Direito Penal e do Processo Penal, um humanismo divorciado de sua essência, que considere apenas um indivíduo (o desviante) em detrimento de todos os demais com os quais ele compartilha a vida em sociedade e cuja humanidade deveria igualmente respeitar? “Falso e hipócrita é o humanismo que prodigaliza benesses aos que estupram, sequestram, roubam e matam, como enfatizou Volney Corrêia L. Moraes Jr.”⁴⁰

4 CONCLUSÃO

Em conclusão, é impostergável, portanto, no Estado Constitucional de Direito, em que é vedada a autotutela, darmos ouvidos, voz e vez às Marias da Penha, aos Joões, e às vítimas em geral, para que não se legitime que as pessoas, aviltadas em sua proteção, enveredem-se, e achem até normal, para a vingança privada, esta, sim, um retrocesso sem precedentes.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, S. “A Maria da Penha me transformou num monstro”. *Istoé*, n. 2150, 2011. < http://istoe.com.br/121068_A+MARIA+DA+PENHA+ME+TRANSFORMOU+NUM+MONSTRO+>. Acesso em : 7 ago. 2017.

BECCARIA, C. *Dos Delitos e das Penas*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

⁴⁰ In *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2004, 312 p.

DI LORENZO, W. G. *Teoria do Estado de Solidariedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FERRAJOLI, L. *In Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hansen Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FISCHER, D. Garantismo Penal Integral. *Fato Típico*. Revista eletrônica. Entrevista. 3. ed., 2009. < http://www.prgo.mpf.mp.br/fato_tipico/pagina_edicoes003-entrevista.html>. Acesso em: 11 ago. 2017.

FISCHER, D. Garantismo Penal Integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina*. 78. ed., 2009. < http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 11 ago. 2017.

ISERHARD, A. M. R. F. *Caráter Vingativo da Pena*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., 1988.

MORAES JR., V. C. L. *Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas*. 2. ed. Campinas: Millennium, 2004, 312 p.

PESSI, D.; SOUZA, L. G. In *Bandidolatria e Democídio*. 1. ed. Santo André: Editora Armada 2017.

greve de militares, anistia e diálogos constitucionais

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar
Especialista em Direito Militar

RESUMO: O direito de greve é vedado aos militares. Entretanto, nos últimos tempos, o Poder Legislativo tem proporcionado a possibilidade de anistia a militares grevistas, com a elaboração de leis que se deseja, neste artigo, demonstrar serem inconstitucionais. Para tanto, será utilizado um precedente do Tribunal Constitucional Alemão e analisada a sua compatibilidade com o direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVES: Greve. Anistia. Militares. Inconstitucionalidade.

ENGLISH

TITLE: Military strikes, amnesty and constitutional dialogues

ABSTRACT: The military are denied the right to strike. However, in recent years, the Legislative Powers have granted the possibility of amnesty for striking military personnel thus creating laws that are considered to be unconstitutional. This article will prove that this is unconstitutional by employing a German Constitutional Court precedent and analyzing its compatibility with Brazilian Law.

KEYWORDS: Strike. Amnesty. Military. Unconstitutionality..

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 2) – 2 O controle de constitucionalidade no Direito Alemão e a força normativa da Constituição (p. 4) – 3 A disciplina constitucional da greve dos militares no Brasil (p. 10) – 4 O precedente BVerfGe 10, 234 e a inconstitucionalidade da anistia (p. 15) – 5 Conclusão (p. 26)

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira deposita confiança e tributos nas instituições militares federais e estaduais como forças garantidoras da paz social e fontes de equilíbrio em relação ao avanço da criminalidade nas grandes cidades. Assim, o serviço policial é de natureza essencial, conforme já decidido fartamente pelo Supremo Tribunal Federal¹, que definiu que nenhuma atividade policial pode exercer direito de greve, incluindo nesse âmbito todos aqueles pertencentes ao rol do art. 144 da Constituição Federal.

No entanto, sob o manto de uma suposta reivindicação de melhores salários, policiais militares de diversos Estados têm promovido “greves” nos últimos anos e, assim, contribuído para o caos social. Essas “greves” infelizmente têm sido “referendadas” pelo Poder Legislativo, que, ao arrepio da vedação constitucional desse instituto para os militares, inclusive os Estaduais, tem aprovado leis de anistia dessas condutas. Com isso, a possibilidade de sanção penal pelos crimes militares decorrentes desses fatos fica afastada, com a conseqüente impunidade e evidente estímulo à reiteração dessas paralisações.

¹ ARE 654432/GO, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 05/04/2017; MI 774 AgR/DF, Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/05/2014; Rcl 11246 AgR/BA, Min. Dias Toffoli, julgado em 27/02/2014; Rcl 6568/SP, Min. Eros Grau, julgado em 21/05/2009.

A hierarquia e a disciplina são valores essenciais e típicos da vida castrense. Malgrado alguns preconizem a desmilitarização das polícias, fato é que esse binômio auxilia na manutenção da ordem e da eficiência nas instituições militares estaduais. Já no âmbito federal, hierarquia e disciplina adquirem importância ímpar como princípios reinantes no cotidiano militar. Em ambos, essa disciplina de matriz constitucional mais recrudescida e as especificidades do militarismo fundamentam a existência de uma justiça especializada – a Justiça Militar – e adequada a tutelar os bens penalmente relevantes para as instituições militares. Essa tutela específica também ensejou, em nível constitucional, a vedação à greve, com vistas à defesa da sociedade e de seu direito fundamental denominado “segurança”.

O presente artigo tem a finalidade de realizar a abordagem da inconstitucionalidade de qualquer lei que vise anistiar militares estaduais ou federais pelo exercício de greve, com apoio no direito comparado, especificamente a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, o chamado *Bundesverfassungsgericht*, ou simplesmente BVerfG.

Será empregado um único precedente do BVerfG – nem por isso de pouca relevância – que apresenta um importante pressuposto para a constitucionalidade de leis de anistia penais. Malgrado se trate de análise de constitucionalidade em relação à Lei Fundamental de Bonn (a Constituição da República da Alemanha – *Grundgesetz* ou GG), a principiologia semelhante nos dispositivos constitucionais empregados – das Constituições Alemã e Brasileira – permite a harmonização com nosso ordenamento jurídico.

Este trabalho não tem por fito esgotar o assunto nem aprofundar as questões atinentes à inconstitucionalidade da anistia neste caso – com todo respeito às opiniões diversas. Sem embargo de críticas, talvez o presente artigo possa servir de singelo alerta ao legislador que, por vezes, passa ao largo das especificidades da vida castrense e do direito à segurança.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO ALEMÃO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

O direito alemão forjou o que hoje se conhece por Neoconstitucionalismo. Os antecedentes remetem ao pós-Segunda Guerra Mundial, época em que a Alemanha se encontrava sob a tutela de Estados Unidos da América, Inglaterra, França e ex-União Soviética. Na então Alemanha Ocidental, em 1949, houve o ressurgimento de um Estado com a entrada em vigor da Lei Fundamental. Até então, a fragmentação das instituições germânicas estava em tal nível que Hans Kelsen chegou a afirmar, em 1945, que a Alemanha havia deixado de existir como Estado Soberano.

A Lei Fundamental de Bonn nasceu comprometida em “servir à paz mundial” e com a “consciência de responsabilidade perante Deus e os seres humanos”, trazendo em si o respeito à dignidade humana como seu valor mais essencial². É a reação ao totalitarismo desvairado do regime anterior, que levou a Alemanha à guerra e promoveu a morte de milhões de pessoas e a destruição do Estado Alemão. Ingo Sarlet esclarece que a afirmação da dignidade como inviolável foi uma reação a um modelo de positivismo jurídico até então existente³:

Igualmente emblemática e vinculada ao contexto histórico, além de sem precedentes no constitucionalismo pretérito (à exceção de algumas manifestações isoladas, mas situadas em outras partes da Constituição e com

² Artigo 1º (Dignidade da Pessoa Humana)

A dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais.

O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judiciário.

³ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 62.

outra expressão literal), a afirmação consignada já no primeiro artigo da Lei Fundamental, da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, acompanhada do comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana. Tal afirmação, de resto, foi também manejada como resposta a um determinado modelo de positivismo jurídico, buscando resgatar a importância de uma ordem de valores não necessariamente adstrita ao direito formalmente positivado, sem prejuízo de uma referência assumida ao jusnaturalismo, ainda que a decisão ao positivismo jurídico e o seu peso para a tentativa de justificação de atos praticados no âmbito do sistema jurídico e judiciário sob a égide da ditadura nazista – especialmente a escusa da “mera aplicação da lei” – sejam bastante controversos, aspecto que aqui não será objeto de exame.

Os países que ocupavam a Alemanha foram responsáveis por algumas diretrizes antes da elaboração da Lei Fundamental: forma federativa, regime democrático e respeito aos direitos fundamentais. Todavia, não houve interferência na elaboração do texto. Ainda segundo Sarlet, o nome “Lei Fundamental” se deve ao fato de que o texto deveria ser provisório e somente após a unificação da Alemanha é que seria elaborada uma Constituição⁴, o que nunca ocorreu, dada a grande legitimidade do texto para o povo alemão e suas instituições. A Lei Fundamental erigiu o homem como a razão de ser dos Poderes Estatais, vedando qualquer funcionalização do ser humano em prol do Estado. A fim de que não se constituísse em norma puramente programática, seu texto definiu os direitos fundamentais como vinculantes para os Poderes do Estado.

A criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) em 1951 consolidou, ao longo do tempo, a força normativa da Constituição Alemã. O BVerfG é dotado de competência concentrada e vinculativa para afirmar a supremacia da Lei Fundamental e é guardião da dignidade humana e dos direitos

⁴ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 64.

fundamentais. As mais de cinquenta leis de alteração da Lei Fundamental (equivalentes às emendas constitucionais no direito brasileiro) lograram êxito (com poucos casos de questionamento dessas “emendas” perante o BVerfG) em modernizar o texto maior, sem que sua essência fosse alterada. Tal comprometimento com a força normativa da Constituição só é possível pela grande legitimidade do texto com o povo alemão e pelo seu sólido sistema de controle de constitucionalidade. Assim arremata Sarlet, apresentando os motivos para o sucesso da Lei Fundamental⁵:

Mas se é correto afirmar que um bom texto, suficientemente aberto e representativo dos projetos e anseios de determinada sociedade política, constitui uma das garantias para o sucesso de uma ordem constitucional, também é correto afirmar que sem a correspondente “vontade da Constituição” (Hesse) e sem o labor fecundo dos órgãos constitucionais, com destaque para a jurisdição constitucional (sem que aqui se esteja a desconsiderar o peso da estabilidade econômica e institucional, bem como do processo político), o texto constitucional tende a se tornar obsoleto ou mesmo acaba destituído de normatividade efetiva. É, portanto, um conjunto de diversos fatores que explica o sucesso ou fracasso de uma ordem constitucional, razão pela qual se assume aqui o ônus da simplificação.

O sucesso da Lei Fundamental não se afere, todavia, apenas pelo seu significado para o Estado e para o povo da Alemanha (ainda que se queira discutir o quanto é possível falar em um autêntico “patriotismo constitucional alemão”), mas adquire um sentido mais abrangente, quando se avalia a influência do constitucionalismo alemão contemporâneo sobre outras ordens jurídicas – nesse particular, sem prejuízo de evidente importância da Lei Fundamental para um expressivo número de outros Estados Constitucionais (o que se identifica tanto em termos de direito constitucional positivo, quanto em termos doutrinários e jurisprudenciais), de tal sorte que, juntamente com o consti-

⁵ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 69.

tucionalismo norte-americano, a Lei Fundamental de 1949 pode ser tida hoje como uma das Constituições mais influentes em termos de direito comparado no âmbito da evolução constitucional contemporânea, influência que se fez e faz sentir também no caso do direito constitucional brasileiro.

Antes de prosseguir no principal objeto de estudo do presente trabalho, cabe esclarecer como funciona o sistema de controle de constitucionalidade na Alemanha e definir que os julgados do BVerfG possuem autoridade suficiente para tutelar os direitos fundamentais mais prezados da sociedade alemã, o que permite seu emprego como direito comparado no presente caso da anistia, em vista da identidade principiológica.

O sistema de controle de constitucionalidade na Alemanha é, portanto, um dos motivos do sucesso do constitucionalismo daquele país, que inaugurou o chamado neoconstitucionalismo e trouxe de volta a ética nas relações jurídicas, sem a excessiva abertura ou incerteza do jusnaturalismo, bem como privilegiou a força normativa da Constituição e promoveu a valorização do homem como fim em si mesmo. Nesse processo, na migração do “dever ser” da Lei Maior para o “ser” da realidade social, busca-se, segundo Luís Roberto Barroso, a máxima efetividade do programa normativo abstratamente estabelecido⁶.

Os princípios são enunciados de baixa densidade normativa que normalmente apresentam alto grau de abstração e definem decisões políticas fundamentais e fins públicos a serem perseguidos pelo Estado. São verdadeiros mandados de otimização. Nesse diapasão, Barroso menciona que são a porta de entrada pela qual os valores passam do plano ético para o plano jurídico⁷. São exemplos de princípios constitucionais a República, o Estado Democrático de Direito, a Federação, a Legalidade, a Dignidade da Pessoa Humana e a Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional, entre outros. A

⁶ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 216.

⁷ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009, p. 203 e s.

forma de concretização desses princípios é uma das faces da força normativa da Constituição.

Essa expressão “força normativa da Constituição” foi cunhada pelo Professor Konrad Hesse (1919-2005), grande constitucionalista alemão e ex-juiz do BVerfG. Hesse concebeu a força normativa como a capacidade de uma constituição de motivar e ordenar a vida do Estado e da sociedade, caracterizando-se como um poder de conformação que não se reduz às forças políticas e sociais. Essa pretensão de eficácia e efetividade é assegurada mediante os chamados pressupostos realizáveis, dentre os quais os mais importantes são os que dizem respeito ao conteúdo da constituição, no sentido de tentar corresponder à natureza singular do presente, à interpretação constitucional, que, por sua vez, deve pretender dar realização ótima aos preceitos da constituição e, como pressuposto fundamental, uma práxis constitucional voltada à vontade da Lei Maior⁸. A partir da realização desses pressupostos a constituição ganha força ativa, apta a influenciar e determinar a realidade concreta da sociedade e satisfazer seus anseios⁹, tornando-a cada vez mais legítima perante o povo.

O sistema de controle de constitucionalidade no Direito Alemão é concentrado, ou seja, a competência exclusiva para seu exercício é do BVerfG e seu efeito é vinculante, ainda que seja oriundo de um caso concreto. Dessa forma, um juiz não poderá negar aplicabilidade a uma lei ainda não declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal, sendo, pois, diferente do sistema difuso, como ocorre no Brasil. Assim, todo juiz alemão deve verificar a inconstitucionalidade de uma norma, independentemente de iniciativa da parte, mas não lhe pode negar vigência sem que o BVerfG tenha declarado sua incompatibilidade com a Lei Fundamental¹⁰.

Esse sistema concentrado reveste o BVerfG de uma autoridade que lhe permitiu ser ativo até mesmo quando a instância política foi omissa, fazendo

⁸ SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*, 2017, p. 196.

⁹ HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição*, p. 14-15.

¹⁰ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 36.

crescer em si um poder cujo desiderato não é outro além de privilegiar a força normativa da Constituição e tutelar os direitos fundamentais. Esta é a vocação do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Sem embargo da crítica que é feita ao Tribunal em vista da interferência em pautas políticas e na atividade legislativa, fato é que o BVerfG, diante da autoridade e dignidade que possui e que adquiriu até hoje, não se omite na tutela dos bens mais prezados pela sociedade alemã, mesmo que seja necessário “legislar” positivamente em face da omissão normativa (vide BVerfGE 88, 203 – constitucionalidade da criminalização do aborto)¹¹.

O controle abstrato é provocado somente pelo Governo Federal, pelos Governos Estaduais e por no mínimo um terço de membros da Câmara Federal (*Bundestag*), conforme o Art. 93 I, nº 2 GG (*Grundgesetz* ou Lei Fundamental). O objeto do controle abstrato é amplo e compreende a legislação federal e estadual, decretos e regulamentos (autônomos ou não), normas constitucionais estaduais e até leis orçamentárias¹². A despeito de ter sido provocado por um dos três legitimados a executar o controle abstrato de uma norma, mesmo que haja a desistência do proponente (a doutrina entende não se tratar de autor, por se entender que não se trata de procedimento com contraditório), o Tribunal prosseguirá na análise dessa norma. A doutrina menciona que o BVerfG prolatou relevantes decisões em controle abstrato, de modo que entre 1951 e 2002 foram julgados apenas 89 processos de controle abstrato. Assim, cada decisão foi elaborada com extremo esmero e com a intenção de privilegiar a força normativa da Lei Fundamental¹³, como na inconstitucionalidade de lei que praticamente retirava a proteção ao nascituro pela descriminalização do aborto (BVerfGE 39,1) ou na decisão que definiu parâmetro para a constitucionalidade ou não de leis de anistia penal (*Platow Amnestie* – BverfGE 10, 234).

¹¹ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 38 e s.

¹² SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 46/47.

¹³ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 48.

No controle concreto de constitucionalidade, o juiz não pode deixar de aplicar a norma ainda não julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Federal; deve, assim, suspender o processo e levar a questão a essa Corte Suprema, a quem a Lei Fundamental concedeu competência exclusiva para declarar uma norma inconstitucional ou não, de modo diverso do sistema brasileiro ou estadunidense.

O apertadíssimo filtro de admissibilidade das questões a serem apreciadas pelo BverfG; as decisões cuidadosamente elaboradas de modo a privilegiar a dignidade humana e os direitos fundamentais (individuais e coletivos, como a segurança pública); e o imenso respeito aos programas definidos pelo Constituinte (o que levou o BVerfG, ao longo do tempo, a inclusive suprir omissões do Legislativo) são aspectos que privilegiam a chamada força normativa da constituição. O Tribunal busca, por intermédio da interpretação constitucional, promover a aproximação entre o ser e o dever-ser e, assim, ao mesmo tempo, realizar os ideais propostos pelo constituinte originário e conceder, cada vez mais, legitimidade à Lei Fundamental.

Após estabelecer a autoridade do Tribunal Constitucional Federal como defensor da força normativa de sua constituição e dos direitos fundamentais, bastará empregar um de seus precedentes mais importantes e mostrar sua aplicabilidade ao ordenamento constitucional brasileiro, em vista da identidade principiológica no caso concreto da anistia, o que será feito posteriormente no capítulo 4 do presente trabalho.

3 A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA GREVE DOS MILITARES NO BRASIL

O direito de greve é a regra no ordenamento jurídico brasileiro. Esse direito é consubstanciado no art. 9º da Constituição Federal, para os trabalhadores em geral, e no art. 37, VII, para os servidores públicos. Em ambos, o constituinte remete à lei o tratamento da questão, especialmente no que tange aos serviços ditos essenciais. A Lei 7783/89 regula o direito de greve, mas infelizmente não inclui a segurança pública e a defesa da pátria

no rol supostamente taxativo do seu art. 10, e existe uma justificativa para tal. Cumpre transcrever o que a mesma lei dispõe nos arts. 10 a 12:

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II – assistência médica e hospitalar;

III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV – funerários;

V – transporte coletivo;

VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII – telecomunicações;

VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X – controle de tráfego aéreo;

XI – compensação bancária

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Art. 12. No caso de inobservância do disposto no artigo anterior, o Poder Público assegurará a prestação dos serviços indispensáveis.

Observa-se que, no art. 11, a própria lei considera a segurança e a sobrevivência da população como “necessidades inadiáveis”, de modo que, mesmo em greve, os trabalhadores ficam obrigados a prover as atividades envolvidas nessas necessidades. Já no art. 12, a lei determina que o Poder Público assegurará a prestação desses serviços indispensáveis caso os trabalhadores grevistas não o façam.

Pode-se inferir desses três dispositivos que a segurança pública e a defesa da Pátria não foram incluídas no rol de serviços essenciais no art. 10 da Lei 7783/89, porque não são atividades privadas e possuem o monopólio

estatal (em vista da possibilidade do uso da força). Também não caberia a regulamentação da atividade de segurança pública e de defesa da Pátria na mesma lei (pós-CF88) em que há referência aos sindicatos dos trabalhadores grevistas (art. 11), eis que há mandamento de matriz constitucional vedando a sindicalização dos militares federais e estaduais, a quem incumbem aquelas duas atividades essenciais supracitadas.

No que se refere aos servidores públicos, o STF já decidiu que, ante a ausência até hoje de regra específica, podem ser aplicados os dispositivos da Lei 7783/89 para o serviço público, porém com as restrições mais amplas dos serviços essenciais. No que concerne ao serviço prestado pelas polícias, o Supremo Tribunal Federal já decidiu diversas vezes sobre a equiparação à disciplina de vedação imposta aos militares. É o que consta dos seguintes precedentes: MI 774 AgR/DF, Min. Gilmar Mendes, julgado em 28/05/2014; Rcl 11246 AgR/BA, Min. Dias Toffoli, julgado em 27/02/2014; Rcl 6568/SP, Min. Eros Grau, julgado em 21/05/2009.

Já recentemente, o STF negou a possibilidade de greve de qualquer servidor relacionado à segurança pública, militar ou não. Faz-se mister transcrever um trecho do ARE 654.432, do STF, julgado em 5 de abril de 2017:

O exercício do direito de greve, sob qualquer forma ou modalidade, é vedado aos policiais civis e a todos os servidores públicos que atuem diretamente na área de segurança pública. É obrigatória a participação do Poder Público em mediação instaurada pelos órgãos classistas das carreiras de segurança pública, nos termos do art. 165 do Código de Processo Civil (CPC), para vocalização dos interesses da categoria. Com base nessas orientações, o Plenário, por maioria, deu provimento a recurso extraordinário com agravo interposto contra acórdão que concluiu pela impossibilidade de extensão aos policiais civis da vedação do direito à greve dos policiais militares. Prevaleceu o voto do ministro Alexandre de Moraes. Para ele, a interpretação teleológica dos arts. 9º, 37, VII, e 144 da Constituição Federal (CF) veda a possibilidade do exercício de greve a todas as carreiras policiais previstas no citado art.

144. Não seria necessário, ademais, utilizar de analogia com o art. 142, § 3º, IV, da CF, relativamente à situação dos policiais militares. Esclareceu que a Constituição tratou das carreiras policiais de forma diferenciada ao deixá-las de fora do capítulo específico dos servidores públicos. Segundo o ministro, as carreiras policiais são carreiras de Estado sem paralelo na atividade privada, visto que constituem o braço armado do Estado para a segurança pública, assim como as Forças Armadas são o braço armado para a segurança nacional. Diversamente do que ocorre com a educação e a saúde — que são essenciais para o Estado, mas têm paralelo na iniciativa privada —, não há possibilidade de exercício de segurança pública seja ostensiva pela Polícia Militar, seja de polícia judiciária pela Polícia Civil e pela Polícia Federal, na União. Em outras palavras, não há possibilidade de nenhum outro órgão da iniciativa privada suprir essa atividade, que, por si só, é importantíssima e, se paralisada, afeta ainda o exercício do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário. Por isso, considerou que a segurança pública, privativa do Estado, deve ser tratada de maneira diferenciada tanto para o bônus quanto para o ônus. Observou, no ponto, que uma pessoa que opta pela carreira policial sabe que ingressa num regime diferenciado, de hierarquia e disciplina, típico dos ramos policiais.

[...]

Ponderou não se tratar, no caso, de um conflito entre o direito de greve e o princípio da continuidade do serviço público ou da prestação de serviço público. Há um embate entre o direito de greve, de um lado, e o direito de toda a sociedade à garantia da segurança pública, à garantia da ordem pública e da paz social, de outro.

[...]

Portanto, a prevalência do interesse público e do interesse social na manutenção da ordem pública, da segurança pública, da paz social sobre o interesse de determinadas categorias de servidores públicos — o gênero servidores públicos; a espécie carreiras policiais — deve excluir a possibilidade do exercício do direito de greve por parte das carreiras policiais, dada a sua incompatibilidade com a interpretação teleológica do texto constitucional, em especial dos arts. 9º, § 1º; e 37, VII da CF. Ademais, para o ministro, é viável conciliar

as previsões constitucionais sem aniquilar o direito de greve dos servidores públicos. Frisou que a CF prevê a possibilidade de greve do gênero servidores públicos. E, mesmo assim, a lei pode estabelecer restrições e limites, sejam parciais ou, para determinadas carreiras que são espécies dos servidores públicos, totais. [...]

A manutenção da segurança pública e a defesa da vida, da incolumidade física, do patrimônio de toda a sociedade, da atividade de polícia judiciária, a alavancar a atividade do Ministério Público e da própria Justiça criminal, são, “prima facie”, necessidades inadiáveis da comunidade (CF, art. 9º, § 1º). [...]

O texto é esclarecedor e materializa a justificativa plausível e razoável para que se vede o direito de greve pelos órgãos de segurança pública, da mesma forma que já é vedado aos militares pelo que dispõe os arts. 42, § 1º (para Policiais Militares e Bombeiros Militares) e no art. 142, § 3º, IV (para as Forças Armadas), ambos da Constituição Federal. Essa vedação impõe a obrigação de o Estado jamais desproteger os comandos normativos mencionados, que são expressos.

A hierarquia e a disciplina compõem o binômio que fundamenta a existência e a manutenção ordeira dos militares, sejam federais ou estaduais. Não há vida castrense sem esses dois pilares, cuja guarda é garantida pelos regulamentos disciplinares militares e pelo Código Penal Militar, este em *ultima ratio*. Abrir mão de qualquer um desses componentes transforma instantaneamente uma Força Armada ou Auxiliar em milícia armada ou bando armado. A sociedade atualmente se ressentida da ineficácia do Poder Público na área de segurança pública e, se é certo que a população é carente da presença do Estado nesse setor, aos seus agentes policiais também devem ser assegurados instrumentos de reivindicação sem que a sociedade pague alto preço por essa manifestação (ação judicial específica para tutelar o direito a recomposição salarial, por exemplo). Todavia, esses meios de reivindicação não passam pela greve. Por outro lado, a paralisação também impõe um excessivo ônus à sociedade e até mesmo aos próprios agentes de segurança pública, eis que várias consequências decorrem da greve dos policiais militares:

- a) o cumprimento pelas Forças Armadas do papel que seria destinado à Polícia Militar, embora tenha apenas uma doutrina adaptada à GLO (Garantia da Lei e da Ordem);
- b) o aumento repentino na incidência de crimes violentos após a greve de policiais militares, face à ausência momentânea da prevenção e repressão, o que, posteriormente, gera excesso de trabalho para aquele órgão de segurança pública na retomada das atividades.

As duas situações impõem custo emergencial (não previsto) e de grande monta para o Estado e desvia recursos de áreas em que o povo já é tradicionalmente carente, como saúde e educação.

Portanto, seja sob o ponto de vista da Constituição Federal, seja pelo prisma hermenêutico, a greve é vedada aos militares. No próximo capítulo, será empregado um precedente do BVerfG para subsidiar o entendimento pela inconstitucionalidade das leis de anistia de greves de militares, sejam estaduais ou federais.

4 O PRECEDENTE BVERFGE 10, 234 E A INCONSTITUCIONALIDADE DA ANISTIA

Foi analisada no capítulo precedente a previsão constitucional acerca da vedação da greve para os militares. Malgrado em certas situações a norma constitucional se distancie da realidade fática (em oposição à eterna busca da aproximação normativo-fática entre o “ser” e o “dever-ser”) e, com isso, abra espaço para sua mutação ou reforma, no caso em estudo no presente trabalho, a previsão constitucional da vedação à greve pelos militares atende à necessidade da tutela de direitos fundamentais coletivos – a segurança pública e a defesa da pátria – pelo Estado. A partir do momento em que um movimento grevista de militares – federais ou estaduais – deixa ao abandono esses valores de matriz constitucional ao ponto de serem violados seus mínimos existenciais, há que se interpretar o texto constitucional de forma a maximizar a proteção a esses bens valiosíssimos. A própria Constituição

Federal estabeleceu essa vedação, que é verdadeira exceção face ao direito de reivindicação dos trabalhadores em geral, justificada pela proteção à sociedade e essencialidade dos serviços públicos de polícia (de todas as espécies) e de segurança da Pátria (esta, pelas Forças Armadas).

A Constituição Federal de 1988 trouxe um rol de direitos fundamentais próximo àquele previsto na Lei Fundamental de Bonn, a GG (*Grundgesetz*). A tutela dos direitos mais essenciais à vida humana teve inspiração em algumas Constituições, entre elas, a Alemã. Não por acaso, a principiologia guarda semelhanças que permitem o emprego do direito comparado em diversas ocasiões. Aqui, busca-se lançar mão de um precedente do BVerfG para demonstrar a inconstitucionalidade das leis de anistia para greves de militares.

A greve realizada por militares tem consequência penal imediata. Em geral, os grevistas ficam incursos nos crimes de Motim (art. 149 do CPM), Revolta (art. 149, Parágrafo Único do CPM), Conspiração (art. 152 do CPM), Aliciação para Motim ou Revolta (art. 154 do CPM) e Incitamento (art. 155 do CPM). São crimes com sanções severas, que podem atingir vinte anos de reclusão, como no caso da Revolta. Todos esses crimes fazem parte do título que trata dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar.

Infelizmente, o Legislativo, por motivações de natureza política e completamente alheio à disciplina específica do regramento constitucional, estimula a prática desses ilícitos penais militares concedendo anistia para os policiais grevistas. Assim, a despeito de graves delitos que deixaram Unidades da Federação a mercê de criminosos, no momento de o próprio Estado punir os grevistas sob o prisma penal militar, o Congresso Nacional elabora leis de anistia para essas situações, retroagindo para isentar de processo e sanção militares que deram causa ao caos social.

É o caso da Lei 13.293, de 01/06/2016:

Art. 1º A ementa e os arts. 1º e 2º da Lei nº 12.505, de 11 de outubro de 2011, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Concede anistia aos policiais e bombeiros militares dos Estados de Alagoas, de Goiás, do Maranhão, de

Minas Gerais, da Paraíba, do Piauí, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Sergipe, do Tocantins, da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Santa Catarina, do Amazonas, do Pará, do Acre, de Mato Grosso do Sul, do Paraná e do Distrito Federal.”

“Art. 1º É concedida anistia aos policiais e bombeiros militares que participaram de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e condições de trabalho ocorridos:

I – entre o dia 1º de janeiro de 1997 e a data de publicação desta Lei, inclusive, nos Estados de Alagoas, de Goiás, do Maranhão, de Minas Gerais, da Paraíba, do Piauí, do Rio de Janeiro, de Rondônia, de Sergipe e do Tocantins;

II – entre a data de publicação da Lei nº 12.191, de 13 de janeiro de 2010, e a data de publicação desta Lei, inclusive, nos Estados da Bahia, do Ceará, de Mato Grosso, de Pernambuco, do Rio Grande do Norte, de Roraima, de Santa Catarina, do Amazonas, do Pará, do Acre, de Mato Grosso do Sul, do Maranhão, de Alagoas, do Rio de Janeiro, da Paraíba, do Paraná e do Distrito Federal.” (NR)

“Art. 2º A anistia de que trata esta Lei abrange os crimes definidos no Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, e na Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 – Lei de Segurança Nacional, e as infrações disciplinares conexas, não incluindo os crimes definidos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e nas demais leis penais especiais.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Vê-se, portanto, que o Legislativo Federal já havia produzido as Leis 12.191/2010 e 12.505/2011, ambas concedendo anistia a militares estaduais grevistas. Não obstante, ainda elaborou a norma supracitada, ampliando o escopo de anistia para abranger fatos posteriores.

Há pouco tempo a sociedade brasileira presenciou a quase destruição de várias cidades do Estado do Espírito Santo, motivada pela greve dos policiais militares naquela Unidade da Federação. Em poucos dias, várias cidades se tornaram palcos de homicídios, latrocínios, roubos, furtos, estu-

pros e outros crimes graves, situação que, embora mitigada pela chegada das Forças Armadas, perdurou por vinte e um dias¹⁴. Os jornais deram conta de mais de cem mortes e cerca de trezentos saques a lojas. O Legislativo, insensível à essencialidade da segurança da sociedade, foi pródigo em produzir anistias em casos anteriores. Espera-se que, neste caso do Espírito Santo, não se repita a insensatez do Legislativo. As greves de militares estaduais cada vez tomam proporções maiores, com danos indelévels à sociedade. Antes, no caso da greve de policiais militares no Estado da Bahia, o Procurador-Geral da República, em vista da morte de mais de cem pessoas somente em três dias de paralisações dos policiais, manifestou-se perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, solicitando que fosse comunicado de eventuais *habeas corpus* impetrados e concedidos em favor do principal líder da “greve”, por restar incurso em diversos tipos penais da Lei de Segurança Nacional e o Recurso Ordinário ser da competência do STF (art. 102, II, b da CF)¹⁵.

No âmbito federal, diversos controladores de voo foram processados e julgados por motim e por outras condutas delituosas praticadas durante o chamado “apagão aéreo”, em 2007. Na ocasião, chegou-se a falar em anistia desses militares da Aeronáutica, inclusive inicialmente “prometida” pelo então Presidente da República, mas o Congresso e o Governo recuaram após pressões políticas e manifestação do Ministro Celso de Mello, do STF¹⁶.

No direito comparado, especificamente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a anistia penal é tratada no caso chamado de “*Platow Amnestie*” (Anistia Platow) ou BVerfGE 10, 234.

O referido precedente apresenta um critério para que uma lei de anistia seja reputada constitucional ou não.

O precedente BVerfGE 10, 234 foi um caso de controle concreto de constitucionalidade e se refere à situação em que um jornalista, Dr. Platow,

¹⁴ <https://oglobo.globo.com/brasil/termina-greve-da-pm-no-espirito-santo-apos-21-dias-de-caos-inseguranca-20982836>. Pesquisa feita em 21/05/2017.

¹⁵ <http://www.mpf.mp.br/ba/sala-de-imprensa/noticias-ba/greve-da-pm-ba-pgr-envia-oficio-a-desembargador-do-trf1>. Pesquisa feita em 23/05/2017.

¹⁶ <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,controladores-de-voo-cometeram-crime-diz-ministro-do-stf,20070402p28634>. Pesquisa feita em 21/05/2017.

foi condenado criminalmente no início da década de 50 do século passado, por ter revelado, em consequência de sua atividade jornalística no final da década de 40, segredos de Estado. Contra ele tramitava um processo na Primeira Câmara Criminal do Tribunal Estadual de Bonn, mas tanto o Ministério Público quanto a defesa pleiteavam a extinção do processo por conta de uma lei que anistiava os crimes ligados ao trabalho de agência de notícias cometidos antes de 1º de janeiro de 1952. A Primeira Câmara vislumbrou uma violação do Art. 3 I GG e submeteu a questão ao BVerfG, e esta foi julgada no “Primeiro Senado” (o BVerfG é dividido em dois “Senados”: cabe ao primeiro as questões relativas a direitos fundamentais e ao segundo, a organização do Estado).

Na ocasião, o BVerfG decidiu que a lei supracitada era constitucional, mas estabeleceu um parâmetro para se inferir a constitucionalidade de uma norma que concede anistia penal. Assim se pronunciou o Tribunal Constitucional Federal:

O legislador não está, em função do Art. 3 I GG, obrigado a conceder, na promulgação de uma lei de extinção de punibilidade, anistia a todas as ações delituosas e em igual medida. Ele não somente pode excluir totalmente da anistia alguns tipos penais, como também submeter determinadas hipóteses normativas a uma regulamentação excepcional. Somente ele, legislador, pode decidir junto a quais delitos existe, de forma especial, um interesse geral em uma pacificação. Também faz parte de sua liberdade de conformação normativa a decisão sobre em que extensão será concedida anistia junto a tais delitos criminais. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar uma lei de anistia no que concerne à necessidade ou à adequação das regras ali fixadas. Pelo contrário, o Tribunal Constitucional Federal pode somente verificar se o legislador ultrapassou os limites extremos da ampla margem discricionária a ele conferida. Há, então, na lei de anistia uma violação do princípio geral de igualdade somente se a regra especial

fixada pelo legislador para alguns tipos penais evidentemente não for orientada pelo pensamento de justiça e se não puderem ser encontradas para ela quaisquer argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria ou que sejam compreensíveis de alguma outra forma (e, destarte, não arbitrários).¹⁷

O Art. 3 I GG, por sua vez, preceitua o Princípio da Isonomia: “todos são iguais perante a lei”¹⁸. Dessa forma, o Tribunal analisou a constitucionalidade da norma pelo ponto de vista do Princípio da Razoabilidade somente sob o prisma da proporcionalidade, já que, quanto à necessidade e à adequação, entendeu a referida Corte que se trata de margem de discricionariedade do legislador. No tocante à análise da proporcionalidade, estabeleceu-se que a norma que concede anistia será inconstitucional, pela violação ao Princípio da Igualdade (ou Isonomia), se a regra especial – de anistia – criada pelo legislador não for orientada por um “pensamento de justiça” e se não puderem ser encontradas para essa norma argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria e que não sejam arbitrários.

Ora, os Princípios da Isonomia e da Razoabilidade são comuns aos ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão. Em ambos a previsão tem matriz constitucional e, na hermenêutica inerente às duas ordens constitucionais, considera-se o Princípio da Razoabilidade como um vetor interpretativo e princípio regente das relações entre Estado e cidadãos. Assim, a análise principiológica empregada pelo BverfG é plenamente aplicável à verificação da inconstitucionalidade das leis de anistia de greves de militares.

Prosseguindo nesse rumo, pontua-se que nas leis de anistia produzidas pelo Legislativo Federal do Brasil não existem argumentos razoáveis para justificar a isenção de processo e pena de militares grevistas, em vista

¹⁷ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 324/325.

¹⁸ SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins, 2005, p. 954.

de três aspectos: a especificidade da norma penal militar, a motivação política e a ponderação de interesses.

No tocante à especificidade da norma penal militar, já foi mencionado que a hierarquia e disciplina, como dois pilares e sustentáculos das Forças Armadas e Auxiliares, prestam-se como parâmetros norteadores da vida castrense, sem os quais aquelas instituições se tornariam perigosos bandos armados. A anistia estatal se mostra um estímulo a essa prática deletéria, que já é feita pensando-se na futura lei e em “acordos” com o Estado, de forma a impedir tanto a sanção administrativa/cível (por improbidade) quanto a penal.

Em relação à motivação política do legislador federal brasileiro, nota-se que seu pensamento não é orientado por um senso de “justiça” ou para corrigir um excesso (*Übermassverbot*) da norma penal militar (cuja sanção severa é plenamente justificada face à necessidade de manutenção da hierarquia e disciplina), mas simplesmente para que os Deputados e Senadores que votam pela concessão da anistia angariem eleitores perante essas numerosas instituições militares.

Por fim, no que concerne à ponderação de interesses, tem-se de um lado o direito de reivindicação e de liberdade de manifestação e de outro, a segurança pública e até a defesa da Pátria (no caso de uma eventual greve de militares federais) em seu núcleo essencial. Nesse sentido, cabe ainda uma brevíssima imersão no conceito de Mínimo Existencial.

Segundo a doutrina majoritária defendida por vários autores como Luís Roberto Barroso, a Constituição é formada por princípios e regras. Os princípios – já conceituados anteriormente no presente trabalho – são enunciados ponderáveis de baixa densidade normativa que consubstanciam decisões políticas fundamentais e fins públicos a serem perseguidos pelo Estado. Já as regras compreendem enunciados que exprimem mandamentos ou permissões com alto grau de concretude e precisão, de tal forma que, em algumas situações, as regras constitucionais “realizam” os objetivos expostos pelos princípios. Enquanto os princípios são ponderáveis, as regras funcionam por subsunção, ou seja, aplicam-se binariamente (se a situação

se enquadra na descrição da regra, esta é aplicada; caso contrário, não será empregada).

Segundo um conceito mais didático, os princípios podem ser representados graficamente por dois círculos concêntricos. A área entre o círculo externo e o círculo interno (“coroa circular”) compreende o espaço de deliberação democrática em relação ao qual o Legislador pode atuar, ampliando ou restringindo a eficácia e alcance desse princípio. É também um espaço destinado ao hermenêuta, que pode dar concretude ao princípio, concedendo-lhe maior ou menor importância em uma ponderação de interesses (eventual colisão com outro princípio), ou maior ou menor eficácia nessa hipótese real. Já a área interna ao círculo menor compreende o chamado “núcleo duro” do princípio, que é inderrogável e irredutível, sob pena de violar-se a força normativa da Constituição Federal. Caso fosse permitido reduzir a eficácia de um princípio para além de seu núcleo essencial, a Carta Federal possuiria um enunciado sem qualquer expressão normativa, praticamente “letra morta”, o que por certo afeta a Unidade da Constituição, que não possui enunciados mais importantes que outros. Dessa forma, conclui-se que o núcleo essencial dos princípios tem a forma de regra, eis que não pode ser ponderado ou mitigado.

Alguns princípios, malgrado possam ter sua eficácia mitigada, caso sejam reduzidos ao seu núcleo essencial, formarão o que se chama de “*Mínimo Existencial*”. Sobre esse conceito, vale transcrever a lição precisa de Ricardo Lobo Torres¹⁹:

O tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi estudado sobretudo na Alemanha. O art. 19, § 2º, da Constituição de Bonn, ao encerrar o catálogo dos direitos fundamentais (do art. 1º ao art. 18) declarou-os suscetíveis de restrições pelo legislador ordinário, salvo no seu “conteúdo essencial”. Influenciou a Constituição Portuguesa.

O conteúdo essencial é o núcleo intocável e irrestingível dos direitos fundamentais (da liberdade ou

¹⁹ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 87 e s.

sociais). Constitui limite para a atuação dos poderes do Estado.

O tema do conteúdo essencial se desenvolve sobretudo em torno das questões ligadas às restrições a direitos fundamentais.

[...]

Para os adeptos da teoria externa das restrições²⁰, o conteúdo essencial, consistindo no núcleo irreduzível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. O mínimo existencial, como “último conteúdo essencial” dos direitos fundamentais, é irreduzível e indisponível: nele coincidem a essência e a existência.

Embora parte da doutrina mais importante no assunto (Luiz Edson Fachin²¹ e Ana Paula de Barcellos²²) mencione apenas os direitos sociais como integrantes desse Mínimo Existencial, Ricardo Lobo Torres²³ – e nesse sentido este trabalho assim se posiciona – entende que também a liberdade e a segurança, como direitos fundamentais – e

²⁰ A teoria externa é defendida por diversos autores na Alemanha (Alexy e Borowski), em Portugal (José Carlos Vieira de Andrade) e no Brasil (Jane Reis Pereira e Virgílio Afonso da Silva) e se baseia na convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial. Alexy os classifica em restrições diretamente e indiretamente constitucionais. As primeiras decorrem de norma de nível constitucional. As últimas são aquelas cuja autorização para limitação do direito fundamental está na Constituição e se processam em norma infraconstitucional. A teoria interna ou imanente foi adotada por Häberle e preconiza que o conteúdo essencial (Wesensgehalt) dos direitos fundamentais se contém em limites imanentes insuscetíveis de ponderação. Para a teoria interna não existe restrição a direitos fundamentais. Adota-se, aqui, a teoria externa, reputada como mais adequada à democracia, eis que permite que o Parlamento delibere com razoável liberdade sobre a ampliação ou restrição de um direito fundamental, como consectário dos fins constitucionais.

²¹ FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2006, p. 232 e 278.

²² BARCELLOS, A. P. A. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*, 2002, p. 288.

²³ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 114.

obrigação do Estado – que são, merecem integrar esse conteúdo mínimo e essencial. Ricardo Lobo Torres explica com maestria a questão:

A liberdade tem uma característica que se ausenta dos outros valores: a de ser simultaneamente um valor e um dado existencial. A liberdade do homem, diferentemente do que acontece com a justiça ou a solidariedade, pode ser objeto de ofensas que afetam a própria existência física do indivíduo.

Daí se segue que o mínimo existencial deixa-se tocar pelo princípio da liberdade fática. O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade²⁴.

[...]

A segurança é outro valor de grande complexidade, que interage com os demais valores éticos e jurídicos e que contribui para dificultar a compreensão do mínimo existencial. O relacionamento entre segurança e justiça é “dramático”.

De uma parte aparece como segurança dos direitos individuais, isto é, como apanágio da liberdade. Deve ser garantida em sua extensão máxima. Pode assumir a feição de segurança da existência, expressão também utilizada para o mínimo existencial²⁵.

Nesse sentido, verifica-se que tanto o direito à liberdade (*Freiheitsrecht*) – no contexto de o cidadão ter seu direito pleno de ir e vir sem ser objeto de ofensas penalmente relevantes, quanto o direito à segurança e existência (*Existenzsicherung*) são componentes do chamado Mínimo Existencial, sem os quais o indivíduo não pode ter uma vida digna.

Portanto, o aspecto protetivo da sociedade, materializado pelo Princípio da Vedação à Proteção Deficiente e pelo mínimo existencial dos direitos à segurança e a vida, deve prevalecer sobre o direito de manifestação e de reivindicação. Qualquer greve de militares vulnera de imediato o mínimo existencial dos direitos à vida, à integridade física, ao patrimônio e à segurança de toda a coletividade. Portanto, também sob o ponto de vista

²⁴ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 139.

²⁵ TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 144.

da ponderação de interesses, não prospera a proporcionalidade na concessão da anistia.

A melhor doutrina do membro do Ministério Público Federal Douglas Fischer, em Representação para Inconstitucionalidade de uma determinada lei que previa extinção de punibilidade para crimes tributários (mas perfeitamente aplicável neste caso da anistia), ao analisar critérios para a concessão desse benefício, menciona que

em casos de normas como as ora sob análise, exsurge que o distanciamento entre estes parâmetros, em verdade, tem aumentado, incrementando-se o trato desigual e desproporcional entre os fatos criminosos em relação às suas consequências e em detrimento das diretrizes fundamentais estampadas na Carta Constitucional²⁶.

Assim, as consequências da concessão da anistia a militares grevistas já foram exaustivamente citadas e envolvem o estímulo à periclitación da segurança da sociedade em seu núcleo essencial e a violação do Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, primado este que vem também do direito alemão e é face do princípio da proporcionalidade e do garantismo positivo, impondo ao Estado o dever de prover um mínimo de segurança e de garantia na aplicação da lei penal. Se o Estado vislumbra uma conduta penalmente grave e punível, obriga-se a promover a responsabilidade daqueles que a praticam, sob pena de violar a devida proteção que deve prover à sociedade²⁷. A anistia impede essa responsabilização, e a lei que a concede deve ser reputada como inconstitucional.

A autoridade que possui o pressuposto exigido pelo BVerfG para que uma anistia seja constitucional (não atendido no caso aqui em estudo), a legitimidade da qual o Tribunal Constitucional Federal é dotado e o respaldo do precedente BVerfGE 10, 234 (como mais um julgado que reafirma a força

²⁶ FISCHER, D. *Representação para Inconstitucionalidade da Lei 11.941/2009*, 2009, p. 29.

²⁷ CALABRICH, B. FISCHER, D. PELELLA, E. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*, 2015, p. 39.

normativa da Lei Fundamental) formam um conjunto de argumentos que, junto com os demais fundamentos supramencionados, permitem inferir que, no caso brasileiro, as leis de concessão de anistia penal a militares grevistas são inconstitucionais.

5 CONCLUSÃO

Após os breves pensamentos acima consignados, conclui-se sobre a necessidade de conscientização do Poder Legislativo sobre os efeitos deletérios das leis de anistia a militares grevistas, seja porque tais benefícios afetam a proteção ao núcleo essencial dos princípios constitucionais relacionados à segurança dos cidadãos, violados em seu mínimo existencial por essas condutas penalmente ilícitas, seja porque a disciplina constitucional dos militares preceitua a vedação à greve. Não se teve, no presente trabalho, a intenção de esgotar a matéria nem ser “tese” orientadora de qualquer julgado, mas apenas realizar a abordagem o objeto de análise sob o prisma do direito comparado e se prestar como alerta ao nobre leitor sobre a inconstitucionalidade das leis concessivas de anistia de membros das Forças Armadas e Auxiliares que se envolvem em greves.

Atualmente, existe um estímulo para as práticas delituosas coligadas à greve de militares, de modo que são ignoradas as consequências desses atos para a sociedade e até para o próprio Estado. Seja sob o ponto de vista da Vedação à Proteção Deficiente, seja sob o prisma do julgado BVerfGE 10, 234, adaptado para a realidade normativa brasileira, a anistia de militares grevistas é mais uma lamentável manifestação do Poder Legislativo, que tanto poderia militar em favor da sociedade e de sua proteção, principalmente por ser detentor de um mandato popular e ter o verdadeiro “poder majoritário”.

Por fim, mostra-se sempre pertinente a lição de Carlos Bernal Pulido, que demonstra existir não só a tradicional dimensão dos chamados “direitos de defesa”, em que o Estado se obriga a não lesionar uma esfera de liberdade do indivíduo, mas também uma nova dimensão positiva, em que se impõe ao Estado uma prestação positiva, abrangendo os direitos de

proteção, situando-se neles a segurança e a defesa da pátria²⁸, fatalmente vulnerados por movimentos grevistas de militares.

Acredita-se que, insistindo o Legislativo em conceder anistia nesses casos, o que foi visto que não possui qualquer motivação razoável, somente pelas mãos do STF poderá haver a declaração da inconstitucionalidade dessas leis, consoante os argumentos propostos no presente trabalho ou em outros julgados pertinentes pela Corte Suprema.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327 p.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 451 p.

CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 326 p.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. 34 p.

PULIDO, C. B. *El Derecho de los Derechos*. Bogotá: Universidad Externado, 2005.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1472 p.

²⁸ PULIDO, C. B. *El Derecho de los Derechos*. 2005, p. 126.

SCHWABE, J. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado por Leonardo Martins. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, Oficina Uruguai, 2005. 993 p.

TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. 353 p.

Violência doméstica entre casais militares e a aplicação da Lei Maria da Penha pela Justiça Militar

Helen Fabricio Arantes

Especialista em Direito Militar

Servidora da Justiça Militar da União

RESUMO: A sociedade brasileira vive um cenário de intensa violência doméstica contra a mulher. Essa violência atinge mulheres de todas as classes sociais, das mais variadas profissões, inclusive as mulheres militares. O Estado brasileiro, desde a Constituição Federal de 1988, vem adotando medidas (jurídicas e não jurídicas), para um melhor enfrentamento da questão e uma maior punição ao agente agressor. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar a hipótese de aplicação dos institutos da Lei nº 11.340/2006, A Lei Maria da Penha, pela Justiça Militar aos casos de crime militar decorrente de violência doméstica. Para tanto, sem pretender esgotar o assunto, o trabalho busca, na legislação militar, com sustento na Constituição Federal, fundamentos que permitam esse viés interpretativo. O debate se faz necessário, pois a legislação penal militar não tem sido objeto de atualização na mesma proporção que a legislação penal comum, fato que gera controvérsias e compromete a eficiência do princípio da isonomia, tendo em vista que cria desigualdades entre a mulher civil e a militar. Dessa forma, o texto esforça-se para harmonizar a dignidade humana da mulher militar, com o preceito constitucional da hierarquia e disciplina militar.

PALAVRAS-CHAVES: Crime militar. Militar contra militar. Hierarquia e disciplina militar. Violência doméstica. Lei Maria da Penha. Justiça Militar. Dignidade humana da mulher. Princípio da isonomia.

ENGLISH

TITLE: Domestic violence between military couples and the application of the Maria da Penha Law by the Military Courts.

ABSTRACT: Brazilian society is experiencing a sharp increase in domestic violence against women. This violence affects women from all walks of society, including women in the military. Since the Federal Constitution of 1988 the Brazilian State, has been adopting measures (legal and non-judicial), to better tackle this question and introduce increased punishment for the accused. The objective of this work is to analyze the theory of the application of the institutes of Law nº 11.340/2006, The Maria da Penha Law, by the Military court in cases of a military crime resulting from domestic violence. To do so, without intending to exhaust the subject, the work aims, in the military legislation, with sustenance in the Federal Constitution, foundations that allow this interpretative bias. The debate is necessary, since military criminal legislation has not been updated to the same extent as civil criminal law, a fact that creates controversy and compromises the efficiency of the principles of isonomy, since it creates inequalities between civil and military law. The text strives to harmonize the dignity of women in the military, with the constitutional precept of hierarchy and military discipline.

KEYWORDS: Military crime. Military versus military. Hierarchy and military discipline. Domestic violence. Maria da Penha Law. Military justice. Human dignity of the woman. Principle of isonomy.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 O caráter especial do Direito Penal Militar (p. 4) – 3 Sistema de proteção constitucional da mulher (p. 6) – 3.1 O *status* da mulher na atual ordem constitucional (p. 6) – 3.2 A violência doméstica contra a mulher no Brasil e o enfrentamento da questão pelo Estado brasileiro (p. 8) – 3.3 A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e suas finalidades (p. 11) – 4 Militar contra militar: a questão da violência doméstica entre casais militares (p. 17) – 4.1 O crime militar decorrente de violência doméstica (p. 17) – 4.2 A aplicação da Lei Maria da Penha pela Justiça Militar (p. 21)– 5 Conclusão (p. 23).

1 INTRODUÇÃO

A violência doméstica contra a mulher é uma realidade em nossa sociedade e tem vitimizado mulheres de todas as classes sociais, profissionais de diversas carreiras, inclusive as militares. O crescente ingresso das mulheres nas carreiras militares e o conseqüente envolvimento afetivo com seus colegas de farda tem contribuído para uma demanda jurídica nessa seara.

Nesse contexto, o trabalho pretende abordar o delicado tema relativo aos crimes militares decorrentes de violência doméstica, em busca de uma harmonização da lei penal militar e a ordem constitucional trazida pela Carta Magna de 1988, com o propósito de alcançar uma plena efetividade jurídica da norma penal militar.

O texto abordará as agressões perpetradas no contexto de crime militar, à luz do artigo 9º, inciso II, alínea *a*, do Código Penal Militar, destacando-se o caráter especial do Direito Penal Militar e suas peculiaridades, frente ao sistema de proteção especial dado à mulher pela atual ordem constitucional. A abordagem busca a efetividade jurídica da legislação penal militar, priorizando-se os princípios constitucionais em questão.

O tema é relevante, tendo em vista que a violência doméstica entre casais militares já se faz marcante, assim como a violência entre casais civis. Ressalta-se que ainda não há entendimento consolidado para uma solução jurídica do caso, uma vez que a legislação penal militar tem ficado à margem das atualizações legislativas ocorridas no âmbito da legislação de Direito Penal comum, fato que tem causado insegurança jurídica no âmbito Penal Militar.

O texto também abordará o atual enfrentamento pelo Estado brasileiro da difícil questão da violência doméstica contra a mulher e um estudo um pouco mais pormenorizado da interpretação doutrinária da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha.

Assim, o trabalho buscará interpretar a legislação penal militar, de forma a compatibilizá-la ao máximo com o texto constitucional, preocupando-se em não criar desigualdades entre a mulher militar e a mulher civil, em detrimento da condição militar do seu agressor e ainda sem deixar de prestigiar o preceito constitucional da hierarquia e disciplina militar.

2 O CARÁTER ESPECIAL DO DIREITO PENAL MILITAR

O Direito Penal Militar é o complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares e pode ser definido como a parte do direito penal consistente no conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar, cominando-lhes penas, impondo medidas de segurança e estabelecendo as causas condicionantes, excludentes e modificativas da punibilidade, normas essas jurídicas positivas, cujo estudo ordenado e sistemático constitui a ciência do direito penal militar.¹

O objeto da ciência do direito penal é a proteção de bens ou interesses juridicamente relevantes. Defende-se que o direito penal seja a

¹ ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ultima ratio, pois esse ramo do direito somente deve preocupar-se com os bens mais importantes e necessários à vida em sociedade, e ainda, quando os demais ramos do direito não forem capazes de tutelar.²

O conceito de bem jurídico é variável no tempo e está ligado àquilo que a sociedade considera como relevante em um dado momento histórico-social. É por isso que o direito penal vive em constante movimento e atualização, modificando-se de acordo com a evolução da sociedade, porém, sempre com esteio na Constituição Federal, cujos valores são norteadores de todos os ramos do Direito.

Nesse contexto, é preciso argumentar que as instituições militares, as Forças Armadas, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares têm missões de extrema importância quanto à preservação das liberdades públicas, pois cabe-lhes a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem³, o policiamento ostensivo preventivo, a preservação da ordem pública e as atividades de defesa civil.⁴ Assim, considerando as missões constitucionalmente atribuídas, o bem jurídico tutelado pelo direito penal militar é bastante específico e difere-se do bem jurídico tutelado pelo direito penal comum.

Em se tratando do ordenamento jurídico militar, certos valores são alçados à categoria de bens juridicamente protegidos pelo direito penal, ainda que não o sejam para o direito penal comum. Dessa forma, para o direito penal militar, até mesmo o direito à vida, bem maior do ser humano, recebe tratamento diferenciado do direito penal comum, tendo em vista que a Constituição Federal permite a pena de morte em caso de

² GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

³ Artigo 142. As Forças Armadas constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer deste, da lei e da ordem.

⁴ Artigo 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.

guerra,⁵ instituto abominado pelo direito penal comum, por força do mesmo mandamento constitucional. Por isso, ao militar lhe é atribuído “foro especial militar” e lei repressora própria: o Código Penal Militar.

São muitas as peculiaridades desse ramo do direito, que possui características singulares, uma vez que os militares representam uma classe à parte, porque para eles, vigora o dever de defender a Pátria, e em certos casos, a vida de outrem, em detrimento da própria vida.

Em virtude das particularidades da vida na caserna, dos princípios basilares da hierarquia e da disciplina, aliada à responsabilidade atribuída aos militares no exercício de suas nobres funções constitucionais, ao militar é impingido regime e tratamento constitucional diferenciado, sem que isso implique ofensa ao princípio da isonomia.

Importante consignar que qualquer que seja o bem jurídico-penal militar protegido pela norma, sempre haverá, de forma direta ou indireta, a tutela da regularidade das instituições militares, distinguindo-se, assim, o direito penal militar do direito penal comum. Dessa forma, o direito penal militar preocupa-se sobretudo, com a manutenção da regularidade das instituições militares, além do bem jurídico-penal primário. Trata-se de um ramo especializado do Direito que tem como tutela os interesses e os valores essenciais à preservação da hierarquia, da disciplina e do dever militar.

3 SISTEMA DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA MULHER

3.1 O *status* da mulher na atual ordem constitucional

Ao longo da história da humanidade, as civilizações impuseram às mulheres uma situação de inferioridade em relação aos homens. No Brasil, o avanço na luta das mulheres pela positivação de direitos igualitários teve seu marco (mas não o seu início) com o trabalho de articulação do

⁵ Art. 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

movimento feminista voltado ao Constituinte de 1988, conhecido como *lobby* do batom, com o lema “Constituinte pra valer, tem que ter palavra de mulher”.⁶

Nesse passo, devido ao processo de redemocratização do Estado brasileiro e sob forte influência desse movimento feminista, o legislador constituinte tratou de proteger certos “grupos”, que no seu entender, mereciam tratamento diferenciado, tendo em vista um histórico social de discriminação ou hipossuficiência. De fato, o texto constitucional assumiu o compromisso em promover uma igualdade material no âmbito das relações de gênero.

E assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, a mulher conquistou a igualdade legal, elevada ao patamar de direito fundamental, nos termos do Artigo 5º, inciso I, de forma que o princípio da igualdade jurídica entre homem e mulher é posto como preceito constitucional⁷.

A Carta Magna também estabeleceu a isonomia no âmbito familiar, uma vez que firmou a igualdade referente aos deveres conjugais entre homens e mulheres, no artigo 226, § 5º, da Constituição de 88⁸. Além disso, proibiu a discriminação sexual no mercado de trabalho e buscou proteger a mulher por meio de regras específicas, na seara dos direitos sociais, trazendo proteção ao mercado de trabalho e à maternidade.⁹

Na esteira dessa nova ordem constitucional, foram publicadas a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Novo Código Civil; a Lei 10.886, de 17 de julho de 2004, que acrescentou parágrafos ao artigo 129

⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 1º mar. 2017.

⁷ Art. 5º, I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

⁸ Art. 226, § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

⁹ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: [...] XVIII: licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. [...] XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; [...]

do Código Penal, criando um novo tipo penal denominado de “Violência Doméstica”¹⁰; e a Lei 11.106, de 28 de março de 2005, que alterou e acrescentou dispositivos ao Código Penal¹¹, dando um tratamento diferenciado e não discriminatório à mulher.

Foram muitas as mudanças trazidas pela Constituição Federal de 1988, no intuito de promover a igualdade de gênero, destacando-se o preceito do artigo 226, § 8º, que instituiu o dever do Estado de coibir a violência no âmbito das relações familiares¹². Preceito constitucional que visa embasar e fomentar ações estatais e políticas afirmativas em prol do enfrentamento da discriminação da mulher em todos os setores da sociedade e que, em 2006, veio dar fundamento à Lei nº 11.340/2006, a Lei Maria da Penha.

3.2 A violência doméstica contra a mulher no Brasil e o enfrentamento da questão pelo Estado brasileiro

A violência doméstica contra a mulher não é nenhuma novidade em nossa sociedade. A novidade está no fato de que esse tema tem encontrado espaço público para debate e tem sido alvo de implementação de políticas públicas, bem como de específica criminalização nos últimos anos.

As pesquisas demonstram que os dados da violência contra a mulher são alarmantes¹³. Em 2015, o Observatório da Mulher contra a Violência,¹⁴ através de uma pesquisa realizada pelo Instituto DataSenado, indicou que

¹⁰ Art. 129. (...) Violência Doméstica: § 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

¹¹ Art. 148, CP § 1º I; IV, V; Art. 215; Art. 216. Art. 226., I e II; Art. 227. § 1º; Art. 231. § 1º § 2º; Art. 231-A: parágrafo único. Art. 3º; Art. 4º; e Art. 5º.

¹² Art. 226, § 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

¹³ Disponível em: www.mapadaviolencia.org.br. Acesso em: 8 fev. 2017.

¹⁴ Resolução do Senado nº 7/2016.

18% das mulheres entrevistadas afirmaram já terem sido vítimas de algum tipo de violência doméstica, seja física, sexual, moral ou patrimonial.

De acordo com o levantamento, em que mostra o panorama da violência contra a mulher no Brasil¹⁵, constatou-se que, entre os anos de 2006 e 2013, houve um aumento da taxa de homicídios de mulheres no país, em torno de 12,5%, chegando a 4,8 vítimas de homicídio em cada 100 mil mulheres. Somente em 2013, foram registrados 4.762 homicídios de mulheres no ano, ou 13 assassinatos por dia, em média. Em 2014, por meio dos registros de violência, 52% das mulheres mencionaram ter sofrido violência física e 43% relataram sofrer violência diariamente.

Vale mencionar, que a violência doméstica contra a mulher no Brasil é reflexo do desnível sociocultural das mulheres em comparação aos homens, decorrente do histórico de discriminação com relação à mulher no país. E, ressalte-se, independe do nível econômico ou cultural das partes envolvidas, pois está presente em todos os níveis de nossa sociedade. Portanto, o debate deve ser alargado para que todos os setores da sociedade possam participar e colaborar para o enfrentamento dessa questão.

Destaca-se, ainda, que os reflexos dessa violência implicam em diversas questões, que vão além de questões jurídicas, relativas ao direito penal ou civil, mas também envolve questões de saúde pública, emprego, moradia, entre outras que não cabe aqui tecer maiores comentários. Trata-se de matéria bastante preocupante e que atinge toda a sociedade brasileira.

Importante ressaltar que não somente as mulheres sofrem violência doméstica, mas homens e crianças também são vítimas de violência no âmbito familiar ou afetivo. Porém, as mulheres são as principais vítimas dessa agressão, fomentada muitas vezes pela sua vulnerabilidade ou por uma evidente manifestação de dominação do homem.

O Código Civil de 1916 retratava uma postura de submissão legal da mulher ao homem, ao passo que o concedeu o papel de chefe da so-

¹⁵ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2017.

cidade conjugal.¹⁶ Somente com a promulgação do Novo Código Civil de 2002, a fim de sedimentar, no campo do Direito de Família, o preceito constitucional da igualdade entre homem e mulher, o artigo 1.511¹⁷, da Lei Civil, estabeleceu o princípio da igualdade jurídica entre os cônjuges.

No campo legislativo penal, em agosto de 2006, foi sancionada a Lei nº 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, visando endurecer o rigor das punições para com os crimes de violência contra as mulheres, além de outras medidas. A introdução do texto legal constitui uma síntese completa dos objetivos da Lei, a saber:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

Recentemente, em 2015, a Lei nº 13.104 alterou o artigo 121 do Código Penal Brasileiro, para prever o feminicídio.¹⁸ A referida lei criou também causa de aumento de 1/3 até 1/2 para os casos em que o feminicídio tenha sido praticado dentro de certas hipóteses ou circunstâncias elencadas na norma, além de incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.¹⁹

¹⁶ Lei nº 3.017, de 1º de janeiro de 1916, artigo 233.

¹⁷ Art. 1511, CC. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges.

¹⁸ Art. 121, CP. Matar alguém: Pena – reclusão de seis a vinte anos. [...] Homicídio qualificado §2º. Se o homicídio é cometido: [...] Feminicídio VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: VII – [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos. § 2º-A – Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar; II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher. [...]

¹⁹ Art. 121, § 7º. ,I, II e III; Art. 2º; Art. 1º. [...] I - homicídio (art. 121), e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI);

Paralelamente, no âmbito do Direito Internacional, o Brasil ratificou a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, da ONU, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, da OEA – Organização dos Estados Americanos). São medidas legislativas que representam conquistas relevantes em prol da efetivação dos direitos humanos, notadamente, quanto aos direitos das mulheres.

Em matéria de políticas públicas, atualmente, o Brasil conta com ações diversificadas por meio da Secretaria de Políticas para Mulheres²⁰, que possui um programa de ação conjunta que envolve diferentes setores, em especial: assistência social, justiça e segurança pública. O programa visa ampliar e melhorar a qualidade do atendimento à mulher em situação de violência, à humanização e o adequado encaminhamento das causas.

Assim, considerando o caráter multidimensional do problema da violência doméstica contra a mulher, tornou-se necessária a implantação, por meio do Estado brasileiro, de diversas medidas coibidoras desse tipo de violência.

3.3 A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e suas finalidades

A Lei Maria da Penha representa o maior marco legislativo brasileiro de enfrentamento da questão da violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil. Embora ainda pouco efetiva, demonstra-se inovadora no que tange à perseguição e punição dos crimes de violência doméstica. Trata-se de uma legislação mista, que engloba aspectos penais, processuais e tutelares, pois estabelece majoração de penas, rito processual e medidas protetivas para a mulher vítima de violência doméstica. A lei busca coibir, prevenir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher, além de garantir sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

²⁰ Disponível em: www.spm.gov.br. Acesso em: 8 fev. 2017.

Fundamentada no Artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, lamentavelmente, a referida lei é fruto de uma sanção sofrida internacionalmente pelo Estado brasileiro, a partir do caso emblemático da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu inúmeras agressões e duas tentativas de homicídio por parte de seu marido, o professor universitário Marco Antônio Herredia Viveros.

Após ter sobrevivido a dois atentados, Maria da Penha decidiu separar-se do marido e levar o caso à Justiça, em busca de punição do agressor e de reparação pelos danos sofridos. A denúncia foi oferecida na Vara Criminal de Fortaleza em setembro de 1984. Entre o início das investigações até o primeiro julgamento, foram oito anos para se chegar ao primeiro veredito, no qual o réu foi condenado a quinze anos de prisão, reduzido a dez, por não constar contra ele antecedentes. Em 1995, a defesa anulou o julgamento, e o caso foi novamente julgado em março de 1996, quando ele foi finalmente condenado a dez anos e seis meses de prisão. Dessa decisão, houve nova Apelação da defesa²¹, e assim, após quinze anos, a Justiça brasileira ainda não havia dado decisão final ao caso.

Em decorrência, a vítima, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano e do Caribe de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) formularam denúncia contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). A denúncia foi recebida no dia 20 de agosto de 1998 e culminou no Relatório nº 54, de 4 de abril de 2001²², da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que concluiu ter sido o Brasil omissivo quanto às questões de violência contra a mulher e recomendou uma série de medidas a serem adotadas pelo Estado brasileiro, a fim de implementar os direitos já reconhecidos nas Convenções Internacionais, além de asse-

²¹ Apelação criminal nº 48.7801-47.2000.8.06.0000.0. Disponível em: www.tjce.jus.br. Acesso em: 8 fev. 2017.

²² Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso nº 12.051, de 4 de abril de 2001. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2012/08/OEA_CIDH_relatorio54_2001_casoMariadaPenha.pdf. Acessado em: 8 fev. 2017.

gurar à vítima uma indenização simbólica e material pelas violações sofridas, nos seguintes termos:

A Comissão recomenda particularmente o seguinte: a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) o estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera; c) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais; e) incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Concluiu, ainda, o Relatório que o país tem sido omissivo quanto às questões de violência doméstica contra a mulher e que o Estado violou o direito e o cumprimento de seus deveres, ao passo que se comprometeu, em linhas gerais, a erradicar todas as formas de discriminação contra a mulher, quando ratificou a Convenção de Belém do Pará, em 1995.

O caso Maria da Penha retrata bem a realidade de muitas mulheres brasileiras e o tratamento comumente dado à mulher vítima de violência doméstica no Brasil antes da existência da Lei. A Lei se destina exclusivamente à proteção da mulher,²³ pois busca proporcionar uma igualdade substantiva entre homens e mulheres e dar efetividade aos

²³ ADC nº 19/DF.

direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, em relação à mulher.

No âmbito da Lei, artigo 5º, entende-se por violência doméstica ou familiar contra a mulher: “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: no âmbito da unidade doméstica [...]; no âmbito da família [...]; em qualquer relação íntima de afeto”.

Nesse contexto, estão abrangidas as relações entre cônjuges, companheiros e namorados, mesmo que haja relação homossexual feminina. Pode abranger também a relação entre pais e filhas; filhos e mães; ou até mesmo irmãos do sexo masculino, em relação às irmãs. Deve-se analisar o caso concreto, pois pode haver incidência da lei, mesmo após o término da relação amorosa.

Vale ressaltar que a violência contra a mulher pode manifestar-se por meio de agressões diversas que vão desde um “simples” xingamento, podendo chegar a uma lesão grave ou até mesmo à morte. Ocorre violência também quando há menosprezo ou discriminação, pela sua condição de mulher, conforme a redação do artigo 7º, a saber:

Art. 7º. São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I – a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II – a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III – a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da

força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV – a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V – a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (grifo nosso)

No que tange à assistência à mulher em situação de violência doméstica, a lei trouxe uma série de medidas integradas de prevenção (artigo 8º), que devem ser implementadas por meio de um conjunto articulado de ações entre todos os entes federativos e também por meio de ações não-governamentais, em diversos setores da sociedade. Também delineou formas de acesso e prestação a programas assistenciais à mulher, proteção à sua integridade física, ao local de trabalho e à manutenção do emprego (artigo 9º).

Ademais, a lei inovou quanto aos procedimentos assistenciais a serem disponibilizados pela autoridade policial à mulher em situação de violência doméstica, garantindo-a proteção policial, acompanhamento domiciliar para a retirada de seus pertences de sua residência, agilidade e humanização no momento do atendimento em delegacias especializadas (artigos 10, 11 e 12).

Quanto aos procedimentos judiciais, um dos aspectos mais importantes da lei diz respeito à exclusão da aplicação do procedimento da Lei nº 9.099/95 e seus institutos despenalizadores (artigos 16, 17 e 41). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento nas Súmulas 536 e 542, a saber:

Súmula, 536, STJ – A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha.

Súmula 542, STJ – A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. (grifo nosso)

Assim, segundo a maioria dos ministros do STF, se a ação fosse considerada condicionada, esta circunstância acabaria por esvaziar a proteção constitucional assegurada às mulheres.

A lei também trouxe a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (artigo 14), com competência cível e criminal, visando facilitar o acesso da vítima à Justiça com a devida celeridade. Estabeleceu medidas protetivas de urgência, nos artigos 22 e 23, as quais podem ser aplicadas de imediato pelo juiz, a partir da constatação da prática de violência doméstica ou de necessidade à ofendida. Tais medidas impõem-se ao agressor a suspensão da posse ou restrição do porte de armas [...]; o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, fixando, inclusive, o limite máximo de distância entre eles; restrição ou proibição de visitas aos dependentes menores [...]; prestação de alimentos provisionais ou provisórios e também a separação de corpos, sem prejuízo dos direitos inerentes aos bens, guarda dos filhos e alimentos.

Preocupou-se, ainda, a lei, em assegurar a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou de propriedade particular da mulher. Para tanto, o legislador previu, no artigo 24, um rol exemplificativo de medidas liminares como a restituição à ofendida de bens indevidamente subtraídos pelo agressor; a proibição temporária para a celebração de atos e contratos onerosos de bens comuns do casal; a suspensão de procurações conferidas pela ofendida ao agressor, caso existam; e a prestação de caução provisória, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Quanto ao aspecto processual penal, o artigo 42 acrescentou o inciso IV ao artigo 313 do Código de Processo Penal, possibilitando a prisão preventiva do agressor:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – [...]; II – [...]; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (grifo nosso)

Além disso, a violência contra a mulher passou a ser considerada uma agravante de pena e foi majorada a pena máxima em abstrato do crime de lesão corporal, previsto no artigo 129 do Código Penal, que passou de um para três anos, deixando de ser considerada infração de menor potencial ofensivo, nos patamares da Lei nº 9.099/95. Enfim, foram muitos os avanços legislativos de direito material e processual advindos da Lei Maria da Penha.

Considera-se que a Lei possui um aspecto sistêmico de proteção à mulher vítima de violência doméstica, uma vez que trouxe em seu bojo um conjunto de medidas que abrangem áreas da sociologia, psicologia e jurídica, com destaque aos órgãos policiais e demais órgãos de apoio às ações de proteção, como casas de acolhimento, assistentes sociais municipais, estudos e pesquisas sociológicas, etc.²⁴

4 MILITAR CONTRA MILITAR: A QUESTÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ENTRE CASAS MILITARES

4.1 O crime militar decorrente de violência doméstica

O crescimento do movimento feminista a partir da segunda metade do Século XX refletiu em um processo de transformação da condição da mulher e proporcionou que as mulheres ingressassem em postos de trabalhos antes privativamente masculinos, como as carreiras militares. Com a

²⁴ ALFERES, E. H.; GIMENES, E. V.; ALFERES, P. B. A. *Lei Maria da Penha Explicada: Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006: doutrina e prática*: Edipro, 2016, p. 83.

inserção da mulher nos quadros profissionais militares, surgiram também os relacionamentos entre militares de sexo oposto, e com isso, emergiu o problema da violência doméstica no seio da família militar e a necessidade do enfrentamento jurídico da questão.

Assim, a despeito das discussões jurisprudenciais acerca do conceito de crime militar a partir da redação do artigo 9º, II, a, do Código Penal Militar²⁵, é defensiva a tese de que para ser considerado crime militar, além de incidir nas hipóteses do Código Penal Militar o fato deve também levar em conta a índole militar do delito ou estar o agente na situação de atividade. Esse tema já foi abordado pelo Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* de nº 120179-GO, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, publicado em 17 de fevereiro de 2014, conforme abaixo ementado:

Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. TENTATIVA DE HOMICÍDIO, RESISTÊNCIA MEDIANTE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA E ROUBO PRATICADO POR MILITAR CONTRA MILITAR, AMBOS DA ATIVA DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE GOIÁS. DELITOS SUPOSTAMENTE PRATICADOS FORA DA SITUAÇÃO DE ATIVIDADE E DE LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR E MOTIVADOS POR QUESTÕES ALHEIAS ÀS FUNÇÕES MILITARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. I. No caso sob exame, o paciente não estava em serviço e apenas utilizou-se de sua condição de militar para distrair a vítima e conseguir fugir do local. II. Os supostos crimes são de competência da Justiça estadual comum, uma vez que a natureza militar do fato delituoso deve levar em conta a índole militar do ilícito e se o agente se encontra em situação de atividade, o que não se evidencia no presente caso. III. Ordem concedida

²⁵ Artigo 9º, CPM. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I – [...]; 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. (grifo nosso)

para declarar a incompetência da Justiça Militar e determinar a remessa do feito para a Justiça estadual comum. (grifo nosso)

No mesmo sentido, também já se manifestou o Superior Tribunal Militar, no Recurso em Sentido Estrito nº 000012-13.2014.7.04.0004-MG, datado de 14 de agosto de 2015, de relatoria do Ministro Artur Vidigal de Oliveira, conforme segue:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. CRIME PRATICADO POR MILITAR DA ATIVA CONTRA MILITAR DA ATIVA OCORRIDO FORA DO AMBIENTE MILITAR E ESTRANHO À ATIVIDADE DA CASERNA. INCOMPETÊNCIA DA JMU. A expressão “em situação de atividade” tem como significado estar o militar no exercício de suas atribuições legais, dentro ou fora da área sob a administração militar, ou em situação tal que estejam efetivamente inseridas as questões de disciplina e hierarquia militares. A competência da Justiça Militar da União reserva-se às hipóteses nas quais o crime ocorra no interior do Quartel, entre militares em serviço ou de efetivo serviço e até mesmo fora da área sob a administração militar, mas desde que estejam no cumprimento de suas atribuições legais. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (grifo nosso)

Dessa forma, não obstante a redação do aludido artigo estabelecer que é crime militar a conduta delituosa praticada por militar da ativa contra militar da ativa, é necessário atentar também para as circunstâncias do delito.

No contexto de violência doméstica entre casais militares, da mesma forma, há que se diferenciar quando o ocorrido será caracterizado como crime comum ou crime militar, a depender das circunstâncias do caso concreto e/ou do local do cometimento da agressão. Se a agressão for cometida no interior do lar, no âmbito das relações domésticas, provavelmente,

tem-se um crime comum,²⁶ pois não estará sob ameaça a disciplina e a hierarquia militar. Nesse caso, deverão ser priorizados os princípios constitucionais da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do lar²⁷.

De outro modo, se a violência ocorrer no ambiente de trabalho, ou entre militares em serviço, mesmo que fora da Organização Militar, a situação fática diferencia-se, pois, inevitavelmente, o fato afetará as relações de trabalho, comprometendo a hierarquia e a disciplina militar. Dessa feita, há de se considerar os reflexos causados na ordem militar, devido ao abalo no moral da tropa e à exposição pública do caso, comprometendo a efetividade do serviço militar e o bom nome da Força ou das Forças a que pertencem o casal.

Surge, nesse contexto, o problema da legislação a ser aplicada em cada caso: ao crime militar, impõe-se a aplicação da legislação penal militar e a competência da Justiça Militar para a infração, em nome da tutela de valores específicos da caserna e da vida militar. Por conseguinte, uma vez caracterizado o crime comum, será aplicada a legislação pertinente e afastada a competência da Justiça Militar.

Contudo, há de se notar que a legislação comum apresentou significativos avanços nos últimos anos, no que tange à proteção da mulher em situação de violência doméstica, enquanto que a legislação penal militar não adentrou nessa seara, haja vista preocupar-se primariamente, com a tutela de valores constitucionais específicos com relação à defesa da pátria.

O tratamento jurídico dado ao caso de violência doméstica pela legislação penal comum difere-se, em vários aspectos, da legislação penal militar. Essa diferenciação põe em risco o princípio da isonomia, pois a le-

²⁶ LOBÃO, C. *Direito Penal Militar*. 2 ed. Brasília Jurídica, 2004. p. 115. No mesmo sentido é o entendimento de Jorge César de Assis e Guilherme de Souza Nucci, nas seguintes obras: ASSIS, J. C. *Casal de Militares: Lei Maria da Pena e a Aplicação de seus Institutos Protetivos ao Direito Castrense*. www.jusmilitaris.com.br. Acesso em: 9 jan. 2017. NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013, p. 44.

²⁷ Art. 5º, incisos X e XI, CF.

gislação penal militar, por ser omissa, acaba por criar limitação à mulher militar, ao pleno gozo dos direitos garantidos pela Constituição Federal.

Vale ressaltar que a violência doméstica não está restrita aos casais civis e nem limitada a certa classe social ou nível sociocultural. Infelizmente, esse quadro de agressão já se faz presente entre casais militares, desde que a mulher ingressou nas carreiras militares, pois o fato de a mulher ser militar não impede que ela sofra esse tipo de violência.

Nesse passo, o Direito Penal Militar e também a Justiça Militar brasileira têm o dever jurídico de enfrentar as questões relativas ao tema que surgirem ao longo da experiência jurídico-penal. Caberá ao intérprete do Direito, a saída jurídica para essa omissão, que mediante o caso concreto deverá buscar a máxima efetividade do texto constitucional e sanar a omissão deixada pela legislação penal militar, através da ponderação dos valores constitucionais em jogo.

4.2 A aplicação da Lei Maria da Penha pela Justiça Militar

A norma penal militar requer o resguardo dos valores constitucionais protetores da ordem militar. No entanto, é necessário refletir acerca da própria finalidade e efetividade do sistema penal militar como um todo. Para tanto, faz-se necessária uma interpretação constitucional da legislação penal militar em vigor, para que a administração militar alcance a efetividade esperada pelo texto constitucional. Esse sistema, assim como todo sistema jurídico, seja ele penal ou não, deve ser permeado pelos demais princípios constitucionais.

É preciso evidenciar que a Constituição Federal tem o compromisso de estabelecer uma igualdade material e de fato em prol da mulher. Para tanto, desde a sua promulgação, o Estado brasileiro vem implementando ações afirmativas que buscam coibir a discriminação e promover o nivelamento e a isonomia entre homens e mulheres.

Ademais, o texto constitucional prevê que o Estado assegurará assistência à família, inclusive criando mecanismos para coibir as

agressões no âmbito de suas relações interpessoais.²⁸ A Lei Maria da Penha é um exemplo vivo de ação afirmativa nesse sentido, pois tem o intuito de intimidar e punir práticas de violência doméstica.

A circunstância de violência entre casais militares no recinto da caserna, igualmente, tem de ser analisada sob a exegese constitucional e sob os preceitos da dignidade da pessoa humana, no caso, a dignidade da mulher militar, e não apenas sobrelevar o princípio constitucional de regularidade das Forças militares ao patamar de norma única protegida pela Carta. A dignidade humana da mulher militar não é diferente da dignidade da mulher civil.

Nesse sentido, andou bem o Código de Processo Penal Militar, quando previu que os casos omissos seriam supridos pela legislação de processo penal comum, sem prejuízo da índole do processo penal militar.²⁹

Dessa forma, cabe à Justiça Militar aplicar medidas protetivas de urgência da Lei em favor da mulher, quando for o caso. Sem embargos às especificidades do eventual crime militar em comento, notadamente quanto ao objeto jurídico tutelado pela norma penal castrense, não guarda relação jurídica com os preceitos constitucionais a negativa de conceder à mulher militar as benesses da Lei nº 11.340/2006, privando-a de direitos em desigualdade com outras mulheres em condições semelhantes.

Nesses termos, cabe ao Juiz-Auditor ou ao Conselho de Justiça, mediante o caso concreto, aplicar a legislação comum, no que couber. Não compromete a índole do processo penal militar, por exemplo, se o juiz-auditor conceder à mulher agredida o direito de manter distância física de seu agressor ou o direito de ter escolta até sua residência para que promova a retirada de seus pertences, se assim preferir. Muitas das medidas trazidas pela Lei podem ser adotadas, sem que haja alteração ou prejuízo à índole do processo penal militar.

²⁸ Art. 226, § 8º, CF.

²⁹ Artigo 3º, CPPM. Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; b) pela jurisprudência; c) pelos usos e costumes militares; d) pelos princípios gerais de Direito; e) pela analogia.

Deixar de aplicar ao caso concreto as medidas de proteção à mulher apenas em decorrência de as agressões terem ocorrido na caserna, no contexto de crime militar, por força da incidência pura da norma penal castrense, é anular essa dignidade em prol dos princípios da hierarquia e disciplina militar. Tal exegese não é condizente com os preceitos constitucionais, carece de motivação e fere o princípio da isonomia e da proporcionalidade e falta razoabilidade.

A aplicação pela Justiça Militar dos institutos da Lei Maria da Penha torna-se viável, tendo em vista que a Lei não criou nenhum tipo penal (fato que, por si só, já afastaria a competência da Justiça Militar), mas inovou quanto aos procedimentos penais e criou medidas protetivas de urgência em favor da mulher vitimada.

Assim, considerando toda a sistemática constitucional de proteção dada à mulher e à família, e considerando também que a dignidade da pessoa humana³⁰ é algo que se impõe na atual ordem constitucional, qualquer interpretação jurídica que venha de encontro a esse arcabouço constitucional tende a não atender ao Texto Maior.

Negar essa interpretação é negar à mulher militar um tratamento isonômico em relação às demais mulheres e não há motivo para que as mulheres militares não recebam essa proteção constitucional.

5 CONCLUSÃO

No presente trabalho debatemos acerca da legislação a ser aplicada em proteção à mulher militar em situação de violência doméstica, no contexto de crime militar, à luz do artigo 9º, inciso II, alínea a, do Código Penal Militar.

Ressaltamos o caráter especial do direito penal militar, tendo em vista o mandamento constitucional de tutela dos valores da hierarquia e

³⁰ Art. 1º, CF. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana.

disciplina, ao passo que contrapomos esses preceitos constitucionais com o tratamento “privilegiado” concedido à mulher pela atual ordem constitucional, em busca da real isonomia entre homens e mulheres.

Nesse contexto, verificamos significativos avanços na legislação brasileira, notadamente no campo penal, com destaque à promulgação da Lei nº 11.340/2006, que trouxe medidas importantes para o enfrentamento da questão da violência doméstica contra a mulher. Restou evidente que o endurecimento das penas e a introdução de medidas protetivas de urgência, nessa seara, faz parte de uma política de proteção à mulher pós-Constituição.

Constatamos, infelizmente, que a violência contra a mulher no Brasil ainda é tema bastante preocupante, pois é praticada em larga escala e em todos os níveis sociais. Nessa esteira, destacamos a violência doméstica entre casais militares e as consequências jurídicas dessa agressão no campo penal militar.

É preciso reconhecer que além da tutela de valores militares, o direito penal militar, assim como todos os ramos do direito, também tem o papel de promover a efetividade dos valores constitucionais como um todo. Nesse contexto, realçamos a proteção à mulher, nos termos trazidos pela Carta de 1988.

Dessa forma, é evidente a necessidade do enfrentamento jurídico da questão, pela Justiça Militar, haja vista que a agressão ocorrida no âmbito da caserna extrapola a esfera da intimidade do casal e produz reflexos na hierarquia e disciplina militar, caracterizando-se como crime militar.

Contudo, constatamos que a legislação penal militar, por estar imbuída na proteção primária da ordem militar, não acompanhou os avanços legislativos dos últimos anos nesse campo.

Sendo assim, para que a mulher militar possa gozar dos institutos de proteção da Lei Maria da Penha, apontamos que cabe ao Juiz-Auditor ou ao Conselho de Justiça aplicar ao caso concreto as medidas protetivas de urgência, quando necessárias, sem que isso comprometa a índole do processo penal militar.

REFERÊNCIAS

- ALFERES, E. H.; GIMENES, E. V.; ALFERES, P. B. A. *Lei Maria da Penha Explorada*: Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006: doutrina e prática. Edipro, 2016.
- ALMEIDA, V. H. A. *Estudo sobre as mulheres nas forças armadas*. Situação Atual e Perspectivas Futuras. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema21/2015_291_estudo-sobre-mulheres-nas-forcas-armadas-vitor-hugo. Acesso em: 10 mar. 2017.
- ASSIS, J. C. *Casal de militares: Lei Maria da Penha e a Aplicação de seus Institutos Protetivos ao Direito Castrense*. Disponível em <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/casal-militares-ok.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2016.
- ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2012.
- BARCELLOS, A. P. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. V. A técnica de ponderação: uma proposta em três etapas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARRETO, A. C. T. *Igualdade entre Sexos*: Carta de 1988 é um marco contra discriminação. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-05/constituicao-1988-marco-discriminacao-familia-contemporanea>. Acesso em: 1º mar. 2017.
- BRASIL. Código Penal Militar. Código de Processo Penal Militar. Estatuto dos Militares. Constituição Federal. Legislação Penal, Processual Penal e Administrativa Militar. Organizado por Alvaro Lazzarini. 11. ed. São Paulo: RT, 2014.
- BRASIL. Exército Brasileiro. *Mulheres no exército*. Disponível em: http://eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito/-/asset_publisher/6ssPDvxqEUR1/content/a-historia-da-mulher-no-exercito. Acesso em: 17 nov. 2016.

BRASIL. Ministério Público Militar. Direito Penal e Processual Penal Militar. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/direito_penal_militar_e_processual_militar_penal.pdf. Acesso em: 16 nov. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Constitucional. Penal Militar. HC nº 120179. Paciente: Marcelo Bueno Andrade. Impetrante: Tadeu Bastos Roriz e Silva. Coator: STJ. Relator Ministro Ricardo Levandowski. 17.02.2014.

DIAS, M. B. *A Lei Maria da Penha na Justiça*. Disponível em: http://www.maria-berenice.com.br/uploads/17_-_a_lei_maria_da_penha_na_justi%EA.pdf.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

LEITE, R. S. *Coleção Leis Especiais para Concursos: Direitos Humanos*. Salvador: Jus Podivm, 2012.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

_____. *Direito Processual Penal Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LOUREIRO NETO, J. S. *Direito Penal Militar*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

MENDONÇA, J. P.; BRITTO, D. A. A importância da Lei Maria da Penha como mecanismo de proteção do direito brasileiro. *UNIFACS*. Disponível em: www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1428/1114. Acesso em: 11 dez. 2016.

NUCCI, G. S. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROCHA, M. E. G. T. A Lei Maria da Penha e o Direito Penal Militar. *Compromisso e Atitude*. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2015/01/MARIAELIZABETHROCHA_aleimariadapenhaedireitopenalmilitar.pdf. Acesso em: 18 fev. 2017.

ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SÃO PAULO. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. *Caderno Jurídico*, 2001. Direito Penal e Processual Penal Militar. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/direito_penal_militar_e_processual_militar_penal.pdf. Acesso em: 16 nov. 2016.

rdem ilegal deve ser cumprida?: a obediência hierárquica do militar

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo
Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito
Militar da Escola Paulista de Direito
Professor de Direito Processual Penal Militar na Academia
de Polícia Militar do Barro Branco

Iremar Aparecido da Silva Vasques

Capitão da Polícia Militar do Estado de São Paulo
Professor de Direito Penal Militar na Academia de Polícia Militar
do Barro Branco

RESUMO: Neste artigo buscou-se realizar uma análise do instituto da obediência hierárquica como excludente de culpa no Código Penal Militar, considerando o mesmo instituto conforme descrito no Código Penal Comum. Visou estabelecer as semelhanças entre as previsões nos dois diplomas e, sobretudo, apontar as suas diferenças primordiais, possibilitando responder com segurança à indagação: “a ordem ilegal deve ser cumprida?”. Esta análise é crucial em termos penais militares, porque a obediência às ordens superiores na caserna constitui-se em um dos sustentáculos das organizações militares, e a desobediência, a seu turno, pode acarretar reprimenda penal e administrativa aos militares. Justifica-se, assim, a importância da matéria.

PALAVRAS-CHAVES: Obediência hierárquica. Excludente de culpa. Ordem ilegal. Superiores. Desobediência.

ENGLISH

TITLE: Illegal order must be obeyed?: The hierarchical discipline of the military.

ABSTRACT: In this article, an analysis was made of the effects of hierarchical discipline and the possible resulting exclusion of guilt in the Military Penal Code, considering the same institute as described in the Common Penal Code, aiming to establish the similarities between the predictions in the two degrees and, above all, to point out their Fundamental differences, in order to be able to respond with confidence to the inquiry: “the illegal order must be obeyed?”. This analysis is crucial in military penal terms because obedience to superiors in the barracks is one of the cornerstones of military organizations and disobedience, in turn, can lead to criminal prosecution and punishment, this obviously shows the importance of this matter.

KEYWORDS: Hierarchical obedience. Excluding fault. Illegal order. Superiors. Disobedience.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 Aspectos constitucionais do regime jurídico dos militares (p. 4) – 3 A obediência hierárquica no Código Penal Comum (p. 6) – 4 A obediência hierárquica no Código Penal Militar (p. 10) – 5 Ordem ilegal e dever de cumprimento de ordem pelo subordinado (p. 25) – 6 Conclusão (p. 28).

1 INTRODUÇÃO

Existe entendimento sedimentado entre os militares no sentido de que ordem ilegal não deve ser cumprida. Esse raciocínio encerra a premissa de que caberia ao subordinado, diante de uma ordem recebida de seu superior, avaliá-la a fim de verificar se estaria legalmente hígida, ou seja, se estaria de acordo com a lei. Assim, apenas após essa análise, deveria o militar cumpri-la, se concluísse pela sua legalidade, ou recusar-se ao cumprimento, se chegasse à conclusão de que se trata de ordem ilegal.

Esse entendimento funda-se numa interpretação da legislação penal comum, a qual impõe ao subordinado a responsabilidade pelo crime cometido em obediência à ordem de seu superior hierárquico, quando esta for manifestamente ilegal (art. 22, Código Penal – CP).

Os defensores de tal tese argumentam que o militar deve recusar-se a obedecer a ordem ilegal de seu superior, porque, cumprindo-a, estaria sujeitando-se a responder processo crime juntamente com o emissor da ordem, caso tal atendimento resultasse na prática de ilícito penal.

Todavia, no âmbito castrense vigora o sistema das baionetas inteligentes, pelo qual o militar subordinado pode questionar a legalidade da ordem e/ou recusar o cumprimento de ordem manifestamente criminosa, sob pena de responder criminalmente pelo ato ilícito decorrente do cumprimento da ordem (art. 38, § 2º, do Código Penal Militar – CPM). Logo, restou afastado do ordenamento penal militar o sistema das baionetas cegas que impõe o cumprimento cego e absoluto da ordem superior, ainda que manifestamente criminosa sem que haja qualquer implicação criminal.

O presente trabalho tem por objetivo examinar o delicado e importante instituto da obediência hierárquica no Código Penal Militar frente ao delito de recusa de obediência (art. 163, CPM). A construção do trabalho se dá pela comparação entre os dispositivos que tratam da obediência hierárquica no Código Penal Militar (art. 38, CPM) e no Código Penal Comum (art. 22, CP), visando identificar se o tratamento dado pelo legislador ao instituto foi idêntico nos dois diplomas penais.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO REGIME JURÍDICO DOS MILITARES

Toda análise jurídica deve buscar seus fundamentos na Constituição Federal. A abordagem, ainda que sucinta, dos aspectos constitucionais do regime jurídico dos militares é importante neste momento porque não há como demonstrar a necessidade de tratamento diferenciado dos militares no que tange às regras penais, sem antes mostrar que a própria Constituição Federal os inseriu numa categoria especial do funcionalismo público e cuidou de estabelecer para eles um regime jurídico próprio.

Neste sentido, a nossa Lei Maior tratou de dar dignidade constitucional a dois valores reconhecidos na ética militar – hierarquia e disciplina militares – colocando-os como fundamento das instituições militares, conforme redação dos artigos 42 e 142, que dispõem que as Polícias Militares, os Corpos de Bombeiros Militares e as Forças Armadas são “instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina”.

O Estatuto dos Militares (Lei Federal nº 6.880, de 09.12.1980), ao cuidar de definir hierarquia, anota, em seu artigo 14, § 1º, que “a hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. [...] O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade”. De igual forma, o mesmo diploma legal, no texto do artigo 14, § 2º, anota que *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.

Semelhante definição foi adotada pelo Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (RDPM), ao dispor que hierarquia é “a ordenação progressiva da autoridade em graus diferentes, da qual decorre

a obediência” (art. 3º, da Lei Complementar nº 893, de 09.03.2001) e que disciplina consiste no “exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das [...] ordens” (art. 9º da Lei Complementar nº 893, de 09.03.2001). (Grifos nossos)

Do exame dos textos legais em conjunto com a Carta Constitucional podemos depreender que o constituinte se preocupou, sobremaneira, com a questão da obediência hierárquica e erigiu, sobre ela, as Instituições Militares federais e estaduais.

Existe uma relação extremamente íntima entre a hierarquia e a disciplina. A hierarquia é a ordenação da autoridade em graus, e esta autoridade, segundo Diniz (2013, p. 74), é: “a) a capacidade ou qualidade do poder de mandar; b) poder que, pela sua legitimidade ou legalidade, deve ser obedecido”.

Este também é o raciocínio exposto por Di Pietro (2014, p. 98) ao dizer que a hierarquia é uma relação de coordenação e de subordinação entre órgãos ordenados, “implicando um poder de dar ordens e o correlato dever de obediência”.

Então, quando falamos de hierarquia, estamos cuidando da autoridade como poder de dar ordens e, quando nos referimos à disciplina, tratamos de um dever inabalável de obediência às ordens recebidas por parte do inferior.

Este necessário introito objetiva evidenciar a importância dos dois valores constitucionais da hierarquia e disciplina em termos de organização militar que justificam a opção do legislador ordinário em tratar da obediência hierárquica como excludente de culpa no código penal castrense.

Neste prumo, que, se o regime próprio do funcionalismo civil se funda em princípios inscritos no art. 37 da CF/88 (dentre outros), ao regime próprio dos militares, além destes, devem-se acrescentar, especificamente, a hierarquia e a disciplina, como seus fundamentos, decorrendo daí a conclusão de que toda análise que se faça, deve considerar este aspecto constitucional.

3 A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO CÓDIGO PENAL COMUM

O instituto da obediência hierárquica é tratado, no artigo 22 do Código Penal comum, entre as normas que cuidam das causas excludentes de culpabilidade.

O tema ganha relevo na seara da persecução penal por ocasião da análise da conduta do agente, a fim de se verificar a caracterização ou não de um crime. Assim, considerando que a conduta posta sob análise configura um fato típico e ilícito, a avaliação prossegue pelo terreno da culpabilidade, no qual se verifica a presença ou não dos requisitos para a emissão de um juízo de reprovação do indivíduo autor da conduta, com a conseqüente imposição de pena. Neste prumo é que afirma Bitencourt (2012, p. 1060) que “no momento em que se examina a culpabilidade já foi superada a análise positiva da tipicidade e da antijuridicidade do fato, admitindo-as, pois, quando afastadas, qualquer delas, desnecessário será examinar a culpabilidade”.

Segundo a autorizada doutrina de Cunha (2016, p. 287), a culpabilidade do autor do crime exige a presença de três elementos, quais sejam: a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Ausente um destes três elementos, excluída estará a culpa do sujeito ativo, de modo que não será possível impor-lhe pena.

Neste caminhar, a prática de um ato em estrita obediência à ordem legal de superior exclui a culpa, porque inexigível conduta diversa do indivíduo que assim agiu.

Reza o artigo 22 do CP que, se “o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

Tratando desse dispositivo, Capez (2011, p. 354) assevera que “a obediência hierárquica é a obediência à ordem não manifestamente ilegal de superior hierárquico, tornando viciada a vontade do subordinado e afastando a exigência de conduta diversa”.

Seguindo corrente clássica, Zafaroni e Pierangeli (2011, p. 567) ao tratarem dos requisitos para o reconhecimento da obediência hierárquica, apontam que:

Em princípio, deve tratar-se de uma ordem que emane de um superior hierárquico, isto é, de quem se encontra em condições legais de comunicá-la, e estar num plano superior de relação hierárquica pública, não sendo admissíveis a hierarquia decorrente da relação privada, como a comercial, a trabalhista privada, de ordens religiosas, familiar etc. É lógico que o superior hierárquico deve ser competente para expedir a ordem. O conteúdo dessa ordem deve estar de acordo com a natureza da atividade de que se trate, isto é, que o sujeito deve estar habilitado a cumpri-la.

A ordem não deve ser manifestamente ilegal. Vale dizer que, dentro das atribuições de revisão e das possibilidades de conhecimento do subordinado acerca da sua legalidade (e que, em cada caso, dependerão da natureza da atividade, da função que cumpre o subordinado, de sua preparação técnica e do acesso à informação necessária que a função possibilite), a ordem não lhe pareça ilegal. Por último, o cumprimento da ordem deve ser “estrito”, no sentido de que o subordinado se limite a cumpri-la, sem exceder, em nada, o seu conteúdo.

A doutrina de Gomes e Cunha (2010, p. 449) bem diferencia as espécies de ordem quanto à sua legalidade e discriminam com precisão os efeitos que a sua obediência acarreta. Anotam os autores que a ordem do superior pode ser legal ou ilegal. O cumprimento de ordem legal está, para os autores, dentro da normalidade jurídica, não sendo seu cumprimento reprovável sob qualquer aspecto. No entanto, no que “concerne à ordem ilegal, é preciso distinguir: (a) ordem manifestamente ilegal e (b) ordem não manifestamente ilegal. Quando manifestamente ilegal a ordem, desde logo fica eliminada qualquer hipótese de absolvição, seja do superior, seja do inferior hierárquico (salvo eventual erro de proibição)”.

E prosseguem os citados autores:

O Delegado de Polícia determina ao agente policial que mate seu vizinho com quem discutira na noite anterior. A ordem é manifestamente ilegal. Logo, pelo crime respondem os dois (para o inferior há a atenuante do art. 65, III, c). O inferior hierárquico, como se vê, não tem o dever jurídico de cumprir ordem manifestamente ilegal. Sua recusa não constitui nenhum crime. O inferior (como qualquer pessoa) não tem obrigação de cumprir o que está terminantemente vedado pela lei. Cabe-lhe, dentro de certos limites, discutir a ilegalidade da ordem (quando manifesta). Sendo a ordem não manifestamente ilegal (superior militar que manda inferior matar perigoso “bandido” que fogia), só responde pelo crime quem deu a ordem, não o inferior (CP, art. 22). De qualquer modo, o inferior deve cumprir a ordem estritamente (não pode haver abuso).

Na esteira da citação acima, impõe-se anotar, portanto, que para solucionar as questões envolvendo a obediência hierárquica no Código Penal, basta classificar as ordens em duas espécies: 1) ordens legais e 2) ordens ilegais. Estas últimas, por sua vez, são subdivididas em: 2.1) ordens não manifestamente ilegais e 2.2) ordens manifestamente ilegais.

Tratando-se da legislação penal comum, o subordinado apenas responderá pelo crime praticado (juntamente com o seu superior), se a ordem for manifestamente ilegal.

A ordem será manifestamente ilegal, nos dizeres de Fragoso (1987, p. 221):

- a) quando é dada por autoridade incompetente;
- b) quando sua execução não se enquadre nas atribuições legais de quem a recebe;
- c) quando não se reveste de forma legal;
- d) quando evidentemente constitui crime.

E completa, citando Aníbal Bruno, que “a expressão ordem manifestamente ilegal deve ser entendida segundo as circunstâncias concretas do fato e as condições de inteligência e cultura do subordinado”.

Logicamente, se a ordem é legal, não há qualquer anotação a ser feita, porque não se questiona o agir do subordinado. Contudo, complementa Fragoso (1982, p. 222):

Se o agente supõe ser lícita a ordem (não manifestamente ilegal), há também erro de proibição (erro sobre a ilicitude), que aqui se afirma ser relevante. Todavia, o verdadeiro fundamento da exclusão da culpa nos casos de obediência hierárquica é a inexigibilidade de conduta diversa, e não o erro, pois este pode não existir.

A ordem não manifestamente ilegal, portanto, é aquela que, embora ilegal, parece ao subordinado revestida de legalidade.

Relevante destacar que a possibilidade de o inferior hierárquico avaliar a ordem do superior não é uma regra, mesmo no campo do direito penal comum. Sobre este aspecto, inclusive, alerta Madeira (citado por GRECO, 2015, p. 517), que:

Normalmente, não cabe ao inferior hierárquico, mormente na dinâmica diária, questionar todas as ordens recebidas, no exercício das funções públicas, de seu superior hierárquico, principalmente se a ordem não for manifestamente ilegal. Seria um caos e uma constante inversão da hierarquia administrativa, se o cumpridor da ordem fosse a todo tempo questioná-la, embora não sendo um cumpridor cego de todas as ordens emanadas. Entretanto, se o executor da ordem tiver conhecimento ou consciência de sua ilegalidade e cumprir a ordem consciente de sua proibição ou ilicitude, responde, juntamente com o superior hierárquico, em concurso de agente em fato típico doloso.

Com efeito, acerca do artigo 22 do CP quando trata da obediência hierárquica, é certo dizer que encerra uma causa de exclusão da culpabi-

lidade. Nesses termos, é isento de pena aquele sujeito que pratica o crime em cumprimento à ordem do superior mesmo que ilegal, se ela lhe parecia legal (não manifestamente ilegal) e se o faz nos estritos limites da determinação recebida.

A exclusão da culpabilidade, neste caso, assenta-se na inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, não seria razoável exigir do subordinado, que atuasse de outra forma, dado que desconhecia a ilegalidade da ordem.

Registre-se, contudo, que há quem entenda que a razão pela qual estaria afastada a culpa do subordinado é o erro. Para essa vertente doutrinária, o subordinado é considerado uma ferramenta utilizada pelo superior para a prática do crime, agindo sob o manto do erro de proibição. Neste sentido, Cunha (2016, p. 304) afirma que “a obediência hierárquica constrói-se como um caso específico de erro, no qual incorre o subordinado que atua equivocadamente pela aparência de legalidade da ordem”. E finaliza apontando que “a dirimente em estudo nada mais é do que um misto de coação, gerada pela ordem do superior, com o erro do subordinado, iludido pela aparência do mandamento (coação e erro)”.

Seja por um ou por outro fundamento, isto é, seja porque não seria exigível do subordinado conduta diversa, seja porque atua em uma hipótese específica de erro, o resultado há de ser o mesmo: a impossibilidade de aplicação de pena ao sujeito.

4 A OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA NO CÓDIGO PENAL MILITAR

No Código Penal Militar, o instituto vem descrito no artigo 38, que dita:

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime: [...]
 Obediência hierárquica
 b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.
 § 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.
 § 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática

de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

Percebe-se, de antemão, que a redação é distinta. Aqui, a alínea “b” do artigo 38 diz da obediência à “ordem direta” do superior hierárquico, diferindo da apontada “ordem não manifestamente ilegal” do Código Penal comum e, ao tratar da possibilidade de sanção ao superior e ao subordinado, deixou claro que a responsabilização criminal somente será possível “se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso” (art. 38, “b”, § 2º CPM) ou se o subordinado se excede ao estrito cumprimento da determinação.

A diferença não é apenas de expressão. Ela encerra um requisito diferenciado para o afastamento da exculpante: o cumprimento de ordem manifestamente criminosa.

No entanto, observando a doutrina, nota-se, via de regra, que a ordem manifestamente criminosa e a ordem manifestamente ilegal são comumente tomadas uma pela outra, o que pode resultar em um equívoco quando da aplicação da lei ao caso concreto.

Esse é o tratamento dispensado, por exemplo, pelo eminente jurista dos primórdios do atual Código Penal Militar, Ramagem Badaró (1972, p. 176), para quem:

[...] É que, no caso da obediência hierárquica, quando corresponde a uma tipicidade de delito, o ato praticado pelo subordinado não esmaece, materialmente, o caráter antijurídico do seu comportamento comissivo ou omissivo. A sua excludência de culpa emerge do interesse da disciplina e do princípio da autoridade que, por motivo de política criminal, o direito penal militar é levado a transigir com o conceito de *error juris neminem excusat*. Em virtude do que, não sofre sanção penal o subordinado que executou a ordem, por obediência; se não manifestamente ilegal a ordem.

Percebe-se que o referido autor desconsidera o texto do artigo 38, § 2º, e entrega a expressão “se não manifestamente ilegal a ordem”. Por uma questão de justiça ao ilustre mestre, contudo, importa notar que tangencia, em dado momento, o ponto de vista que adiante defenderemos, ao asseverar (1972, p. 177) que:

[...] in concreto deve-se buscar entre as circunstâncias do fato, o grau de instrução do executor da ordem e o tempo que lhe foi defeso, para discernir a legalidade ou ilegalidade da ordem. Pelo que a ordem que reflita, plena e claramente, ao entendimento de qualquer pessoa, independentemente do seu grau de cultura, como crime, susta o dever de obediência.

Mesmo com essa ressalva, fica claro na obra a pouca importância que é dada à distinção entre ordem manifestamente ilegal e ordem manifestamente criminosa na doutrina, de modo que às vezes o autor faz referência a uma ou à outra expressão, como se ambas representassem o mesmo conceito.

O mesmo ocorre na obra de Lobão (2011, p. 167), que afirma que “não exclui a responsabilidade do subordinado a manifesta ilegalidade da ordem [...]” e de Loureiro Neto (2010, p. 51), que aponta ser requisito para reconhecimento da obediência hierárquica “[...] que a ordem não seja manifestamente ilegal, isto é, criminosa”.

Desta forma, é evidente, na literatura, que os dois conceitos (o de ordem manifestamente ilegal e de ordem manifestamente criminosa) nunca mereceram um estudo detalhado, a ponto de serem considerados equivalentes, como o faz Loureiro Neto no trecho acima citado.

Cruz e Miguel (2005, p. 104), em análise importante sobre o mandamento contido no artigo 38, § 2º, do CPM, fazem observação que revela o quanto esse tratamento igualitário entre as duas expressões pode resultar em confusão, mesmo no texto legal:

Desse modo, podemos destacar as seguintes hipóteses:
a) se o subordinado cumpre uma ordem legal, não pratica crime por se encontrar no estrito cumpri-

mento do dever legal, que é uma das causas de exclusão da ilicitude;

b) se o subordinado cumpre uma ordem aparentemente legal, ou seja, que não foi possível perceber de imediato a sua ilegalidade, ficará isento de pena, por incidir o disposto na alínea b do artigo 38. O autor da ordem responderá pelo delito praticado;

c) se o subordinado cumpre uma ordem manifestamente ilegal, será punível, porém a pena deverá ser atenuada, de acordo com o disposto no artigo 41. Tal dispositivo legal prevê que se a ordem não era manifestamente ilegal [...] pode atenuar a pena. Existe um equívoco nessa redação, pois se a ordem não for manifestamente ilegal, o subordinado ficará isento de pena, conforme a hipótese da alínea b. Assim, a palavra não deve ser retirada do texto legal. De qualquer forma, o autor da ordem responderá pelo delito;

d) se o subordinado cumpre a ordem, supondo-a, por erro, ser legal, a pena deverá ser atenuada, de acordo com o disposto no artigo 35 do CPM, que trata do erro de direito. O autor da ordem responderá pelo delito.

O dispositivo citado pelos autores, o artigo 41 do CPM, dispõe que:

Atenuação de pena

Art. 41. Nos casos do art. 38, letras a e b, se era possível resistir à coação, ou se a ordem não era manifestamente ilegal; ou, no caso do art. 39, se era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado, o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena.

Sobre esse artigo do código, ao comentá-lo no tocante à atenuante da ordem não manifestamente ilegal, Nucci (2013, p. 86) explica que:

Há três tipos de ordens: a) legal; b) ilegal; c) duvidosa legalidade. Se o agente cumpre ordem legal, há estrito cumprimento do dever legal. Se cumpre ordem ilegal, responde pelo crime (art. 38, § 2º, CPM). Se cumpre

ordem de duvidosa legalidade, encaixa-se no perfil da obediência hierárquica, sendo absolvido. Portanto, a previsão feita neste art. 41 é estranha, na medida em que prevê como atenuante o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal. Ora, assim ocorrendo, é exatamente a hipótese de obediência hierárquica. Logo, não deveria constar como atenuante. Cremos ter havido nítido equívoco neste dispositivo. A atenuante somente pode ser utilizada quando o agente cumprir ordem ilegal. (Grifo nosso)

A “estranheza” sentida por Nucci tem razão de ser. De fato o equívoco existe mesmo e ocasiona a confusão explicitada por Cruz e Miguel. Isso porque o equívoco do legislador é idêntico àquele do doutrinador e consiste em considerar que são equivalentes os conceitos de “ordem manifestamente ilegal” e de “ordem manifestamente criminosa” quando não o são.

Em verdade, o equívoco da redação do art. 41 foi copiar a redação do art. 26 do CP comum de 1969, mesclando a expressão “ato manifestamente criminoso” (art. 38, § 2º, do CPM) com a expressão importada do CP comum de 1969: “ordem manifestamente ilegal”, e se referindo a esta como se fosse aquela. Evidente, assim, o equívoco e a contradição, inconciliáveis, entre os dois artigos que nos inclina a concluir que, desavisadamente, o legislador utilizou a expressão estranha do CP comum de 1969, ao passo que quis dizer “ordem manifestamente criminosa”.

Nestes termos não deixa dúvida a preciosa lição de Romeiro (1994, p. 126-128):

O art. 41 do CPM, fazendo referência expressa ao art. 38, b, do mesmo código, diz que “se a ordem não era manifestamente ilegal [*sic*]... o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena.”

A disposição desse artigo, entretanto, briga com a do § 2º do art. 38, que cita. Se, de acordo com o § 2º do art. 38, o inferior fica impune quando a ordem não leva à prática de ato manifestamente criminoso, como é possível o juiz atenuar-lhe a pena?

Verifica-se, com esta gritante contradição de artigos, mais um equívoco do legislador do CPM ao pretender ajustá-lo ao CP comum de 1969, que nem chegou a entrar em vigor. Foi copiado o art. 26 deste Código sem a devida atenção, o qual rezava: “Nos casos ... do art. 24, b (correspondente ao art. 38, mesma letra, do CPM) [...] se a ordem não era manifestamente ilegal... o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena”.

Acontece, porém, que o art. 24, b, do CP comum de 1969 se referia a “obediência a ordem não manifestamente ilegal” (por forma negativa) e o art. 38, em seu § 2º, do CPM, a ordem que “tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso” (forma afirmativa). Daí a contradição apontada.

Demais, o CPM é bem mais restrito que o CP Comum quanto à possibilidade do descumprimento de ordens em matéria de serviço pelo subordinado, por interesse, como é óbvio, da disciplina militar. Só quando a ordem em matéria de serviço tem por objeto a prática de ato *manifestamente criminoso* deve ser descumprida, enquanto no CP comum, para tanto, basta que a ordem seja *manifestamente ilegal*, expressão bem mais ampla que a só abrangente de ato *manifestamente criminoso*.

Dogmaticamente, em face do exposto, deve ser considerada como não escrita a parte do art. 41 do CPM referente ao art. 38, b, por força da regra de hermenêutica conhecida como a da *interpretativo abrogans*. A interpretação que ab-roga, que considera revogado um dispositivo que briga com outro mais importante. Atendendo, porém, a que, no magistério de Coviello só se deve considerar letra morta um dos dispositivos legais em flagrante contradição ou antinomia quando vãs todas as tentativas para removê-la (*quando tutti i tentativi per rimovela siano riusciti vani*), pode o art. 41 ser entendido às avessas e como mencionando *ordem manifestamente criminosa* ao invés de “*não manifestamente ilegal*”, pois outra não poderia ter sido a *voluntas legislatoris*, como se depreende da interpretação histórica do dispositivo. Assim, deve ser entendido o art. 41 como se dissesse: “No(s) caso(s) do art. 38, letra(s) [...] b [...] se a ordem era manifestamente criminosa [...] o juiz, tendo em vista as condições pessoais

do réu, pode atenuar a pena”. Essa admissão de validade às avessas do dispositivo só consideramos possível em se tratando de direito penal, porque beneficia o réu. Em caso contrário, preponderaria a *interpretativo abrogans*. (Grifos do original)

Segundo nosso entender, a norma contida no artigo 41 do CPM, destinada a apresentar causa genérica de redução de pena, busca dar tratamento justo ao autor de crime militar, naquelas hipóteses em que a culpa está presente, mas não é tão acentuada.

Assim, se o sujeito pratica o crime mediante coação irresistível, não é culpado. Agora, se era possível ao homem médio resistir à coação, mas no caso concreto o sujeito não resistiu, é culpado, todavia o juiz poderá reduzir-lhe a pena se considerar, por suas condições pessoais, que sua capacidade de resistência estava diminuída e que essa é a decisão mais justa. O mesmo se dá em relação ao estado de necessidade excludente de culpa. Se o indivíduo sacrifica direito alheio mais valioso que o seu (protegido), quando presentes os requisitos do estado de necessidade, não é culpado, desde que não fosse exigível conduta diversa. No entanto, se era razoavelmente exigível do homem médio o sacrifício do bem ameaçado e no caso concreto o autor do crime optou por não sacrificá-lo, será culpado, mas o juiz pode entender que as suas condições pessoais foram determinantes do agir dessa forma e, então, apená-lo mais brandamente.

No que diz respeito à prática de crime em obediência hierárquica, a interpretação do artigo 41 não pode destoar do contexto e do tratamento dispensado aos casos das duas excludentes de culpa anteriormente tratadas. Assim, deve-se compreender que, se o militar pratica o crime em cumprimento de ordem manifestamente criminosa, será culpado, nos moldes do artigo 38, § 2º. Isso porque se entende que o caráter criminoso da ordem manifestamente criminosa era perceptível ao homem médio. Nessa hipótese, o juiz, considerando as condições pessoais do agente, pode reduzir a pena se entender que a capacidade de percepção, no caso, estava abaixo daquele padrão, por exemplo.

Pode-se questionar: e se a ordem determinava a prática de ato criminoso, mas este caráter não era perceptível sequer ao homem medianamente considerado? Ora, nesta hipótese, se não perceptível, a ordem não era manifestamente criminosa, portanto, o cumprimento daquela ordem estará amparado pelo artigo 38, b, do CPM, não sendo culpado o militar e sim o superior que emitiu a ordem.

No artigo 41 do CPM, a intenção do legislador era fazer constar que, naqueles casos em que o subordinado cumpre ordem manifestamente criminosa, deverá o juiz apená-lo, contudo podendo reduzir a pena se entender que as condições pessoais do réu justificam esse tratamento.

Nesta toada, a interpretação do mandamento contido no artigo 41 está coerente com o contido no artigo 38, b e § 2º, afastando-se a “estranheza” vislumbrada por Nucci ao examinar o dispositivo.

É certo, assim, que não se pode desconsiderar a distinção na redação dos dispositivos do Código Penal comum e do Código Penal Militar, sob pena de gerar confusão na interpretação da norma e na sua aplicação aos casos práticos, sendo a redação do artigo 41 do CPM um claro exemplo do problema que causa.

Assim, se de um lado há tratamento equivalente entre as duas expressões – criminosa e ilegal –, seja na doutrina, seja no texto da lei, a diferença não passa despercebida àqueles que, diariamente, colocam em prática a letra do código. Bem por isso, em julgado do Colegiado da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo¹, ficou consignado que o tratamento há que ser diferente, distinguindo-se a situação “criminosa” da “ilegal”.

Naqueles autos, ao absolver militares subordinados da prática de crime de falsidade ideológica e condenar o superior (unicamente) pelo crime, o digno magistrado já apontava:

[...] quando o subordinado recebe ordem de seu superior hierárquico, deve cumpri-la por consequente

¹ Autos nº 34.945/03, sentença de 02.05.2006, da lavra do Juiz de Direito Ronaldo João Roth.

dever funcional, em ambas as situações, seja no âmbito civil, seja no âmbito militar. [...] Essas situações dizem respeito à ordem não manifestamente ilegal, no caso do servidor público civil e à ordem não manifestamente criminosa, no caso do militar.

Advertia o insigne Magistrado, também naquele julgado, um pouco mais adiante, que “enquanto no sistema público civil o subordinado pode recusar-se ao cumprimento de ordem ilegal, o militar não pode, sob pena de praticar crime de recusa de obediência”. Isto porque o *Codex* penal castrense inaugura um sistema diferente daquele aplicado ao civil.

Esse sistema considera que há diferença entre a ordem manifestamente ilegal e a ordem manifestamente criminosa. Enquanto esta viola norma penal, aquela é contrária à lei, “de forma que todo ato criminoso é ilegal, mas nem todo ato ilegal é um crime. Este é a espécie daquele gênero” (ROTH, 2006, p. 91).

A ordem pode ser ilegal por desatender a qualquer um de seus requisitos de regular formação, ou seja, por ser emitida por sujeito incompetente, por ter finalidade distinta do atendimento do interesse público, por não se revestir da forma eventualmente exigida para o ato, por destoar dos motivos apontados ou mesmo por ter por objeto um ato irregular ou ilegal, contudo não cabe ao subordinado, em âmbito militar, analisar se estes elementos estão ou não presentes na ordem recebida, mas tão somente verificar se ela determina ou não a prática de ato manifestamente criminoso.

Embora discordando, relevante o entendimento de Neves e Streifinger (2014, p. 480), que defendem que a ordem, embora apenas ilegal – mas não manifestamente criminosa – mesmo assim não deve ser cumprida pelo subordinado, porquanto filiam-se à corrente do sistema das baionetas inteligentes pelo qual “o subordinado tem o direito de ponderar a ordem recebida e não cumpri-la, quando ilegal.”

Os renomados autores lecionam que “os limites de obediência na relação superior-subordinado transcendem a letra da lei”, razão pela qual não adotam a visão estrita de que somente o cumprimento de ordem manifesta-

mente criminosa responsabilizará o subordinado, mas também o cumprimento de ordem ilegal. Os mencionados autores entendem que a causa de exculpação só alcançará o subordinado quando a ordem não for manifestamente criminosa ou não for manifestamente ilegal. Nessa linha, em relação aos elementos constituintes da ordem, lecionam que (2014, p. 848):

Deve-se ressaltar, no entanto, que a ordem, como ato administrativo que é, deve possuir seus requisitos de validade, a saber, deve ser emitida por autoridade competente e endereçada a quem tenha competência para cumpri-la (competência), deve objetivar o bem comum, alvo de toda a Administração Pública (finalidade), deve observar, se assim exigida pela norma de direito, a forma prescrita, e ser desencadeada por um fato que, logicamente, exija a emissão daquela ordem (motivo) e também possuir conteúdo lícito e possível (objeto). São ilegais, portanto: a ordem de um cabo para que um soldado troque de parceiro em viatura de policiamento, porquanto tal alteração cabe à autoridade que confeccionou a escala, ou quem o represente fora do expediente; a ordem dada a um militar para que compareça a um jogo de futebol isolado, não incluído dentro de um programa de treinamento da instituição, simplesmente para satisfazer o interesse daquele que deu a ordem em completar um time de futebol, apartando-se, portanto, do fim de promoção do bem comum; a ordem para a dobra de serviço de guarda do quartel, sem que haja a necessidade imposta pelo serviço, apartando-se do motivo lógico a exigir a ordem; a ordem para um militar pagar contas de consumo, de caráter particular, para determinado superior, visto ser o objeto versado pela ordem ilícito etc.

De fato, todas essas ordens são ilegais, porque há vício em pelo menos um de seus requisitos de formação regular, contudo, nenhuma delas determina a prática de ato manifestamente criminoso. Assim, na visão estrita de responsabilização do subordinado, que adotamos, embora ilegais, tais ordens são passíveis de cumprimento pelo militar sem qualquer responsabilidade penal, sem prejuízo, todavia, da possibilidade de serem ponderadas antes de

cumpri-las, e, sem exclusão de responsabilidade do superior emitente da ordem ilegal. Tal entendimento também é compartilhado por Jorge Cesar de Assis (2012, p. 92).

Na mesma esteira Bitencourt (2012, p. 439) assinala que quanto ao militar, este “não discute a legalidade, porque tem o dever legal de obediência, e qualquer desobediência pode constituir crime de insubordinação (art. 163 do CPM)”. Diferentemente do que ocorre em relação ao funcionário civil que, se cumprir ordem manifestamente ilegal, responde pelo crime em conjunto com o seu superior, isto porque

uma ordem pode ser ilegal porque não obedece a uma forma estabelecida em lei. Basta isso e já será ilegal. O funcionário civil, subalterno, não é obrigado a cumprir ordem ilegal. Ademais, se representar qualquer prejuízo a terceiro, será tão responsável quanto seu superior.

Assim como Bitencourt, também entendemos que o subordinado em âmbito militar “não é culpado qualquer que seja a sua convicção sobre a ilegalidade da ordem” por conta do tratamento diferenciado dispensado ao instituto da obediência hierárquica pelo CPM, sintetizado na fórmula legal de que “o militar apenas não deve obedecer a ordem manifestamente criminosa”. (BITENCOURT, 2012, p. 240).

Outra não é a lição de Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 629), que advertem que:

Há uma séria distinção entre o art. 38, b, do CPM, e o art. 22 do CP comum: enquanto na obediência hierárquica do diploma comum a ilegalidade pode dizer respeito a qualquer dos cinco requisitos de validade do ato administrativo (competência, forma, objeto, motivo e finalidade), na do diploma castrense a ordem pode até ser ilegal (quanto à forma, à competência, ao motivo e à finalidade) e, desde que não seja conteudisticamente criminosa (ilegal quanto ao objeto), o subordinado militar tem de a cumprir, sob pena inclusive de responder por crime de recusa de obediência.

Na mesma linha, Jorge Cesar de Assis (2004, p.107), valendo-se da lição de Silvio Martins Teixeira (1946, p. 91), ensina que, “se o ato é praticado em obediência à ordem superior, que deve ser obedecida, a causa do crime não é a vontade de quem obedece, mas sim, a de quem ordena”. Esse é o critério adotado no CPM.

De igual modo, a lição de Damásio Evangelista de Jesus (2002, p. 98) no sentido de que:

Em certos casos, a obediência deve ser absoluta e não relativa, como acontece no sistema militar, em que não cabe ao subordinado a análise da legalidade da ordem. Então, se a ordem é ilegal, é ilegal também o fato praticado pelo subordinado. Mas, como não lhe cabe discutir sobre a sua legalidade, encontra-se no estrito cumprimento do dever legal (dever de obedecer à ordem).

Nesta linha de entendimento, Rossetto (2015, p. 211), cuidando da obediência hierárquica, anota que são requisitos para seu reconhecimento:

a) a estrita obediência do subordinado [...]; b) a ordem direta de superior hierárquico [...]; c) a ordem deve versar sobre matéria de serviço [...]; d) a ordem do superior tem por objeto a prática de ato não manifestamente criminoso [...].

E isso fica mais visível ainda, como sustenta Bitencourt (2012, p. 439), diante da existência do delito de recusa de obediência (art. 163 do CPM).

Note-se que o delito de recusa de obediência (art. 163 do CPM) tem como tutela penal a disciplina e a hierarquia militares e a autoridade militar, em todos os seus níveis, de forma que a recusa de ordem ilegal configura o delito militar, valendo aqui, mais uma vez, a lição de Rossetto (2012, p. 522-523), que ao comentar referido dispositivo, recordando lição de Esmeraldino Bandeira e de Tomaz Pará, ressalta:

Esse delito é propriamente militar, pois não é previsto na lei penal comum (art. 9º, I, 2ª parte). O mestre Es-

meraldino Bandeira assinalava, em sua obra publicada na Primeira República, que a obediência hierárquica é o princípio maior da vida orgânica e funcional das Forças Armadas. O ataque a esse princípio leva à dissolução da ordem e do serviço militar. Entre os romanos era um dos graves delitos militares, cujo autor não escapava da mais severa punição, quase sempre a pena de morte, por maior que fosse a vitória do exército [...]. Tomaz Pará lecionava: “A insubordinação é um dos mais graves atentados à disciplina militar, pois que esta se funda, unicamente, na força moral, e é capaz de conduzir os homens para a luta, para os supremos sacrifícios”.

É por isso que Célio Lobão, citando comentário de Álvaro Mayrink da Costa sobre o artigo 163 do CPM, sustenta que

diante da ameaça de punição expressa na lei, difícil ao subordinado avaliar a licitude ou ilicitude da ordem recebida para decidir se recusa a cumpri-la ou não, sem esquecer que essa avaliação torna-se impossível nos casos em que é exigido o cumprimento imediato. (2011, p. 167).

O Superior Tribunal Militar (STM), julgando recurso de apelação, caminhou no mesmo sentido. Naquela oportunidade o militar negou-se a cumprir ordem de seu superior para transportar paciente para realização de exames dizendo que não possuía capacitação profissional para tanto, alegando que a ordem seria, por isso, ilegal.

Em sede de alegações finais, nos termos do artigo 428 do CPPM, a defesa “alegou que a ordem do superior hierárquico não emitida em conformidade com as leis, regulamentos e instrução que regulam a atividade do profissional de enfermagem pode não ser cumprida, por ninguém possuir o dever de praticar uma ilegalidade”, requerendo assim, a absolvição do réu.

A ementa da decisão em segunda instância tem a seguinte redação:

STM: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 163 DO CPM. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. APELO IMPROVIDO.

1. Militar que se recusa a obedecer ordem de transportar paciente para realização de exames, proferida por superior hierárquico comete o crime de recusa de obediência, sendo que a posterior alegação de falta de capacitação profissional, quando o verdadeiro motivo consistia em não estar na escala de sobreaviso, não ilide a tipicidade da conduta. 2. Ainda que a recusa à ordem do superior fosse por julgá-la ilegal, o dever de obediência hierárquica atinente aos militares não lhe eximiria do cumprimento de tal determinação, já que era do conhecimento de outros militares ali presentes a ordem recebida e, portanto, ao superior caberia eventual responsabilização pelo referido transporte. 3. A obediência hierárquica no âmbito militar possui peculiaridades, como se verifica na lição de Jorge Alberto Romeiro “o militar só pode e deve desobedecer a ordem direta do superior hierárquico, em matéria de serviço, sem incorrer no crime de insubordinação, se ela tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso.” (Curso de direito penal militar: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 124). O transporte de um paciente para efetuar um exame não pode ser considerado um ato manifestamente criminoso. 4. Apelo improvido. Decisão uniforme. (STM. Apelação nº 0000011-42.2007.7.05.0005/PR, Rel. Ministro José Coelho Ferreira, j. 24.06.2009).

Em caso muito semelhante, em que o militar se recusou a obedecer à ordem para entrar em forma junto com o restante do efetivo, alegando que estava sem fardamento e que por isso a ordem seria ilegal, a Suprema Corte militar decidiu nos seguintes termos:

STM: APELAÇÃO. DEFESA. ART. 163 DO CPM. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ORDEM ILEGAL. (...) 1. Militar que se recusa a obedecer ordem dos superiores sobre matéria de serviço, mantendo-se irredutível em sua posição, comete o crime de recusa de obediência ínsito no artigo 163 do CPM. 2. O dever de obediência hierárquica é peculiar no âmbito castrense e não exime o militar do cumprimento de uma determinação, salvo se manifestamente criminosa. (...) (STM - AP 0000095-10.2013.7.09.0009/MS -, Min. Fernando Sérgio Galvão - j. 30.03.15)

Neste caso, especificamente, ao fundamentar seu voto, o eminente relator Ministro Fernando Sérgio Galvão anotou que:

[...] 8. Os testemunhos transcritos revelam não haver qualquer pedido por parte do Apelante no sentido de que a ordem fosse revista, por ilegalidade. Até porque, se o impedimento para a realização da missão fosse dessa natureza, bastaria a presença dos militares que presenciaram a ordem emitida pelo Comandante para o Sentenciado estar devidamente coberto em relação a eventual problema no cumprimento da ordem, mesmo que essa fosse ilegal.

9. O Decreto Condenatório de primeiro grau, portanto, deve ser mantido, até porque o ínsito do artigo 163 do CPM alberga, alternativamente, duas situações envolvendo a recusa de obediência, a saber:

10.1 A) O militar recusar-se a obedecer à ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço ou;

10.2 B) O militar recusar-se a obedecer a ordem do superior relativamente a dever imposto, regulamento ou instrução.

11. Dessa forma, ainda que coubesse discussão acerca da possibilidade ou não de o militar entrar em forma sem o fardamento, sendo a ordem sobre matéria de serviço, a irregularidade apontada pela Defesa não afastaria a antijuridicidade de sua conduta, já que atentou frontalmente contra a hierarquia e a disciplina militares protegidas pelo tipo penal.

12. Certo é que a ordem sobre matéria de serviço dada por um superior militar deve ser cumprida prontamente, salvo se conduzir à prática de um crime, mesmo que contrarie as instruções recebidas pelo agente.

O TJM/SP já reconheceu, na simples recusa de cumprimento de ordem superior, o crime de recusa de obediência (art. 163 do CPM):

TJM/SP: [...] Ordem que não se reveste de manifesta ilegalidade deve ser cumprida. Os preceitos de hierarquia e disciplina não permitem o descumprimento da ordem segundo a avaliação subjetiva do subordinado. (TJM/SP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 7.166/16 – Rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira – J. 5.04.16);

TJM/SP: [...] Prática do crime suficientemente comprovada – Ordem que não se revestia de manifesta ilegalidade – Eventual inconformismo diante de ordem recebida não manifestamente ilegal poderia ser apresentada de forma regulamentar mediante o disposto no art. 30 do RDPM – Preceitos de hierarquia e disciplina que não permitiam no caso o simples descumprimento da ordem recebida – Crime contra a autoridade e a disciplina militar – Recurso que não comporta provimento. (TJM/SP – 1ª Câm. – Apelação Criminal nº 6.544/12 – Rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira – J. 18.03.13);

5 ORDEM ILEGAL E DEVER DE CUMPRIMENTO DE ORDEM PELO SUBORDINADO

Como visto, no âmbito militar, onde a relação hierárquica-disciplinar é a viga mestra para sobrevivência da instituição militar, a ilegalidade da ordem não é obstáculo para o seu acatamento e execução, por parte do subordinado, desde que tal ordem não seja manifestamente criminosa.

Assim, o equivocado ditado de caserna que afirma que “ordem ilegal não se cumpre” deve ser afastado como se demonstrou diante do dever legal do subordinado de cumprir a ordem superior, pois, assim, age no estrito cumprimento do dever legal, devendo o jargão ser substituído por outro, mais restrito, qual seja, o de que “ordem manifestamente criminosa não se cumpre”.

Por outro lado, se o subordinado, quando receber uma ordem percebê-la obscura, deve, com acatamento, pedir ao superior os esclarecimentos necessários para o total entendimento de sua execução (como manda, por exemplo, a norma do § 1º do art. 10 do RDPM da PMESP – LC 893/01). Todavia, sendo clara a ordem superior, ainda que ilegal, cabe ao subordinado, diante do ordenamento jurídico vigente, o acatamento da determinação superior e o seu cumprimento, sob pena de incorrer em crime militar (art. 163 do CPM).

Importante esclarecer, entretanto, que esse cumprimento da ordem ilegal, por parte do subordinado, desde que não manifestamente criminosa,

não afasta, como dito, a previsão da representação, nos termos do Regulamento Disciplinar, conforme já reconhecido pelo TJM/SP:

quando reputar que a ordem foi ilegal, todavia, não manifestamente ilegal, deve se valer do instituto da representação contra o superior hierárquico (como por exemplo no caso do art. 30 do RDPM – PMESP – LC 893/01), mas, de forma alguma, pode deixar de cumprir o mandamento do superior hierárquico (TJM/SP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 6.544/12 – Rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira – j. 18.03.13, p. 4).

Note-se que, enquanto ao subordinado militar cabe-lhe o cumprimento da ordem superior legal ou ilegal (desde que não seja manifestamente criminosa), ao superior hierárquico, caberá a responsabilização pelo mandamento exarado ao subordinado, pois esse é o sistema adotado na legislação militar, o qual não permite que o subordinado questione a legalidade da ordem superior, o que causaria evidente prejuízo das múltiplas funções cabíveis à instituição militar que, em certos casos, como atividades emergenciais no policiamento, exigem o cumprimento imediato da ordem superior.

Ainda que, de forma temperada, admita-se que o subordinado possa questionar a legalidade da ordem superior, posto que não é um cego cumpridor de ordens, deve o militar a ela inteiro cumprimento, salvo se a ordem for manifestamente criminosa, sob pena de prática de crime militar (art. 163, CPM).

Com efeito, enquanto a obediência hierárquica, na seara militar, acarreta a exclusão da culpabilidade do subordinado que cumpre ordem direta do superior hierárquico em matéria de serviço, ainda que se trate de ordem ilegal; no âmbito civil, a exclusão da culpabilidade por obediência hierárquica incide apenas se se tratar de estrita obediência à ordem não manifestamente ilegal, de superior hierárquico. Logo, não se pode mesclar o dever de obediência pertinente ao militar com o dever de obediência

do civil, pois há risco, aí sim, de fomentarmos o dito (equivocado) de que “ordem ilegal não deve ser cumprida”.

Na atividade cotidiana do militar, seja nas Forças Armadas ou nas Polícias Militares, não raras vezes haverá a necessidade de o superior hierárquico determinar ao subordinado que atue em um ou em outro sentido e não seria aceitável que, em todas as oportunidades, o subordinado questionasse a forma como o superior emitiu a ordem ou o tipo de resultado buscado. Isto porque, agindo assim, provocaria o evidente colapso da atividade militar, vulnerando sua eficiência, já que cada sujeito tem sua própria percepção e sua própria interpretação dos fatos, segundo sua vivência, sua experiência e segundo as informações de que dispõe.

Na atividade militar ou policial-militar, a tomada de decisões e a adoção de posturas efetivas devem-se dar, geralmente, em compressão de tempo, de modo que a relutância do subordinado no cumprimento da ordem pode ocasionar a perda de vidas ou o dano irreparável a direitos de terceiros.

O TJM/SP teve a oportunidade de manifestar-se neste prumo, em caso de apelação contra absolvição de Oficial que se havia negado a cumprir ordem de seu superior em matéria de serviço, quando atuando em controle de tumulto, pois a entendia ilegal, porque contrária às regras dos regulamentos internos, sobretudo aqueles que versavam sobre o controle de distúrbios civis.

Naquela oportunidade, o relator do caso, eminente Juiz Cel PM Fernando Pereira, apontou que os argumentos apresentados pela defesa do Oficial não mereciam acolhimento e que deveria prevalecer o posicionamento externado em voto vencido que entendia que “o comandante da tropa, principalmente em situações de distúrbios civis, deve ter a segurança de que suas ordens serão cumpridas”.

Prosseguindo no seu voto, o relator ainda aduziu que:

Nesse sentido, mostra-se importante enfatizar que a utilização de “modus operandi” diverso do contido no manual nem sempre configura a prática de ato ilegal,

bem porque, por mais completo e detalhado que seja um manual editado com o objetivo de estabelecer determinados procedimentos, ele não tem o condão de prever todas as mais diversas situações passíveis de ocorrer na prática. [...]

Ainda que por hipótese fosse reconhecida a falta de bom senso na ordem transmitida ao apelado, a determinação não era manifestamente ilegal, o que obrigava naquele momento o seu devido cumprimento, não havendo como reconhecer no caso, em benefício do [Oficial], a excludente de culpabilidade prevista no artigo 38, § 2º, do CPM. [...]

Se o subordinado passar doravante a tomar para si o direito de interpretar a correção ou não da ordem, não manifestamente ilegal, transmitida por um superior hierárquico, avaliando a seu critério se ela deve ou não ser cumprida, a hierarquia e a disciplina, bases de uma Instituição militar, estarão gravemente atingidas. (TJMSP, 1ª Câmara, Apelação nº 0005109-37.2013.9.26.0040, rel. Juiz Cel PM Fernando Pereira, j. 04.02.2015)

É este, exatamente, o entendimento que se pretende firmar sobre o assunto.

6 CONCLUSÃO

Ante tudo que neste artigo anotamos, é de se concluir que o regime da exclusão da culpa com base na obediência hierárquica tem tratamento evidentemente diferente na Lei Penal Militar em relação ao Código Penal comum, justificável pela expressa distinção de regimes jurídicos dispensados aos funcionários civis e militares pela Constituição Federal.

O tratamento diferenciado reside no fato de que, enquanto no CP comum o funcionário civil responde pelo crime eventualmente praticado no cumprimento de ordem (juntamente com o emitente da ordem) manifestamente ilegal por vício em qualquer um de seus requi-

sitos, o militar, sob a regência do CPM, apenas responde por eventual crime se cumprir ordem manifestamente criminosa.

A ordem ilegal apresenta vício em qualquer um de seus elementos (competência, finalidade, forma, motivo, objeto), ao passo que na ordem manifestamente ilegal o vício é patente, visível, facilmente detectável por qualquer pessoa. Na ordem manifestamente criminosa, por sua vez, o vício concentra-se unicamente no seu objeto, que é a prática de um ilícito penal.

Não cabe ao militar, na caserna, analisar a legalidade da ordem sob os aspectos de fundo ou de forma, e bem por isso estará afastada a sua responsabilidade penal por eventual cometimento de crime decorrente de estrita obediência de ordem direta de superior hierárquico – desde que a ordem não seja manifestamente criminosa –, respondendo pelo resultado da ordem, *in casu*, unicamente o superior.

Nestes moldes, deve ser cumprida, por exemplo: a ordem de um cabo para que o soldado mude de equipe na escala (ordem ilegal porque falta ao cabo a competência); a ordem do Tenente para que o militar estacione a viatura em local proibido ou faça manobra de trânsito proibida (ordem ilegal por determinar a prática de infração administrativa de trânsito); a ordem dada pelo Comandante de Companhia para que o subordinado, embora regularmente habilitado pelo órgão de trânsito, assuma a condução de viatura para a qual não é habilitado pelo órgão competente da Instituição militar (ordem irregular por descumprir normatização internada da Corporação). Esses são alguns exemplos de ordens ilegais ou irregulares entre tantas outras que vemos rotineiramente emitidas, as quais invariavelmente são questionadas de forma equivocada pelo subordinado. Como vimos, em âmbito de caserna, não cabe ao militar subordinado questionar eventuais ordens ilegais de seu superior hierárquico – salvo as manifestamente criminosas –, porquanto, conforme a dicção do art. 38, “b”, do CPM, o militar não é culpado pelo crime que cometer em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

Portanto, diante de uma ordem ilegal de superior, em matéria de serviço, o militar subordinado deve cumpri-la para não prejudicar a

eficiência da atividade militar, sem prejuízo do superior responder pelo resultado daquele mandamento viciado.

Não se olvide que nos casos em que o subordinado constatar que a ordem é ilegal, manifestamente ilegal ou irregular, à luz do valor militar da lealdade assiste-lhe o dever de ao menos apontar a ilegalidade a seu superior. Mantendo este a ordem, deve o subordinado cumpri-la, restando-lhe a possibilidade de representar o seu superior à autoridade competente para vê-lo responsabilizado nos termos do regulamento disciplinar e do próprio CPM, se for o caso.

Entretanto, diante das vigas mestras da hierarquia e disciplina militares – ora fundamentos constitucionais das forças militares, imprescindíveis para preservação e manutenção da higidez das instituições castrenses –, bem como em razão das peculiaridades da vida de caserna, a ordem superior sempre deve ser cumprida pelo militar subordinado, ainda que seja uma ordem ilegal, mas desde que não seja manifestamente criminosa.

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral*. Curitiba: Juruá, 2004.

_____. *Curso de Direito Disciplinar Militar*. Curitiba: Juruá, 2012.

BADARÓ, R. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969 – Parte Geral – 1º Vol.* São Paulo: Juriscredi, 1972.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ, I. S.; MIGUEL, C. A. *Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- CUNHA, R. S. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.
- DINIZ, M. H. *Dicionário Jurídico Universitário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- JESUS, D. E. *Direito Penal*, Parte Geral, Vol. 1, Saraiva, 1985.
- _____. *Código Penal Anotado*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- FRAGOSO, C. H. *Lições de Direito Penal – A Nova Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- GOMES, L. F.; CUNHA, R. S. *Direito Penal*, Parte Geral. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO, R. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral. 17. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2015.
- LOBÃO, C. *Comentários ao Código Penal Militar*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.
- MARREIROS, A. A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar. Teoria Crítica & Prática*. São Paulo: Método, 2015.
- NETO, J. S. L. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 2010.
- NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ROSSETTO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 1. ed., São Paulo: RT, 2015.
- ROTH, R. J. *Sentença nos autos do Processo nº 34.945/03*. TJM/SP, 2006.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal*. Brasileiro. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Aplicabilidade da Lei de Organização Criminosa aos crimes militares

Vagner Magalhães Costa
Capitão da Polícia Militar da Bahia
Instrutor da Academia de Polícia Militar da Bahia

RESUMO: Consideram-se crimes militares as condutas enquadradas ao art. 9º do Código Penal Militar (CPM), combinadas à parte especial do mesmo Código. Diferentemente do crime comum, os delitos militares, para serem cometidos, vão além da tipificação da conduta ao tipo penal, necessário se faz a adequação da conduta ao art. 9º do CPM. Dessa forma, uma conduta enquadrada como crime de natureza militar pode, perfeitamente, ser introduzida na Lei 12.850/13 – Lei de Organização Criminosa – devido esta última legislação ser aplicada a todas as infrações penais, englobando as militares. Com essa elevação das condutas militares ao patamar de organização criminosa, aumenta também a atuação dos encarregados dos Inquéritos policiais militares que, exercem a função de autoridade de Polícia Judiciária Militar, colhendo mais possíveis elementos para obtenção de provas.

PALAVRAS-CHAVES: Crime militar. Organização criminosa. Polícia judiciária militar.

ENGLISH

TITLE: Applicability of the criminal organization act in military crimes

ABSTRACT: The expression military crimes are conducted within the art. 9º of the Military Penal Code (CPM), combined with the special part of the same code. Unlike common crime, military crimes, to be committed, go beyond the criminalization type of conduct, necessary if the conduct is adapted to art. 9th CPM. Thus, conduct framed as a crime of a military nature can perfectly be introduced in Law 12.850 / 13 - Criminal Organization Act – because the latter legislation applies to all criminal offenses, including the military as well. With this increase in military conduct to the level of criminal organization, there is also an increase in the performance of those in charge of Military Police Inquiries, who exercise the function of Military Judicial Police authority, gathering more elements to obtain evidence.

KEYWORDS: Military Crime. Criminal organization. Judicial Police military.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 2) – 2 O crime militar (p. 3) – 3 A Lei de Organização Criminosa (p. 6) – 4 Aplicação da Lei 12.850/13 aos crimes militares (p. 8) – 5 Atribuição da Polícia Judiciária Militar na Lei 12.850/13 (p. 12) – 6 Lei do Juízo colegiado e a Justiça Militar (p. 15) – 7 Conclusões (p. 16)

1 INTRODUÇÃO

Enquanto a legislação penal comum está a cada dia alargando seus tentáculos, atualizando-se as condutas provenientes da globalização, a legislação

penal militar continua restringindo-se apenas ao Código Penal Militar promulgado em 1969.

Diante desse cenário, é óbvio afirmar que a Justiça Militar entrará (ou já entrou) num forte processo de desestruturação, tornando-se inútil ao perder espaço para a Justiça Comum que, aos poucos vai abarcando os delitos militares em espécie como ocorreu com os crimes dolosos contra a vida, abuso de autoridade, porte ilegal de armas.

Analisando as formas como os delinquentes vêm-se aperfeiçoando nas práticas das condutas delituosas, surge de pronto a Lei de Organização Criminosa e a grande inovação trazida por esta legislação no combate ao crime organizado. Por isso, a Justiça Militar não pode se furtar de utilizar os dispositivos da Lei 12.850/13 nas investigações dos crimes militares que, porventura, enquadrem-se na citada lei.

Dessa forma, o presente artigo pretende iniciar uma discussão sobre a possibilidade de introdução da Lei 12.850/13 nas práticas de organizações criminosas no âmbito da Justiça Militar.

Inicialmente, será demonstrado como o crime militar pode ser identificado com todas as variáveis presentes no art. 9º do Código Penal Militar, seguindo da apresentação dos requisitos presentes para enquadramento da conduta à Lei de Organização Criminosa.

Posteriormente, será debatida a possibilidade de aplicação da Lei de Organização Criminosa nos crimes militares, culminando com a atuação da Autoridade de Polícia Judiciária Militar nos delitos militares sob a luz da Lei 12.850/13.

2 O CRIME MILITAR

Na maioria dos casos, apenas o enquadramento da ação humana ao tipo penal, passando pelas etapas do fato típico, antijuridicidade e culpabilidade, não é o bastante para constatar a presença de um crime militar.

Neves e Streinfinger (2012, p. 399) afirmam que existem três passos para configurar a tipicidade de um crime militar. “O fato praticado está

previsto na Parte Especial do Código Penal Militar (CPM)?”; “Há previsão das circunstâncias do crime em um dos incisos do art. 9º do CPM?”; e “O sujeito ativo do crime pode ser processado e julgado pela Justiça Militar que apreciará o delito?”

O primeiro quesito é fácil de ser solucionado, pois depende apenas de identificação na legislação penal militar da conduta perpetrada.

O artigo 9º do CPM estipula quais são os crimes militares em tempo de paz. Na leitura do inciso primeiro, reside a assertiva de que todos os crimes previstos na legislação penal militar que não tenham previsão ou definição de modo diverso na lei penal comum são considerados militares.

O inciso segundo faz algumas ressalvas sobre os crimes previstos no CPM e com igual definição na lei penal comum, especificando cada situação em alíneas.

A alínea “a” aduz que considera delito militar aquele praticado por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado.

Por militar em situação de atividade, entende ser aquele que está na ativa, ou seja, não está na inatividade (reserva ou reforma), independente de estar de folga ou em serviço. Já a definição de assemelhado tem previsão no artigo 21 do CPM. “Art. 21. Considera-se assemelhado o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento”. (GRECO, 2013, p. 2946)

Assim, comete o crime previsto na alínea “a” do art. 9º do CPM o militar da ativa que pratica uma conduta delitiva prevista na lei penal militar contra outro militar da ativa. A figura do assemelhado não existe mais na atual legislação militar, pois essa figura surgiu com o advento da Constituição de 1934, entretanto com a vigência do Decreto 23.203, de 18 de junho de 1947, o qual revogou alguns dispositivos do antigo Regulamento disciplinar do Exército, os funcionários civis deixaram de estar sujeitos à disciplina militar.

A alínea “b” traz os crimes praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil. Nesse inciso,

comete o crime o militar da ativa, já que a figura do assemelhado não existe, só que desta vez contra militar inativo ou civil.

Lugar sujeito à administração militar é aquele que integra o patrimônio das instituições militares ou, sob sua administração, é o local em que as instituições militares desenvolvem suas atividades, como quartéis, navios e aeronaves militares, estabelecimentos de ensinos militares, campos de treinamento, etc. (CRUZ e MIGUEL 2008, p. 43)

Na alínea “c” configura crime militar, aqueles praticados 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. Mais uma vez figura no polo ativo o militar em situação de atividade, porém há ressalva quanto à condição de serviço, ou seja, o militar além de permanecer na ativa, deve estar exercendo uma função do cargo militar. A atuação em serviço engloba tanto a comissão quanto a formatura.

A alínea “d” engloba o crime perpetrado por militar durante o período de manobras, ou exercício contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil. O conteúdo dessa alínea se aplica à mesma explicação da alínea anterior.

A alínea “e” traz em seu bojo os crimes praticados por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar. O patrimônio sob a administração militar engloba tanto os bens pertencentes às instituições militares, quanto aqueles que estejam sob administração por determinação de lei. A ordem militar é atingida quando o prestígio moral da administração militar é abalado.

O inciso terceiro do artigo 9º refere-se aos crimes militares cometidos por militares da reserva ou reformado, ou civil, contra as instituições militares.

No tocante ao terceiro quesito proposto (O sujeito ativo do crime pode ser processado e julgado pela Justiça Militar que apreciará o delito?), percebe-se que há algumas ressalvas, como no caso de o autor do crime for um menor de dezoito anos, pois a própria Constituição/88 estipula a maioria penal aos dezoito anos, não podendo, portanto uma norma infraconstitucional confrontá-la.

Os crimes militares cometidos por civil contra a administração militar estadual, apesar de serem enquadrados como militares, não poderão ser julgados pela Justiça Militar, devido a uma vedação constitucional quanto a civis serem julgados perante essa justiça, podendo apenas ser julgados pela Justiça Militar Federal.

Isto posto, todos os militares federais, da ativa, reserva ou reformado e os civis poderão ser processados e julgados pela Justiça Militar da União, já no que concerne à Justiça Militar Estadual, apenas os militares poderão ser julgados e processados, sejam da ativa, reserva ou reforma.

Para identificar se a conduta realizada por uma pessoa enquadra-se como delito militar, é necessário confirmar os três quesitos propostos. Caso positivo, pode-se afirmar que se trata de um crime militar, mas na hipótese de apenas um dos quesitos ser negativo não haverá a existência de um crime de natureza militar.

3 A LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Com a promulgação da Lei 9.034 em 1995, regulou-se a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por quadrilha ou bando e organizações ou associações criminosas. Entretanto, essa lei falhou ao não trazer em seu bojo o conceito de organização criminosa, levando a doutrina a adotar o conceito trazido pela Convenção de Palermo.

O art. 2º da Convenção de Palermo carrega o conceito de organização criminosa, a saber: Grupo criminoso organizado: grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando corretamente

com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Boa parte da doutrina entendeu que o conceito de organização criminosa, presente na Convenção de Palermo, era muito genérico e violava o princípio da taxatividade, além de que uma definição abarcada numa convenção rege apenas as relações entre o Estado e o Direito Internacional, não tendo o condão de legislar sobre o direito interno. Em assim sendo, os princípios da soberania e da democracia estariam violados.

Na visão de Lima (2015), admitir o conceito de organização criminosa extraído de um tratado internacional implicaria numa evidente violação do princípio da legalidade na garantia da *lex populi*, haja vista que a lei que cria ou amplia o *ius puniendi* do Estado brasileiro deve, obrigatoriamente, ser emanada do Poder Legislativo, como expressão da vontade geral.

Destarte, o STF, em três julgamentos que tratavam da existência de organização criminosa, HC 96.007/SP e ADI 4.414/AL em 2012 e HC 108.715/RJ no ano de 2013, entendeu que as condutas praticadas seriam atípicas, devido à inexistência, à época, de um conceito legal para organizações criminosas, em respeito ao princípio da anterioridade da lei, pois não considerou o conceito extraído da Convenção de Palermo.

Diante do posicionamento do STF, restou ao Congresso Nacional a criação da Lei 12.694/12, a qual tratava da instituição do juízo colegiado para os julgamentos dos delitos perpetrados por organizações criminosas, trazendo, em seu art. 2º, um novo conceito de organização criminosa:

Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

O conceito de organizações criminosas incorporado ao ordenamento jurídico pela Lei 12.694/12 teve vida útil curta, devido ao advento da Lei 12.850/13, a qual, além de definir organização criminosa, passou a dispor sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

O Art. 1º, § 1º da Lei 12.850/13 – Lei da Organização Criminosa – preceitua que:

Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

4 APLICAÇÃO DA LEI 12.850/13 AOS CRIMES MILITARES

De acordo com o pensamento de Lima (2010, p. 104), “[...] tanto a Justiça Militar da União quanto a Justiça Militar dos Estados só tem competência para processar e julgar os crimes militares.” Como visto anteriormente, os crimes militares são aqueles tipificados no art. 9º do Código Penal Militar, então será que é possível aplicar a Lei 12.850/13 aos crimes militares?

Analisando a exposição de motivos do Código de Processo Penal Militar – Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969 – percebe-se, nitidamente, a existência da possibilidade de aplicação de outras leis especiais no foro militar, conforme consta no item 4:

As normas processuais do Projeto não excluem nem elidem as constantes de lei especial relativa à repressão dos crimes contra a segurança nacional, das quais, todavia, são subsidiárias, pela forma nelas estabelecidas. Houve o propósito de fazer do Código de Processo Penal Militar uma lei de caráter permanente, per-

mitindo, porém, que, sem modificação das suas linhas estruturais, outras leis de natureza especial possam ter vigência no foro militar. (GRECO, 2013, p. 332)

Corroborando com essa possibilidade de aplicação de normas especiais ao foro militar, o Código de Processo Penal Militar (CPPM) também traz essa possibilidade em seu art. 1º – “O processo penal militar reger-se-á pelas normas contidas nesse Código, assim em tempo de paz como em tempo de guerra, salvo legislação especial que lhe for estritamente aplicável”, bem como no art. 3ª, alínea a – “Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar”. (GRECO, 2013, p. 337)

Presente a receptividade do Código de Processo Penal Militar perante a aplicação de leis especiais na Justiça Militar, cabe aferir se a Lei 12.850 traz dispositivos que permitam sua aplicação nos delitos militares.

Torna-se imperioso identificar as características da organização criminosa.

Assim, como elementos caracterizadores de organização criminosa temos a associação de quatro ou mais pessoas, a organização e distribuição de tarefas, mesmo que informal, o intento de obtenção de vantagem de qualquer natureza, e a pena máxima superior a quatro anos das infrações penais praticadas no bojo da organização, ou transacional, qualquer que seja a pena. (NEVES, 2014, p. 247)

O primeiro elemento caracterizador da organização criminosa é a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas, devendo haver estabilidade ou permanência, como bem afirma Lima (2015), ao concluir que a estabilidade e a permanência devem funcionar como elementares implícitas do crime de organização criminosa, não se admitindo qualquer coparticipação ou eventual acordo de vontades para cometimento de delito.

Essa associação de 4 (quatro) ou mais pessoas além de ser permanente, deve também ter estrutura ordenada caracterizada pela divisão de

tarefas, para fins de obtenção de vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais com pena máxima superior a 4 (quatro) anos.

Destaca-se dentre os outros elementos caracterizadores a expressão “infrações penais”, podendo incluir tanto os crimes quanto as contravenções penais, entretanto, como não há contravenção penal com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, a expressão refere-se apenas aos crimes.

Lima (2015) afirma que, como o legislador não fez ressalva quanto ao art. 1º, § 1º da Lei 12.850/13, a expressão “infrações penais” se refere aos crimes comuns, crimes eleitorais e crimes militares, podendo, inclusive, ser aplicados os meios de obtenção de prova no âmbito da Justiça Militar.

Nessa mesma esteira, Neves (2014) assevera que a Lei 12.850/13 não se utiliza de rol taxativo para definir os crimes praticados pelas organizações criminosas, apenas enumerando características, não excluindo, dessa forma, os crimes militares, podendo admitir, como medidas de polícia judiciária militar, as enumeradas no art. 3º da Lei 12.850/13.

Entendendo que a Lei 12.850/13 pode ser aplicada aos crimes militares, surge um questionamento quanto à participação de civil na organização criminosa formada para praticar delitos militares. Para melhor exemplificar, imagine um caso hipotético de uma organização criminosa composta por 2 (dois) policiais militares do Departamento de Pessoal da corporação e 2 (dois) civis da Secretaria de Administração do Estado, com a finalidade de cometer o crime de concussão tipificado no art. 305 do Código Penal Militar, exigindo vantagem indevida de militares que dão entrada no processo de reserva, para poder dar seguimento aos procedimentos da aposentadoria dos militares, tendo aqueles que não se submetem a exigência demorando mais tempo para publicar a reserva, devido a perda do prazo de validade das certidões negativas que são juntadas aos autos.

Como apenas a Justiça Militar Federal possui competência para julgar e processar civil, conclui-se que os servidores da Secretaria de Administração do Estado não poderão ser processados pela Justiça Militar Estadual, dessa forma o crime de organização criminosa ficará descaracterizado pela ausência do requisito do número de pessoas, pois como o civil não

comete crime militar na esfera estadual, o número de componentes passa a ser apenas três.

Esse é o entendimento do STJ ao editar a súmula n.º 90: Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e a comum pela prática do crime comum simultâneo àquele. (Súmula 90, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 21/10/1993, DJ 26/10/1993).

PROCESSUAL – CRIMES DE ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 157, § 2º, INCS. I, II E V), PRATICADOS POR POLICIAL MILITAR UTILIZANDO, SUBVERSIVAMENTE, DE AMPLO ESPECTRO DE SUAS ATRIBUIÇÕES LEGAIS – COMPETÊNCIA ABSOLUTA RATIONE PERSONAE – CONEXÃO – CO-AUTORIA ENTRE MILITAR E CIVIL NA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO – ART. 79, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAR E JULGAR O MILITAR E DA JUSTIÇA COMUM PARA PROCESSAR E JULGAR O CIVIL (STJ, SÚM. 90) – PRECEDENTE DESTA CÂMARA – NULIDADE DECRETADA, A PARTIR DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA, INCLUSIVE, EM RELAÇÃO AO MILITAR – SEPARAÇÃO DO PROCESSO – REMESSA À JUSTIÇA MILITAR. PROCESSUAL – COLIDÊNCIA DEFENSIVA – INOCORRÊNCIA DE ACUSAÇÕES MÚTUAS – ANTAGONISMO INEXISTENTE – DEFENSOR DATIVO QUE EXERCEU EFICIENTEMENTE A DEFESA DO ACUSADO – PREJUÍZOS NÃO CARACTERIZADOS – NULIDADES REJEITADAS – MATÉRIAS, ADEMAIS, EXTEMPORÂNEAS – PRECLUSÃO. CRIMES DE ROUBOS TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 157, § 2º, INCS. I, II E V) – CONFISSÃO JUDICIAL, CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONTIDOS NO PROCESSO – SENTENÇA MANTIDA. PENA-BASE – FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PARCIALMENTE DESFAVORÁVEIS QUE JUSTIFICAM O AGRAVAMENTO – MANUTENÇÃO – REINCI-

DÊNCIA COMPROVADA – MAJORAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) PELA CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA CORRETAMENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEFENSOR NOMEADO PARA APRESENTAR AS RAZÕES DE APELAÇÃO – DEFERIMENTO – LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/97 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Grifo nosso)

(TJ-SC – APR: 177378 SC 2006.017737-8, Relator: Iri-neu João da Silva, Data de Julgamento: 20/03/2007.

5 ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NA LEI 12.850/13

O art. 3º da Lei de Organização Criminosa elenca o rol dos meios de provas permitidos durante a investigação dos crimes contidos nessa legislação, a saber: colaboração premiada; captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; ação controlada; acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11; e cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Percebe-se de imediato que a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas e o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal são regulados por legislação específica, não havendo detalhes de sua execução na Lei 12.850/13.

Quanto aos demais meios de provas, encontra-se no texto da lei de Organização Criminosa todo procedimento de efetivação.

A colaboração premiada é uma técnica em que o coautor além de confessar sua participação no delito, fornece informações ao Ministério Público e Oficial encarregado do Inquérito Policial Militar (IPM), queaju-

darão a solucionar o crime. Na lei de Organização Criminosa, há vários dispositivos que fazem alusão a figura do Delegado de Polícia, levando-se a crê que apenas Delegados podem participar da elaboração dos termos da colaboração premiada.

Todavia, essa parece ser uma atecnia do legislador, tendo em vista que o § 1º do art. 1º da Lei 12.850/13, quando traz o conceito de organização criminosa, faz referência apenas a prática de infrações penais, englobando, dessa forma, tanto os delitos comuns, quanto os militares e os eleitorais, sendo impossível a atuação do Delegado de Polícia, por força constitucional, nas investigações de crimes militares: CF/88 – Art. 144, § 4º, “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. (grifo nosso)

Portanto, nos dispositivos presentes na Lei de Organização Criminosa que fazem menção à figura do Delegado de Polícia, quando se tratar da prática de delitos militares, deve-se substituí-lo pelo Oficial encarregado do Inquérito Policial Militar, exercendo a função de autoridade de Polícia Judiciária Militar.

A atuação da Polícia judiciária militar na captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos deve ser precedida de autorização judicial. Entretanto, há possibilidade de a captação prescindir de autorização judicial nos casos de captação de conversa alheia mantida em lugar público ou quando a gravação da conversa é realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

UTILIZAÇÃO COMO PROVA, DE GRAVAÇÃO DE DIÁLOGO TRANSCORRIDO EM LOCAL PÚBLICO, SEM ESTAR EM CAUSA A PROIBIÇÃO CONSTANTE DO INCISO XII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO, OCORRENDO ADEMAIS – FORA DESTA GRAVAÇÃO – ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. 2. FALTA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO, PARA A DEFESA PRELIMINAR PREVISTA NO ART. 514 DO CÓD. PROC. PENAL. NULIDADE

QUANDO MUITO RELATIVA E DESACOMPANHADA DA INDISPENSÁVEL DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 3. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 89 DA LEI Nº 9.099-95, REPELIDA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL (HC 74.305, SESSÃO DE 11/12/96). (STF – HC: 74356 SP, Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI, Data de Julgamento: 10/12/1996, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 25-04-1997 PP-15201 EMENT VOL-01866-03 PP-00593)

A ação controlada é um atraso na intervenção policial para alcançar o melhor momento para obter a prova do delito, desde que haja observação e acompanhamento, bem como prévia comunicação ao juiz. Dessa forma, não há de se falar em autorização judicial para deflagração da ação controlada, basta o oficial encarregado informar imediatamente ao magistrado quando do início da ação.

Assim como a ação controlada, o acesso aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito também não precisa de autorização judicial prévia, tratando-se apenas de dados cadastrais concernentes à qualificação pessoal do investigado.

Diferentemente dos dois anteriores, a infiltração de policiais necessita de autorização judicial, além de demonstração da necessidade da medida, o alcance das tarefas dos agentes e, quando possível, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e o local da infiltração.

Na visão de Lima (2015, p. 572),

em se tratando de crime militar, a atribuição para a infiltração deverá recair sobre a autoridade de polícia judiciária militar, a quem compete determinar a instauração de inquérito policial militar (IPM), seja no âmbito das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiros, nos crimes da alçada da Justiça Militar

Estadual, seja no âmbito do Exército, da Marinha ou da Aeronáutica, em relação aos crimes militares de competência da Justiça Militar da União.

6 LEI DO JUÍZO COLEGIADO E A JUSTIÇA MILITAR

Entendendo que a Lei 12.850/13 pode ser aplicada nos crimes militares, deve-se, concomitantemente, analisar a possibilidade de aplicação da Lei 12.694/12 – Lei do Juízo Colegiado para julgamento de crimes praticados por organizações criminosas – aos delitos militares também, haja vista que uma lei está diretamente ligada a outra.

De acordo com o § 1º, art. 1º da Lei 12.694/12, o juiz poderá instaurar o colegiado, indicando os motivos e as circunstâncias que acarretam risco à sua integridade física em decisão fundamentada, devendo o colegiado ser instaurado para os atos de decretação de prisão ou de medidas assecuratórias, concessão de liberdade provisória ou revogação de prisão, sentença, progressão ou regressão de regime de cumprimento de pena, concessão de liberdade condicional, transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima e inclusão do preso no regime disciplinar diferenciado.

A escolha dos dois juízes que comporão o colegiado é realizada por sorteio eletrônico. Na Justiça Militar essa formação do colegiado parece algo sanado desde o nascedouro do IPM, tendo em vista a existência dos Conselhos de Justiça.

O Conselho de Justiça é um colegiado de juízes formado para julgar oficiais e praças das forças Armadas ou das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, composto por um Juiz de Direito e mais quatro oficiais militares que exercem a função de juízes militares, com o mesmo poder decisão do Juiz togado.

Os Conselhos de Justiça, na esfera estadual, julgam e processam apenas os crimes militares praticados por militares contra militares, quando o delito é perpetrado contra civil, a competência para julgar é do Juízo monocrático, conduzido pelo Juiz de Direito.

Esse seria o grande empecilho da utilização do Conselho de Justiça militar estadual, pois a Constituição Federal de 1988, veda o julgamento dos crimes militares cometidos contra civil.

Art. 125, § 5º, CF/88 – 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.

Em relação à Justiça Militar Federal não há óbice quanto à competência do Conselho de Justiça, podendo este atuar de forma plena em qualquer processo envolvendo organização criminosa nos crimes militares.

7 CONCLUSÕES

O alargamento da atuação da Justiça Militar é, hodiernamente, essencial para sobrevivência dessa Justiça castrense, mas essa provocação para ampliação dos horizontes deve partir dos próprios operadores do Direito atuantes na esfera militar.

Papel crucial possui as autoridades que exercem a atividade de Polícia Judiciária Militar, pois quase todas as demandas da Justiça Militar são provenientes da instrução de um Inquérito Policial Militar e consequente denúncia Ministerial. Caso os oficiais responsáveis por tais investigações e os membros do Ministério Público Militar não tomem a iniciativa de aprofundar suas investigações, adotando medidas além do Código Penal Militar quando pertinentes, acessando as leis extravagantes, elevando as discussões dos nossos tribunais, a tendência é a mitigação da atuação da Justiça Militar a cada ano.

O legislador geralmente não se lembra da Justiça Militar quando da confecção de uma norma, entretanto, assim como não faz menção à Justiça Militar, também não a exclui de sua aplicação, deixando o campo

aberto para atuação da Justiça castrense, como se observa claramente na Lei de organização criminosa.

A aplicação da Lei de organização criminosa nos delitos militares é muito importante, devido à diversidade dos meios de obtenção de provas que estão ao alcance dos encarregados de IPM, bem como do Ministério Público Militar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Brasília, DF < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: 24 jul. 2017.

CRUZ, I. S. MIGUEL, C. A. *Elementos de Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRECO, R. *Vade mecum penal e processual penal*. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LIMA, R. B. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: JusPodivm, 2015.

NEVES, C. R. C. *Manual de direito processual penal militar: em tempo de paz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, C. R. C. STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Pantaleão e as visitadoras: análise sócio-jurídica do livro de Mário Vargas Llosa

Luiz Felipe Carvalho Silva
Promotor de Justiça Militar

Na América hispânica a ditadura é, ao mesmo tempo, a forma de governo mais freqüentemente praticada e a mais fundamentalmente desprovida de legitimidade. Sendo assim, não é surpreendente que o exame das raízes históricas das ditaduras hispano-americanas tenha sido tão amiúde.¹

RESUMO: O presente artigo tem o intento de analisar, de maneira crítica, as reflexões sócio-jurídicas imbuídas no livro publicado por Mario Vargas Llosa, em 1974, *Pantaleão e as Visitadoras*, em especial àquelas relacionadas às instituições militares. Em seu romance, Mario Vargas Llosa utiliza-se da comédia, por vezes ácida, para, através de um serviço bastante inóspito dentro do exército peruano, criticar a instituição militar, que dominou a América Latina nos idos da década de 1970, e outros aspectos sociais intrínsecos à cultura latino-americana.² O livro, apesar de ser carregado de humor, traz em si uma reflexão acerca do refolho da máquina militar que governou a América Latina, em meados do século passado, em diversos

¹ DONGHI, T. H. Dictaduras hispanoamericanas en perspectiva historica. In: SOSNOWSKI, S., comp., *Augusto Roa Bastos y la producción cultural americana*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 1986, p. 24.

² Nos dizeres de Veliz, *apud*, IANNI, O. *A questão nacional na América Latina*. Estud. av. vol. 2, n.1, São Paulo, jan./mar. 1988: “a proliferação de regimes autoritários ‘não é uma aberração moral ou política, mas a manifestação de um estilo de comportamento político, uma disposição secular da sociedade latino-americana’”.

países, sob a égide de um moralismo impávido. Reflete, ainda, acerca da facilidade com que um falso guia religioso arrebanha as massas, e do poder da mídia populista, tendenciosa, sensacionalista e manipuladora. Faço coro às vozes que afirmam ser, assim como García Marquez, Vargas Llosa um cânon que escreve da América Latina para a América Latina, e deste modo, verdadeiro.

PALAVRAS-CHAVES: Arte e Direito. Moral e ética. América Latina. Tecnicismo Acrítico.

ENGLISH

TITLE: “Pantaleão e as visitadoras”: social and juridical analysis of the Mario Vargas Llosa’s book

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the reflections of Mario Vargas Llosa’s book, from 1974, *Pantaleão e as Visitadoras*, especially the criticism of the military. In his novel, Llosa uses ironic comedy, to show us something very unusual about the Peruvian Army, to criticize the military from the 70’s who dominated Latin America, and to show other social cultural aspects from Latin America. The book, besides its humor, reflects deeply about the military and moral attitudes abound. It talks about a religious guide who convinces the crowd to follow him, and the power of the media and its problems with manipulation and sensationalism. Llosa writes from Latin America to Latin America and in that way shows the truth.

KEYWORDS: Law and art. Moral and ethic. Latin America. Uncritical technicality.

SUMÁRIO

1. Introdução (p. 3) – 2. O livro (p. 5) – 3. Análise (p. 6) – 3.1 Breve enquadramento histórico das ditaduras latino-americanas (p. 6) – 3.2 Moral e ética, um exercício nos imperativos categóricos e hipotéticos (p. 7) – 3.3 O tecnicismo acríptico (p. 11) – 4. Conclusão (p. 13).

1 INTRODUÇÃO

A importância de associarmos a Arte e o Direito tem ganhado forma e contornos substanciais. Diversos filmes e livros trazem consigo críticas sociais, carregadas de cunho jurídico e filosófico.

No pensamento de Schwartz e Macedo³:

estabelecer as relações entre Direito e Arte pode contribuir para a superação da percepção do Direito como elemento isolado da sociedade. O Direito & Literatura é, portanto, a resposta para a questão inicial: pode o Direito ser Arte? Por intermédio de seu método de abordagem (Direito na Literatura, Direito como Literatura e Direito da Literatura) consegue-se verificar que houve uma (re) descoberta entre Direito e Arte, tornando-se credível o uso de critérios e conceitos artísticos para a compreensão e análise do Direito. Dessa forma, metáforas e narrativas constituem-se em elementos aceitáveis na explicação de idéias [sic] e paradigmas jurídicos.

Ainda, conforme nos ensina Godoy⁴, em excelente artigo intitulado Direito e Literatura:

³ SCHWARTZ, G.; MACEDO, E. H. Pode o Direito ser Arte? Respostas a Partir do Direito & Literatura. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. *Anais do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 1013-1031. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/ma-naus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf>. Acesso 1º jun. 2017.

⁴ GODOY, A. M. Direito e Literatura. *Revista CEJ*, Brasília, v. 7, n. 22, p. 133-136, jul./set. 2003.

A tradição literária ocidental permite abordagem do Direito a partir da arte, em que pese a utilização de prisma não-normativo. Ao exprimir visão do mundo, a Literatura traduz o que a sociedade pensa sobre o Direito. A literatura de ficção fornece subsídios para compreensão da Justiça e de seus operadores.

Por fim, lecionam-nos Canhada e Oliveira⁵, ao citar os ensinamentos do filósofo francês Gilles Deleuze: “a arte, a filosofia e a ciência são disciplinas em constante relação, todas são atividades criadoras por sua própria natureza”.

Deste modo, com o objetivo de estabelecer esta realidade criadora, a análise da Arte e do Direito, propomos uma reflexão de cunho sócio-jurídico ao livro do afamado Mario Vargas Llosa, *Pantaleão e as visitadoras*. De se ressaltar que escolhemos uma obra que bem reflete a realidade vivenciada pela América Latina, nas calendas ditatoriais, e que ecoa, até os dias de hoje, como uma voz abafada pelos esquecimentos do tempo.

Assim, este trabalho busca realizar uma análise epistemológica, e, por que não dizer, ontológica, nas reflexões que escorrem das instituições militares à época da ditadura no eixo latino-americano, bem como estabelecer elementos de ligação entre os imperativos kantianos, valoração ética e moral e ausência de criticidade do tecnicismo autômato (ausência de autonomia de vontade).

Em apertada síntese, procurar-se-á demonstrar breve resumo do livro, no qual será dado destaque aos elementos nucleares da obra e aqueles que melhor propiciam uma análise à luz dos preceitos éticos e morais. Desenvolveremos uma análise que utilizará como suporte os instrumentos teóricos propiciados pela teoria Kantiana.

Importante consignar que não refletimos acerca dos ideários de justiça que se contrapõe à mídia sensacionalista, bem como deixamos de enle-

⁵ CANHADA, D. I. D.; OLIVEIRA, S. A. “Pantaleão e as Visitadoras”: Análise Sócio-Organizacional do Filme Peruano Baseado no Livro de Vargas Llosa. In: *II Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração*. Florianópolis, 2012. Disponível em: <<http://coloquioepistemologia.com.br/site/wp-content/uploads/2013/05/SOC100.pdf>> . Acesso em: 1º jun. 2017.

var alguns pontos acerca de questões de cunho religioso no presente trabalho. Assim o fizemos, por entender que cada ponto de crítica estabelecida por Vargas Llosa mereceria um trabalho próprio para suas reflexões.

2 O LIVRO

Pantaleão e as Visitadoras é um livro que trata de uma missão ultrassecreta do exército peruano dada a um recém-condecorado capitão numa cidade longínqua, no meio da selva amazônica, Iquitos.

A missão é: a fim de evitar estupros por parte dos soldados das tropas lá instaladas, contra as índias e mulheres de pescadores locais, e para não ficar difamado por seus recrutas, o exército coloca o competente Capitão Pantaleão Pantoja para levar prostitutas até os pelotões e guarnições, e, assim, atender a estes ávidos militares isolados no meio da grande floresta.

Daí surge o Serviço de Visitadoras para Guarnições, Fronteiras e Afins. Pantaleón Pantoja, o recém-capitão, que tem o comportamento exemplar e passa para a sociedade a imagem que o exército cria sobre si mesmo, ou seja, disciplinado, burocrata e moralista, vê-se na difícil situação de ter que executar essa missão, sem que sua mãe e sua esposa, que moram junto com ele, saibam a real natureza de seu trabalho.

O protagonista é um militar altamente disciplinado, dotado de grande eficiência administrativa, que começa a estudar o tempo de cada “serviço” e, vendo que a quantidade de mulheres não é suficiente, logo começa a construir um esquema gigantesco de prostituição, com direito a uniforme, hino, bandeiras e hierarquização.

Pantoja, antes de iniciar a estruturação necessária ao cumprimento de sua missão, solicita informações minuciosas aos oficiais sobre as preferências relativas ao serviço a ser prestado. Baseado nessas respostas, monta um relatório conciso e detalhado – a média de “atendimentos” esperada; a capacidade real de “atendimento” de cada visitadora; o tempo médio de atendimento esperado; o período disponível das visitadoras; o tipo de serviço prestado; as acomodações necessárias; a elegibilidade dos soldados ao

serviço; a forma de pagamento – que, pasme-se, se efetiva por meio de desconto automático do soldo em folha de pagamento; entre outras informações.

Nesta esteira, não bastassem os problemas que se desenvolvem com a estruturação do serviço, *de per si*, Pantaleão tem que lidar com militares, de dentro do exército, que não concordam com o serviço de Visitadoras; com pessoas da cidade querendo lucrar a troco de chantagem; militares das outras Forças Armadas (Marinha e Aeronáutica peruanas) exigindo a extensão dos préstimos do serviço; e, de complemento, esconder tudo isso de sua mãe e de sua esposa.

Paralelamente às desventuras de Pantaleão, outros aspectos são analisados e relevados nesta brilhante obra, como um serviço da Rádio Local – La Voz Del Sinchi, que goza de grande prestígio entre a população, mas cujo interlocutor demonstra ser desonesto e altamente corrupto; e o despontar de um novo líder religioso, que angaria, em todas as cidades pelas quais transita, milhares de fiéis fanáticos, em uma religiosidade bestial, misturando um canibalismo selvagem e rituais católicos em seus serviços culturais.

3. ANÁLISE

3.1 Breve enquadramento histórico das ditaduras latino-americanas

Em meados das décadas de 1960 e 1970, os militares subiram ao poder em vários países da América Latina, como Argentina, Chile, Paraguai, Uruguai, Bolívia, Peru e Brasil, e oficializaram repressões com vistas a lutar contra a “subversão comunista” e reprimir os seus opositores.

Os governos militares latino-americanos mantinham entre si um canal de comunicação, em que os contatos eram efetivados com o objetivo de expurgar todo tipo de oposição. Com isso, tem-se a criação da Operação Condor, uma aliança instituída por tais regimes com a intenção de

perseguir esquerdistas, antipatriotas e guerrilheiros – aliança apoiada pelos Estados Unidos.

A perseguição política, a tortura e a censura às liberdades individuais foram integralmente incorporadas a esses governos autoritários que se estabeleceram pelo uso da força. Dessa forma, os clamores por justiça social que ganhavam espaço no continente foram brutalmente abafados nessa nova conjuntura.

Em Abril de 1976, surge a primeira manifestação do movimento argentino das Mães da Praça de Maio, na cidade de Buenos Aires, denunciando os “campos de concentração” e os “desaparecimentos forçados”, e que ganhou coro e suporte de vários países por todo o mundo.⁶

3.2 Moral e ética, um exercício nos imperativos categóricos e hipotéticos

Neste ponto, gostaríamos de entabular um exercício entre a moral e a ética, que permearam as decisões militares nos anos que se seguiram às ditaduras na América Latina, trazendo à luz reflexões acerca de imperativos hipotéticos e categóricos; e acerca de uma ética substancial em contraponto a uma ética meramente formal.

O grande problema que vislumbramos nas atitudes do Capitão Pantaleão, e que refletem a maneira militar de administrar, ao tempo da ditadura, baseia-se, justamente, na ausência, quase que total, de senso crítico – que em certo nível seria indispensável aos militares – a ponto de não se perceber que por trás da aparente seriedade e responsabilidade militar (moralismo impávido), houve a necessidade de agir por intermédio de meios sibilinos; seja para manter um serviço de visitadoras, como retratado por Vargas Llosa, seja para manter-se no poder do Estado, a qualquer custo, como visto pela América Latina na segunda metade do século XX.

⁶ ALVES. A. C. *Madres de la Plaza de Mayo são patrimônio da América Latina*. Disponível em: <[http://www.latinoamericano.jor.br/artigo madres de mayo.html](http://www.latinoamericano.jor.br/artigo%20madres%20de%20mayo.html)>. Acesso em: 2 jun. 2017.

Iniciando a reflexão acerca da ética que tangencia as atitudes de nosso protagonista, Pantaleão, ressaltamos a existência de dois comandos éticos opostos, o respeito à hierarquia e à disciplina militares de um lado, e o dever de prestar um serviço íntegro de outro (aqui, admitimos ser a integridade derivada de comandos morais da sociedade).

Surge então a ideia, a partir das reflexões trazidas à baila por Llosa, de que o militar não estaria adstrito ao comando ético substancial, que se rege segundo os valores morais que carregam aquela conduta. Antes, esva- zia-se de qualquer sentimento vinculado àquele ato – não há lugar para o debate, e acata as ordens conforme os comandos de hierarquia e disciplina militares, por pior que sejam os resultados em níveis morais.

Nascem, necessariamente, da discussão entabulada, as ideias dos imperativos categóricos e hipotéticos de Kant. Para este filósofo, a morali- dade fundamenta-se em si mesma, e é a expressão de pilar inicial. Indica um dever de forma categórica, ou seja, ordena categoricamente, e não hi- poteticamente.

Neste sentido, Kant afirma que⁷:

[...] todos os imperativos são fórmulas, pelas quais é determinada a ação que, segundo os princípios de uma vontade de qualquer modo boa, é necessária. Ora, quando a ação não é boa senão como meio de obter alguma outra coisa, o imperativo é hipotético; mas, quando a ação é representada como boa em si, e, portanto, como necessária numa vontade conforme em si mesma a razão considerada como princípio do querer, então o imperativo é categórico.

O imperativo categórico nos mostra o que é dever oriundo da mo- ral, como finalidade e fundamento. Por outro lado, o imperativo hipotético revela uma ação que é um meio para consecução de determinado fim, esva- ziada de qualquer comando substancial.

⁷ KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e Outros Escritos*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964, p. 18.

Ainda, conforme as catédras de Kant⁸, o imperativo categórico pode ser formulado da seguinte maneira: “procede de tal maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim e nunca como puro meio”.

Deste modo, parece-nos claro que os militares, que iniciaram a onda ditatorial na América Latina, baseavam-se em suas condutas por imperativos hipotéticos, já que sob o esquálido argumento de que, para nos livrar do “comunismo”, todos os meios, ainda que moralmente vazios, seriam plenamente válidos. Denota-se, claro, que Pantaleão age da mesma maneira, sem questionar ou trazer qualquer reflexão consequencial acerca de seus atos – o benfazer em prol da pátria (aqui, leia-se, Exército), justifica toda e qualquer conduta.

Nesta linha, resulta-nos que a ética, meramente formal e desembrenhada de qualquer valor substancial, antes, um silêncio, pareceu ser fundamento suficiente para que ações, vazias moralmente, tornassem-se válidas e legítimas e se disfarçassem sob o manto da legalidade, já que a ausência total de motivação (como conotação de impulso) para realizarem um ato seria suficiente, por si só, a sustentá-lo em preceitos estatuídos de legitimidade.

O poeta Jonh Donne, resume, em suas lições, com maestria, a necessidade de avaliarmos as condutas éticas e carregá-las com valores substanciais e morais, quando lidamos com a vida, em contraponto a preceitos éticos, vazios de tal valoração⁹:

Nenhum homem é uma ilha isolada; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra; se um torrão é arrastado para o mar, a Europa fica diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse a casa dos teus amigos ou a tua própria; a morte de qualquer homem diminui-me, porque sou parte do gênero humano. E por isso não perguntes por quem os sinos dobram; eles dobram por ti.

⁸ Immanuel Kant, op. cit., p. 28.

⁹ DONNE, J. *Devotions Upon Emergent Occasions*, 1624, Meditation XVII. Ed. Ligthing Source, 2008.

Reflexão que levou Hemingway a escrever o grandioso *Por quem os Sinos Dobram*, depois de presenciar os horrores da Guerra Civil Espanhola, que também se baseou em argumentos éticos despidos de qualquer valoração moral em contornos com a vida humana.

Assim sendo, denota-se, de maneira diáfana, que Vargas Llosa nos conduz a refletirmos acerca dos padrões rígidos, estatuídos por determinadas instituições, entre elas, obviamente, as instituições militares, mas que, em verdade, esfacelam-se nas mazelas absenteístas de qualquer valor moral. Basta apenas um motivo, qualquer que seja (adentramos o mundo hipotético), para que os atos sejam plenamente justificáveis, não importando as consequências.¹⁰

Ihering¹¹, em discurso que cristaliza, por sua força, o debate que permeou a discussão acerca da validade dos atos (antidemocráticos) de manutenção no poder, por parte das ditaduras militares latino-americanas, e que ceifaram a vida de inúmeras pessoas¹², afirma que:

A pessoa tanto pode ser lesada no que tem, como no que é. E que se tenha um direito à liberdade ninguém o pode contestar, como contestar não se pode, ainda que se tenha um direito a sentimentos afetivos, a ninguém se recusa o direito à vida, à honra, à dignidade, a tudo isso enfim, que, sem possuir valor de troca de economia política, nem por isso deixa de constituir em bem valioso para a humanidade inteira. São direi-

¹⁰ Aqui necessitamos fazer uma incursão à narração da cena em que visitadoras são violentadas, e uma delas morta. Sob o palio desta narrativa, ensejamos uma reflexão: pouco importa o que tenha acontecido nos calabouços das ditaduras nos quartéis, desde que as aparências sejam mantidas e que os escândalos sejam encobertos de forma eficiente – o flácido argumento se mantém, “os fins, justificam os meios”.

¹¹ Apud SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2000. p. 632.

¹² Em *Pantaleão e as visitadoras*, há uma ruptura na família de Pantoja ao descobrirem acerca do serviço por ele controlado, e uma mulher – a Colombiana, é morta, e as demais estupradas durante os préstimos do serviço – retratando, analogicamente, os horrores vivenciados em anos ditatoriais – torturas, desaparecimentos forçados, mortes.

tos que decorrem da própria personalidade humana. São emanações diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana.

3.3 O tecnicismo acrítico

Outro ponto que merece reflexão é a maneira como Llosa trata Pantaleão Pantoja: um mero tecnicista (visão arguta dos militares, principalmente ao tempo das ditaduras militares).

Nos dizeres de Vicente Zatti¹³, pelo tecnicismo o homem é reduzido:

[...] a um simples objeto da técnica, em vez de autônomo transforma o ser humano em autômato. Sendo autômato, não tem determinação própria, é determinado por outro e assim, é heterônomo. “[...] o indivíduo cessa de ser ele mesmo; adota inteiramente o tipo de personalidade que lhe é oferecido pelos padrões culturais (aqui impregnado da cultura militar) e, por conseguinte, torna-se exatamente como todos os demais são e como estes esperam que ele seja” (FROMM, 1977, p. 150). Transformando-se em autômato, vive na ilusão de que possui vontade própria, de que possui estilo, opiniões e sentimentos próprios. O medo da liberdade e as dúvidas são substituídos pela ilusão de uma individualidade que possui sua segurança em uma autoridade externa. O autômato vive da ilusão da autonomia, mas na verdade é heterônomo.

E arremata¹⁴:

Os tecnicistas, “Deformados pela acriticidade, não são capazes de ver o homem na sua totalidade, no seu

¹³ ZATTI, V. *Autonomia e educação em Immanuel Kant e Paulo Freire*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007, p. 49.

¹⁴ ZATTI, V. *Autonomia e educação em Immanuel Kant e Paulo Freire*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007, p. 50.

que fazer-ação-reflexão, que sempre se dá no mundo e sobre ele” (FREIRE, 1981, p. 23). É a racionalidade fria e calculista da civilização ocidental sobrepondo interesses egoístas e individualistas sobre os valores humanos e o bem-estar comum.

Parece-nos que o maior problema do tecnicismo é a retirada de autonomia de vontade de seus atores e, conseqüentemente, a ausência de percepção ética substantiva, carregada com a moral crítica que lhe seja necessária.¹⁵

Acerca do tema, Kant nos leciona que o princípio da moralidade seria a própria autonomia, sendo esta o supedâneo da dignidade da pessoa humana¹⁶. Ou seja, sem autonomia, conteúdos de ordem moral esfacelam-se na ausência de dignidade. Os tecnicistas são incapazes de valorar suas ações, e distanciam-se de ordens de conteúdo moral.

Desta maneira, parece-nos evidente a problemática resultante das ações executadas pelas instituições militares latino-americanas, à época das ditaduras, com a retirada da autonomia de vontade, e por que não dizer da própria dignidade da pessoa humana, de todos os atores envolvidos nas ações perpetradas àquela época.

A ausência de crítica, o tecnicismo, a automatização, consubstanciaram pilares em desfavor da moralidade. Nosso protagonista, Pantoja, também age como um tecnicista acrítico a todo o momento.

4. CONCLUSÃO

Como bem resumiu Octavio Ianni¹⁷:

A freqüência [*sic*], força e duração das ditaduras produzem uma espécie de obsessão na vida e pensamen-

¹⁵ Moral que se ausentou de Pantaleão ao executar o serviço que lhe foi proposto, por, justamente, se tratar de um tecnicista acrítico.

¹⁶ Immanuel Kant, op. cit., p. 30.

¹⁷ IANNI, Octavio. *A questão nacional na América Latina*. Estud. av. vol. 2 n. 1 São Paulo Jan./Mar. 1988.

to latino-americanos. Esse é um tema que atravessa o continente e as ilhas. Várias formas de Estado confundem-se com ditaduras abertas ou dissimuladas, civis ou militares, episódicas ou perpétuas. Por isso é que na história e sociologia, teatro e cinema, romance e poesia, é grande a presença do ditador, ditadura ou tirania.

Deste modo, não poderia ser diferente com Vargas Llosa ao propor reflexões sócio-jurídicas, por intermédio da obra, ora em análise, e que nos remetem ao tempo das ditaduras latino-americanas, e as mazelas vivenciadas nos Estados que se curvaram ao militarismo no poder, por tempo além do necessário.

Assim, parece-nos claro que o ponto mais marcante do livro fica por conta da crítica à instituição militar, incapaz de solucionar problemas cujos interesses não sejam os das próprias Forças Armadas, sem medir esforços ou considerar as consequências de seus atos.

Ressaltamos, por fim, que não nos alinhamos a qualquer tipo de ditadura, e que, com o presente trabalho, estejamos defendendo os valores de cunho esquerdista. Pelo contrário, a ideologia comunista também ocupou lugar execrável na história, do ponto de vista do relativismo moral e ditatorial¹⁸. As reflexões desembrenhadas neste breve excerto apenas analisam as ideias propugnadas por Mário Vargas Llosa, em seu livro *Pantaleão Pantoja*, e que carregam, em si, veracidade em suas alegações.

¹⁸ Quanto a este assunto, recomendamos o excelente artigo: REISMAN, G. *Ditaduras, relativismo moral e a necessidade de métodos brutais para se atingir o socialismo*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=868>> . Acesso em: 21 maio 2017.

REFERÊNCIAS

ALVES, A. C. *Madres de la Plaza de Mayo são patrimônio da América Latina*. Disponível em: <http://www.latinoamericano.jor.br/artigo_madres_de_mayo.html>. Acesso em: 2 jun. 2017.

CANHADA, D. I. D.; OLIVEIRA, S. A. “Pantaleão e as Visitadoras”: Análise Sócio-Organizacional do Filme Peruano Baseado no Livro de Vargas Llosa. In: *II Colóquio Internacional de Epistemologia e Sociologia da Ciência da Administração*. Florianópolis, 2012. Disponível em: <<http://coloquioepistemologia.com.br/site/wp-content/uploads/2013/05/SOC100.pdf>> . Acesso em: 1º jun. 2017.

DONNE, J. *Devotions Upon Emergent Occasions*, 1624, Meditation XVII. Ed. Ligthing Source, 2008.

DONGHI, T. H. Dictaduras hispanoamericanas en perspectiva historica. In: SOS-NOWSKI, S., comp., *Augusto Roa Bastos y la producción cultural americana*. Buenos Aires: Ediciones de la Flor, 1986.

GODOY, A. M. Direito e Literatura. *Revista CEJ*, Brasília, v. 7, n. 22, p. 133-136, jul./set. 2003.

IANNI, O. *A questão nacional na América Latina*. Estud. av. vol. 2, n.1, São Paulo, jan./mar. 1988.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964.

REISMAN, G. *Dictaduras, relativismo moral e a necessidade de métodos brutais para se atingir o socialismo*. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=868>> . Acesso em: 21 maio 2017.

SCHWARTZ, G.; MACEDO, E. H. Pode o Direito ser Arte? Respostas a Partir do Direito & Literatura. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. *Anais do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux,

2008. p. 1013-1031. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/germano_schwartz.pdf> . Acesso em: 1º jun. 2017.

SÜSSEKIND, A.; MARANHÃO, D.; VIANNA, S. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2000.

VELIZ, C. *La tradición centralista de América Latina*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

ZATTI, V. *Autonomia e educação em Immanuel Kant e Paulo Freire*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2007.

A insegurança jurídica gerada pelas diversidades de interpretações da- das pelos tribunais em relação à compe- tência da Justiça Militar. Uma abordagem interdisciplinar

Luciano Moreira Gorrilhas
Procurador de Justiça Militar

Cláudia Aguiar Britto
Pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos
(Universidade de Coimbra-IGC)

RESUMO: O presente ensaio se propõe a apresentar algumas reflexões sobre as manifestações interpretativas oferecidas pelos tribunais superiores do país quanto aos elementos constitutivos do tipo penal militar, especificamente em relação ao art. 9º e seus incisos. Com essa perspectiva, analisamos, de forma pontual, a largura imprecisa de certas expressões e os subjetivismos imanentes contidos nos incisos e alíneas do citado dispositivo penal castrense, bem como as consequências que deles decorrem. O trabalho está pautado, primordialmente, na competência em razão da matéria, cuja fixação dos limites da atividade jurisdicional pelos diversos ramos da Justiça, em princípio, estão delimitadas pela Lei Fundamental. Para tanto, utilizamos como referencial fático a jurisprudência recente do STF, STJ e STM e empregamos como referencial teórico uma abordagem jurídica e multidisciplinar.

PALAVRAS-CHAVES: Insegurança jurídica. Competência. Justiça Militar. Tipo penal. Atividade jurisdicional.

ENGLISH

TITLE: The legal insecurity generated by the diversity of interpretations given by the courts in relation to the jurisdiction of military justice. An interdisciplinary approach

ABSTRACT: The present essay proposes to present some reflections on the interpretative actions offered by the superior courts of the country regarding the constituent elements of the military penal type, specifically with regard to the 9th art. and its subsections. In this light, we analyze in a pedantic way, the imprecise width of certain expressions and the immanent subjectivities contained in the paragraphs and lines of the afore-mentioned military penal code, as well as the consequences that result from them. The work is based primarily on competence based on matter, whose definition of the limits of judicial activity by the various branches of the court, in principle, are delimited by the Basic Law. For this, we use as a factual reference the recent jurisprudence of STF, STJ and STM and we use as theoretical reference a legal and multidisciplinary approach.

KEYWORDS: Legal insecurity. Competence. Military justice. Criminal type. Jurisdictional activity.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 Experiência interpretativa e a jurisprudência oscilante (p. 4) – 3 Hipóteses paradigmáticas (p. 7) – 3.1 Crime de natureza militar (p. 9) – 3.2 Competência da Justiça Militar em relação as forças armadas na garantia da lei e da ordem (p. 11) – 3.3 Competência da Justiça Militar nos casos de crimes licitatórios praticados por membros das Forças Armadas (p.) – 4 Competência da Justiça Militar nos casos de falsidade documental (p. 13) – 5 Conclusão (p. 15)

1 INTRODUÇÃO

Analisando as decisões emanadas pelos Tribunais superiores, sobretudo nos últimos anos, observa-se uma latente oscilação jurisprudencial no âmbito da competência *ratione materiae*.

As mudanças, não raras, de entendimento das Cortes judiciárias brasileiras têm levado certo desconforto quanto à postura a ser adotada pelos atores processuais em relação à competência material no âmbito da lei penal militar.

Como se sabe, a competência em razão da matéria está delimitada pela Lei Fundamental. O art. 124 da Constituição estabelece a competência da Justiça Militar para processar julgar os crimes militares definidos em lei, cuja fixação dos limites da atividade jurisdicional pelos diversos ramos da Justiça, em princípio, são por ela albergados. Por outro lado, os crimes militares estão previstos na parte especial do Código Penal Militar. Na seara do estudo da competência penal são firmados alguns critérios pautados em pelo menos três razões: competência em razão da matéria, competência em razão do lugar e competência em razão da pessoa. Essas disposições constitucionais e legais, as quais definem e parcelam a distribuição da jurisdição a diferentes órgãos do Poder Público, consagram e possibilitam o exercício pleno da administração da justiça penal.

Nesse aspecto, a aferição de um fato que se apresenta inicialmente com uma roupagem de crime militar deve ser realizada em duas etapas. Primeiro, verifica-se se há adequação da conduta em tese delituosa a um dos tipos penais elencados na parte especial do CPM para, em seguida, examinar o enquadramento do episódio criminoso em uma das hipóteses descritas no art. 9º e seus incisos e alíneas da norma penal em questão (parte geral).

Entretanto, ainda que sigamos a orientação normativa acima, a conclusão desta operação nem sempre nos levará a uma certeza definidora da competência, pois o dispositivo legal em comento, tanto no seu tipo básico fundamental quanto nas suas hipóteses derivadas, está provido de

expressões abertas e subjetivas, conduzindo, *pari passu*, às indisfarçáveis diferenças interpretativas. Daí porque, entre outras motivações, são observadas decisões antagônicas no cenário jurisprudencial. Enquanto uma Turma jurisdicional decide de uma forma, a outra, em caso similar, segue um caminho interpretativo diferenciado. Essa inconstância decisória certamente cria um estado de insegurança jurídica, deixando os sujeitos processuais sem parâmetros sólidos para se manifestarem com convicção acerca da competência em razão da matéria.

2 EXPERIÊNCIA INTERPRETATIVA E A JURISPRUDÊNCIA OSCILANTE

Não é nova a observação que se faz sobre a oscilação nos julgados oriundos dos tribunais superiores. O fato de existirem mudanças sistemáticas no contexto interpretativo sobre casos similares levados a julgamento perante os tribunais superiores tem levado a comunidade jurídica a críticas variadas.

É certo que a estrutura central do art. 9º do CPM definindo os crimes militares, em tempo de paz, permanece a mesma e remonta ao fim da década de 60 do século passado; tendo havido alteração, em 1996, especificamente no inciso II, da alínea C¹ e, em 2011, no parágrafo único do citado disposto legal². De resto, o preceito se manteve no mesmo padrão e as decisões judicantes seguiam, de certa maneira, um fluxo homogêneo.

Entretanto, em tempos mais recentes, muitas são as aporias existenciais no campo da interpretação do art. 9º do CPM. Afinal, o que é fun-

¹ Art. 9, II. 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).

² 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. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011).

ção de natureza militar? Crimes que envolvem licitação são de natureza militar? Como definir se as funções realizadas por algumas organizações militares são de natureza militar ou de natureza administrativa? E em relação aos crimes dolosos contra a vida praticados por militares federais em lugar sujeito à administração militar? E se for o civil o agente do crime doloso contra a vida de um militar de serviço em lugar sujeito à administração militar? E por que será que, atualmente, podemos dizer ter havido uma nova “capa de sentido” quanto à definição de crime militar?

Para enfrentarmos de forma não exaustiva a questão, poderíamos refletir sobre duas experiências significativas no plano filosófico. A primeira relaciona-se com a interpretação que se extrai a partir da consciência individual, isto é, a valoração dada por nós mesmos, cuja validade e eficácia do que julgamos traz, em seu bojo, e, em última análise, o nosso próprio juízo. A segunda vertente, porém, está centrada na consciência histórica, do desvelar de uma época, o que significa compreender as vertentes de um determinado tempo, um determinado momento político, social, jurídico, ou mesmo religioso ou filosófico. Quando o filósofo da linguagem afirmava que compreender significa evitar mal entendidos, ele mesmo se perguntava se estaríamos definindo adequadamente o fenômeno da compreensão. Será que todo mal entendido não pressupõe, de uma forma ou de outra, uma espécie de “acordo latente”, indaga Gadamer? (p. 259)³. Compreender é *prima facie* uma maneira de ser e um modo de acontecer⁴.

No caso do art. 9º do CPM, as dúvidas permanecem, pois não há acordo, por exemplo, em relação ao que seja efetivamente função de natureza militar, como se demonstrará no item subsequente. Por isso, é fundamental a existência e um processo prévio de compreensão que antecipa qualquer interpretação, evitando os “mal entendidos” suscitados por Gadamer. Neste aspecto, a hermenêutica propõe um modelo processual de

³ Deveríamos eliminar todos os momentos que pudessem permitir a infiltração desses mal-entendidos, através de um controlado método. p. 240.

⁴ STRECK, p. 77 2010

interpretação que se inicia com a pré-compreensão. Uma espécie de escada, cujos degraus que se sucedem formam o conjunto de atividades reflexivas e posteriormente concretizadas, iniciadas a partir do piso superior de onde a hermenêutica é dimensionada. Até o piso “terreo”, isto é, até alcançar as teorias argumentativas, o intérprete percorreu todos os degraus. É possível afirmar que, antes mesmo de o intérprete argumentar, ele necessariamente terá transposto o compreender. Ainda nessa perspectiva, o processo hermenêutico funciona da seguinte forma: o intérprete estabelece uma observação entre a norma e o fato. Inicialmente, essa relação preliminar se apresenta para o intérprete de maneira um tanto nebulosa, mas na proporção em que o fato e a norma são analisados de forma mais profunda, a pré-compreensão passa a se mostrar mais nítida, mais clara. (Aguiar Britto, 2014). Quando se utiliza a hermenêutica como postura para tomada de certa decisão judicial, por exemplo, esta mostra ser capaz de analisar filosoficamente os elementos da pré-compreensão. Então, a partir do momento em que o intérprete supera a observação preliminar (a pré-compreensão) sobre o fato, esse processo cognitivo ainda não amadureceu. Contudo, se ele voltar a analisar o mesmo problema, é possível que avance na compreensão e, assim, defina a via que deverá tomar. Nesse momento, essa compreensão passa a ser a condição de possibilidade para que o jurista alcance a fase da explicitação. Será na explicitação que se encontrará o espaço para uma teoria do conhecimento. Assim, quando o intérprete logra alcançar a fase da explicitação, deverá utilizar-se de uma das formas argumentativas a fim de legitimar sua decisão.

Insistindo no campo jusfilosófico, é Ronald Dworkin agora quem chama a atenção para o fato de não ser possível a caracterização de qualquer ato, seja no plano estatal, jurisdicional ou mesmo legislativo, sem o exercício de qualquer valoração. Alguma dose de liberdade de escolha deve existir. A partir dessa premissa, seriam assim inconcebíveis juízos integralmente vinculados. Por esse motivo, Dworkin procurou descrever os fenômenos dos juízos discricionários, classificando-os como em sentido forte e débil. Quando se opera com a discricionariedade judicial, diz-se que o

juulgador estaria legitimado a “criar” uma solução adequada para o caso que lhe foi apresentado para julgamento, uma discricionariedade *strong sense*. Nesse caso, a expressão “conceito forte” suscitada pelo filósofo, significa dizer que o intérprete (juiz) não estaria atrelado a qualquer disposição normativa ou principiológica a parametrizar o seu julgamento; dessa forma, via de regra, a decisão tomaria inevitavelmente o rumo da decisão “conforme a sua consciência”. A arbitrariedade e discricionariedade são assim entendidas como propriedades do juízo de valor. Então, seguindo nessa trilha, a partir do juízo de mérito, ou juízo de valor, se investiga se o juízo é arbitrário ou discricionário⁵. A aferição sobre o vício ou validade do ato passa a ser condição de procedibilidade para se resolver sobre a próxima etapa decisória que vem a ser escolhida dentre as alternativas plausíveis apresentadas. Para que o julgador decida de forma adequada para o caso concreto, há necessidade de avaliar se as hipóteses em comento são lícitas ou ilícitas. O Conceito interpretativo de discricionariedade no campo judicial designando como aquele formado a partir da existência de duas ou mais alternativas decisórias igualmente razoáveis, válidas (legais e legítimas), quando então, diz o autor, poder-se-ia eleger livremente uma dentre elas⁶.

Não obstante, aquilo que desponta como fruto de nossas experiências pessoais tem sabor intenso nas tomadas de decisões. Isto é indiscutível. O saber adquirido de cada ator será a base na qual se fundamentarão as leis, os regulamentos, as sentenças, as doutrinas, e assim como as demais atividades “extrajurídicas”.

3 HIPÓTESES PARADIGMÁTICAS

A título de ilustração e para melhor compreensão do que acima foi encartada, exporemos os próximos itens, a oscilação jurisprudencial em relação à interpretação conferida ao art. 9º do CPM.

⁵ OLIVEIRA, 2010.

⁶ Idem.

Segundo as disposições contidas no citado dispositivo legal, 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;

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;

f) revogada.

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, 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. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)

O que pode ser alcançado a partir da interpretação extraída dos incisos em comento?

Ponto inicial a ser enfatizado é o fato de ter havido uma real mudança de paradigma empreendida pelos tribunais em relação à análise da norma penal militar em estudo, notadamente às elencadas no inciso II e suas alíneas, nas quais o militar da ativa figura como sujeito ativo do crime.

Vejamos as hipóteses abaixo a título ilustrativo:

3.1 Crime de natureza militar

As regras para definição de delito de natureza castrense eram outrora interpretadas com base no princípio da exclusão, vale dizer, caso um fato se amoldasse a uma das hipóteses constantes na alínea “a” do inciso II do art. 9.º, como por exemplo, militar da ativa, em qualquer circunstância, praticando um crime contra outro militar da ativa, o delito seria, em tese, militar. Não se perscrutava, destarte, se a conduta teria ocorrido em lugar sujeito à administração militar ou se o militar estava exercendo função de natureza militar.

Contudo, a orientação jurisprudencial sofreu visível modificação. Atualmente, tem-se entendido que o fator determinante para a caracterização de um crime militar é a natureza militar da conduta do agente. É necessário que o militar, na condição de sujeito ativo do crime, esteja de-

envolvendo uma atividade típica da caserna. Dessa forma, não tem prevalecido apenas o critério da competência “em razão da pessoa” (militar da ativa praticando delito contra militar da ativa em qualquer situação) nem tampouco o local onde o crime transcorreu.

Nessa perspectiva, em decisão unânime exarada em 2015⁷, o STM entendeu que não é de competência da Justiça Castrense fato criminoso praticado por militar da ativa contra militar em igual situação, ocorrido fora do ambiente militar e estranho à atividade da caserna. A Corte considerou, quando julgava um Recurso em sentido estrito, que a expressão “em situação de atividade” tem como significado estar o militar no exercício de suas atribuições legais, dentro ou fora da área sob a administração militar, ou em situação tal que estejam efetivamente inseridas as questões de disciplina e hierarquia militares. Segundo disposição do julgado proferido, a “competência da Justiça Militar da União reserva-se às hipóteses nas quais o crime ocorra no interior do Quartel, entre militares em serviço ou de efetivo serviço e até mesmo fora da área sob a administração militar, mas desde que estejam no cumprimento de suas atribuições legais”.

No que tange ao lugar sujeito à administração militar, o Superior Tribunal de Justiça⁸, dirimindo conflito de competência decidiu competir à Justiça Militar processar e julgar os crimes perpetrados por Policial Militar em atividade contra Soldado da Aeronáutica na mesma situação. Neste aspecto, o STJ asseverou que a vila militar, lugar onde teriam ocorrido os crimes imputados ao policial militar da Aeronáutica, não pode ser considerada área sujeita à administração militar, com o fito de atrair a competência de Justiça Militar federal.⁹

No mesmo sentido, mas em julgamento perante a 2ª. Turma do STF, o ministro-relator Luís Roberto Barroso, em decisão oriunda da ação

⁷ RSE 00000121320147040004 MG-2015 – STM.

⁸ STJ, nº 34625 BA 2002/0023448-5.

⁹ STF. 2479/2015. Crime praticado por policial militar estadual e soldado das Forças Armadas em vila militar. Conflito de competência conhecido para declarar a competência da Justiça Militar Estadual.

cível originária nº 2479/2015, salientou que a circunstância de militares envolvidos em suposto fato criminoso não estarem no exercício de suas funções é elemento suficiente para afastar a natureza castrense de eventual ilícito.

Ainda sob o escólio interpretativo de que a função de natureza militar prepondera sobre o lugar sujeito à administração militar para fins de determinação de competência, a segunda turma do STF¹⁰ decidiu que um atentado violento ao pudor praticado por um militar da ativa contra um jovem em um complexo naval, onde o militar ministrava aulas de karatê, teria ocorrido no exercício de atividade estranha à função, o que afasta a confirmação de crime militar. Perceptível, portanto, a complexidade interpretativa no que se refere ao alcance da expressão “função de natureza militar”. Não há consenso nos tribunais superiores sobre o que deve e como deve ser interpretada a aludida locução.

Mas a divergência não termina aqui. Vejamos as demais hipóteses instaladas nos âmbitos de competência em relação às atividades das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem, em relação às fraudes em licitação e nos *delictum falsum*.

3.2 Competência da Justiça Militar em relação as forças armadas na garantia da lei e da ordem

Em relação à atividade das Forças Armadas quando atuantes para garantir a lei e a ordem, conforme disposição constitucional contida no art. 142, a segunda turma do STF¹¹ considerou a conduta de desacato praticada por um civil contra um militar, crime de natureza comum. A turma entendeu que a atividade desenvolvida pelos militares naquela situação específica não poderia ser considerada de natureza militar.

Entretanto, perfilhando outro entendimento, mas, em hipótese similar, a primeira turma do STF¹² asseverou ser da competência da Justiça

¹⁰ STF. HC 95471/2012.

¹¹ STF. HC 112936. 17/05/2013.

¹² STF. HC 113128/2013.

Militar processar e julgar civil acusada de desacato praticado contra militar das Forças Armadas que atuava em processo de pacificação no Complexo do Alemão, Rio de Janeiro.

3.3 Competência da Justiça Militar nos casos de crimes licitatórios praticados por membros das Forças Armadas

No âmbito dos crimes relacionados às fraudes licitatórias e circunstâncias análogas, em abril de 2016, julgando conflito de competência instalado entre a justiça comum e a militar, o STJ¹³, por unanimidade de votos, deixou consignado que, em não havendo tipo penal específico licitatório previsto no CPM, e ainda que praticado por militar da ativa, a Justiça Militar não é competente para o processo e julgamento. O órgão superior sublinhou que é equivocada a aplicação do dispositivo para conduzir à competência da Justiça Castrense no suposto crime licitatório praticado por militar da ativa.

Em outro julgado, mas ainda decidindo sobre conflito de competência, o STJ¹⁴ firmou orientação no sentido de definir competência da Justiça Militar para processar e julgar militar da ativa, que na condição de comandante e ordenador de despesas teria praticado irregularidades em atos e contratos administrativos relativos a patrimônio militar.

Malgrado, a Corte ressaltou que, nas hipóteses de crimes militares impróprios (que não implicam na violação de deveres típicos da carreira militar e, portanto, podem ser praticados, também, por civil), é a Justiça Castrense a competente para processar e julgar o feito, nos termos do art. 9º do Código Penal Militar, quando comprovada a existência de prejuízo ao patrimônio militar.

Os precedentes do STJ têm demonstrado, portanto, que, nos casos de fraudes em licitação e de desvio de verbas públicas praticados por militar em detrimento do patrimônio militar, mesmo com a eventual participação de civis, a competência é da Justiça Militar.

¹³ STJ. nº 146.388 – RJ. 2016/0113026-3.

¹⁴ STJ. nº 2015/0100791-6

Dando continuidade à análise dessas oscilações jurisprudenciais, e a título de nova e enfatizada ilustração, julgando o Agravo regimental CC 140.802/RJ, do qual foi Relator o Ministro Reynaldo Fonseca, a terceira turma do STJ deixou assentado que a definição da competência dependerá do bem jurídico tutelado pela norma. Para a turma, é necessário verificar se há ocorrência ou não de violação de um dever restrito e específico que caracterizaria crime militar, e cujas balizas se encontram delineadas no art. 9º do Código Penal Militar. O caso especificamente em relevo envolvia um militar da Marinha em atividade, então responsável pelas contratações do Centro de Instrução Almirante Alexandrino, Organização Militar à qual pertencia. A turma declarou a competência da JM, entendendo ter havido violação aos interesses da administração militar. Isso porque, os procedimentos licitatórios levados a cabo visavam à aquisição de materiais para aquela instituição militar, além do suposto delito (militar impróprio) ter sido praticado por militar.

Note-se que os julgados referentes aos conflitos de competências suscitados tiveram como supedâneo tão somente o art. 9º do CPM, deixando distante a discussão propriamente dita em relação aos tipos penais constantes na parte especial do códex referentes à licitação.

4 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR NOS CASOS DE FALSIDADE DOCUMENTAL

Quanto aos delitos envolvendo falso documental, no *habeas corpus* nº 113.477/CE, cuja relatoria pertenceu ao Ministro Dias Toffoli, foi reconhecida a competência da Justiça Militar em situação de crime militar impróprio (art. 315 CPM). A hipótese versava sobre o uso de documento público verdadeiro em que o agente, civil, pretendia a averbação de falsas habilitações específicas de aquaviário, visando à ascensão de grau, averbação essa de exclusiva competência da Marinha. A 1ª. Turma do STF considerou que: “o dano, em potencial e real, sofrido pela Força se consubstancia na quebra de sua credibilidade perante a sociedade, pois, ao emitir, mediante

artifício engendrado pelo paciente, uma habilitação atestando capacidades que, na realidade, o civil não detém, a Administração Militar compromete a própria lisura dos cadastros por ela mantidos”.

No HC 105.256/PR, proveniente, porém, da 2ª Turma do STF, do qual, e da mesma forma figurava um civil na prática delitiva militar em sentido impróprio, a Corte considerou a justiça castrense incompetente para o feito, enfatizando seu caráter anômalo. A questão aludia para a prática dos crimes de falsidade ideológica, estampada no art. 312 CPM e do uso de documento falso disposto no art. 415 do mesmo diploma penal castrense. O agente, segundo constou, teria inserido dados inverídicos em documentos da Marinha do Brasil, para regularização de embarcação, obtendo-se o título de inscrição de embarcação expedido pela Força Naval.

No voto exarado pelo relator Celso de Mello, o ministro consignou a excepcionalidade da submissão de civis, em tempo de paz, à jurisdição penal da Justiça Militar da União. Neste mister, o STF destacou que não se tem configurada a competência penal da Justiça Militar da União tratando-se de réus civis se a ação delituosa atribuída aos agentes, não afetar, ainda que potencialmente, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, nos delitos castrenses, os bens jurídicos penalmente tutelados.

Seguiu-se que, em 23 de setembro de 2015, no HC-SP nº 130.210 impetrado perante a 2ª. Turma, o ministro Gilmar Mendes concedeu a ordem para declarar a incompetência da Justiça Militar para processar e julgar um civil pela suposta prática de falsidade ideológica, pois a conduta atribuída ao agente não atinge as funções típicas das Forças Armadas. O caso versava sobre a apresentação de documentação falsa para renovação de certificado de colecionador, atirador e uso desportivo de tiro prático.

Entretanto, em outubro do mesmo ano, no HC-SP nº 17834-2015, em decisão unânime, o STM denegou a ordem em caso similar, considerando que as atividades de fiscalização e de controle de material bélico de uso restrito estão relacionadas à destinação constitucional das Forças Armadas, nos termos definidos no artigo 142 da Constituição. Segundo o acórdão, os

atos praticados pelo Paciente tinham como objeto a obtenção de um certificado de atirador/coleccionador de produtos e armamentos de uso controlado, cuja fiscalização é de responsabilidade do Comando do Exército. A Corte castrense declarou que, no caso em tela, a eficiência e a eficácia dessas atividades estão vinculadas à destinação constitucional da Força do Exército, motivo pelo qual, atrairia, por si só, a competência da Justiça Militar.

5 CONCLUSÃO

A despeito de qualquer outra discussão, estes signos, sem dúvida alguma estão atrelados aos movimentos decisórios proferidos pelas Cortes do país. Concorde-se com a importância do emprego da hermenêutica conferindo uma forma segura na tomada de decisões judiciais (sejam simples ou complexas, em *hard* ou *easy cases*), porque ela não se mostra fria e distante como a lógica argumentativa. Ao revés, a hermenêutica é aquecida pela possibilidade de constituição do sentido, ao passo que a frieza da lógica trabalha por uma via descompromissada com a *ratio* do ser. (AGUIAR BRITTO, 2014)

De qualquer sorte, é possível seguir pensando sobre a necessidade de se discutir essa dosagem de liberdade do intérprete (jugador) diante da legislação penal militar de 1969. Ademais, a “escolha”, pelo juiz, dentre as alternativas decisórias igualmente viáveis, inevitavelmente deixará de lado outras opções de outros interessados, cujos direitos ficarão submetidos a uma atribuição de sentido que muitas vezes é decorrente de discursos externos não devidamente filtrados e cobertos pela autonomia do direito¹⁵.

É possível afirmar então que os atores jurídicos que atuam na seara do direito militar não possuem um uníssono paradigma jurisprudencial para nortear suas manifestações processuais nas questões que envolvem competência penal. E neste passo, as divergências nas interpretações provenientes dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal acon-

¹⁵ STRECK, L. L. *Hermenêutica (em) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre/RS: Livraria do advogado, 2011.

tecem justamente e basicamente na análise das expressões abertas e subjetivas contidas nos incisos e alíneas do supracitado artigo 9º, situação que, na maioria das vezes, tem provocado caminhos procedimentais bastante diferentes quanto ao órgão julgador competente para apreciar fatos investigados em inquéritos policiais militares e autos de prisão em flagrante distribuídos à Justiça Militar da União.

A despeito de a vetusta legislação penal militar permanecer a mesma e necessitando de urgente reforma, faz-se necessária a edificação de uma jurisprudência firme, uniforme e estável, a fim de balizar a estrutura jurídica militar.

REFERÊNCIAS

ALVES MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar*. Teoria crítica e prática. São Paulo: Método, 2015.

AGUIAR BRITTO, C. *Processo Penal Comunicativo a luz da filosofia de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2014.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University, 1977.

GADAMER, H-G. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica clássica*. 11. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2011.

GORRILHAS, L.; Britto, C. *Polícia Judiciária Militar e seus desafios*. Aspectos teóricos e práticos. RS: Nuria Fabris, 2016.

OLIVEIRA, F. C. S. *Morte & vida da constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, L. L. *Hermenêutica (em) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2011.

Processo administrativo disciplinar militar (e as causas que o anulam)

Antonio José da Silva Filho

3º Sargento da Aeronáutica

Seção de Investigação e Justiça da Ala 15 (Base Aérea do Recife)

RESUMO: A Carta Magna da República Federativa do Brasil outorgada em 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, elevou a nível máximo alguns tópicos relacionados às garantias e direitos individuais, entre os quais o direito de ampla defesa quer nas demandas judiciais, como nos processos administrativos. As inovações surgidas no Direito Administrativo Militar, resultante da confirmação do Estado Democrático de Direito, motivou a atualização de inúmeros regulamentos das Forças Armadas, entre eles o Regulamento Disciplinar do Exército. Assim, este estudo monográfico busca analisar quais os princípios constitucionais devem ser respeitados no processo administrativo disciplinar militar. Dessa forma, de acordo com a base teórica utilizada, percebe-se que existem dois tipos de nulidades: as absolutas e as relativas. As nulidades absolutas são aquelas que possuem vícios insanáveis que atentam gravemente contra os princípios constitucionais. As nulidades relativas, por sua vez, possuem vícios sanáveis que contrariam alguma norma infraconstitucional, interessando principalmente ao acusado. Assim, este estudo monográfico procura apresentar uma correlação entre as garantias e direitos individuais e o processo administrativo disciplinar militar, com o objetivo de contribuir para o preenchimento de uma imensa lacuna dou-

trinária, em função de raríssimas obras versarem sobre a Administração Pública Militar. Por fim, concluir a respeito da importância do administrador conhecer os principais aspectos, que podem anular um processo administrativo disciplinar, visando manter a eficiência da administração no âmbito da Aeronáutica Brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: Regulamento Disciplinar da Aeronáutica. Processo Administrativo Disciplinar Militar. Nulidade.

ENGLISH

TITLE: Disciplinary administrative military procedure (and the causes that annul it)

ABSTRACT: The Constitution of the Federal Republic of Brazil, also known as the citizens' constitution, also raised certain topics related to guarantees and individual rights, including the right to ample protection in both judicial and administrative proceedings. The innovations arising in the Military Administrative Law, resulting from the confirmation of the Democratic Rule of Law, motivated updating of numerous regulations of the Armed Forces, among them the Army Disciplinary Regulations. Thus, this monographic study seeks to analyze which constitutional principles should be respected in the administrative disciplinary military process. Thus, according to the theoretical basis used, it is understood that there are two types of nullification: absolute and relative. Absolute nullifications are those that have insane vices that seriously undermine constitutional principles. Relative nullification, on the other hand, have vitiates that are in good condition contrary to some infraconstitutional norm, which are of primary concern of the accused. Thus, this monographic study seeks to present a correlation between individual rights and guarantees and the administrative disciplinary military process, with the objective of contributing to the filling of an immense doctrinal gap, due to very few works dealing with the Military

Public Administration. Finally, concluding on the importance of the administrator to know the main aspects, which can cancel an administrative disciplinary process, in order to maintain the efficiency of the administration within the Brazilian Airforce.

KEYWORDS: Aeronautical Disciplinary Regulations. Administrative disciplinary proceedings. Invalidity.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 4) – 2 O Direito Administrativo Militar (p. 6) – 2.1 Regime jurídico-administrativo militar (p. 7) – 2.2 Princípios norteadores da administração pública militar (p. 8) – 2.2.1 Princípio do devido processo legal (p. 8) – 2.2.2 Princípio da ampla defesa e do contraditório (p. 8) – 2.2.3 Princípio da legalidade (p. 9) – 2.3 Poderes da administração pública militar (p. 9) – 2.3.1 Poder regulamentar (p. 10) – 2.3.2 Poder hierárquico (p. 10) – 2.3.3 Poder disciplinar (p. 10) – 2.3.4 Poder de polícia (p. 11) – 3 Ato administrativo militar (p. 11) – 3.1 Ato disciplinar (p. 11) – 4 O comandante da organização militar quando ele pode punir (p. 14) – 4.1 Forças Armadas (p. 14) – 4.2 Nas instituições militares estaduais e distritais quando o CMT pode punir (p. 14) – 4.3 Diferenças entre atos inexistentes e atos absolutamente nulos (p. 15) – 5 Hierarquia e disciplina militar e o processo administrativo disciplinar militar (p. 15) – 5.1 Transgressão disciplinar (p. 16) – 5.2 Punição disciplinar nas forças armadas (p. 17) – 5.3 Competência (p. 18) – 6 Os vícios do processo de apuração de transgressão disciplinar militar que podem torná-lo nulo (p. 19) – 6.1 Nulidade absoluta (p. 19) – 6.1.1 Falha na elaboração do FATD (p. 20) – 6.1.2 Falta de citação (p. 20) – 6.1.3 Incompetência (p. 21) – 6.1.4 Sindicância que anteceder o FATD (p. 21) – 6.1.5 Dupla punição (p. 21) – 6.1.6 Apreciação da Justiça Militar (p. 22) – 6.2 Falta de publicação em Boletim Interno da Organização Militar (p. 22) – 6.3 Nulidade relativa (p. 23) – 6.4 Inobservância de prazo (p. 23) – 6.4.1 Incorreção na nota de punição (p. 24) – 7 Conclusão (p. 24)

1 INTRODUÇÃO

O artigo em pauta tem seu foco no Direito Administrativo Militar, enfatizando sua estreita ligação com os regulamentos e manuais militares, os quais regulam a conduta administrativa na esfera das Forças Armadas.

A Carta Magna de 1988 trouxe várias modificações para os diversos campos do poder, impactando as mais diversas reformas.

Face a esse novo cenário jurídico, as inovações surgidas no Direito Administrativo Militar, resultante da confirmação do Estado Democrático de Direito, passaram a motivar a atualização dos inúmeros regulamentos das Forças Armadas.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988, p. 11).

Em virtude da normatização constitucional do processo administrativo disciplinar militar, positivada na nova Carta Magna, houve a assimilação por parte do direito administrativo disciplinar militar de várias garantias constitucionais e processuais em favor dos acusados, as quais antes somente existiam no processo penal.

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

[...]

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...] (BRASIL, 1988, p. 13).

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, que tem como principal finalidade especificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a punições disciplinares, além de dar enfoque às duas vigas mestras das Instituições Militares: a Hierarquia e a Disciplina, sofreu algumas revisões objetivando um maior alinhamento com a nova Constituição Federal.

Aqueles dois elementos de sustentação da estrutura militar, quando atingidos, por menor que seja o ferimento causado, provocam o desencadeamento de todo um mecanismo de autodefesa, que se consubstancia no Poder Punitivo, quer seja penal, quer seja disciplinar.

A partir daí, observando os princípios norteadores da administração pública militar, é desencadeado o processo administrativo punitivo que é promovido pela Administração para a imposição de penalidades por infração do regulamento.

Face do que acima foi exposto, levantou-se o seguinte problema: Quais e como são caracterizadas as nulidades no processo administrativo disciplinar militar?

O objetivo geral dessa pesquisa foi apresentar as nulidades processuais, em função de que a Constituição da República Federativa do Brasil, a partir de 1988, passou a assegurar vários princípios aos acusados que respondam a processo administrativo militar.

Para tanto, teve-se como objetivos específicos:

- a) descrever os princípios, os regimes jurídicos e os poderes norteadores da administração pública militar;
- b) descrever o processo administrativo disciplinar militar;

- c) identificar os tipos de nulidade;
- d) identificar os vícios processuais;
- e) especificar a relação entre os vícios processuais e as respectivas nulidades.

A hipótese levantada para o presente estudo foi a que se segue: A observância da delimitação da atuação administrativa e da garantia dos direitos individuais evita o vício e a respectiva nulidade do processo administrativo disciplinar militar.

A verificação da hipótese assinalou a importância da observância dos limites administrativos e da garantia dos direitos individuais para que o processo administrativo disciplinar militar não se torne nulo.

Sinteticamente, foram manipuladas duas variáveis no esforço de se resolver o problema dessa pesquisa. A variável independente foi a atuação administrativa e garantia dos direitos individuais pelo administrador. A variável dependente foi a associação dos vícios processuais à nulidade do processo administrativo disciplinar militar.

Assim, o artigo expôs a importância de se conhecer os limites administrativos, bem como os preceitos constitucionais, durante a condução do processo administrativo disciplinar militar.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

O Direito Administrativo se caracteriza por ser uma subdivisão do Direito Público, que trata dos preceitos norteadores da estrutura e do funcionamento da administração pública. Para Meirelles (1991 *apud* DUARTE, 1995, p. 3), 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”.

O Direito Administrativo Disciplinar por nascer no Direito Administrativo segue os princípios deste, porém aquele apresenta algumas características próprias, como objeto próprio, normas específicas, campo delimitado, que o distingue no ordenamento jurídico.

O Direito Administrativo Disciplinar Militar distingue-se por ser uma especialização do Direito Administrativo Disciplinar, principalmente, porque atinge somente os militares das Forças Armadas e das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares.

Pode-se perceber a similitude do Direito Administrativo Disciplinar Militar com o Direito Penal Militar analisando a definição trazida pelo Decreto nº 76.322, DE 22 DE SETEMBRO DE 1975, que aprovou o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica:

Art. 8. Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.

2.1 regime jurídico-administrativo militar

As Forças Armadas constituem um corpo especial da administração que se diferencia do setor civil em vários aspectos, destacando-se o enquadramento hierárquico e a disciplina que os militares cultivam na vida castrense.

Por pertencerem à administração federal, as Forças Armadas são órgãos públicos, por conseguinte, não possuem personalidade jurídica, não são sujeitos de direitos e obrigações nem possuem capacidade para estarem em juízo. A atuação dos membros das Forças Armadas é imputada à União, sendo esta representada judicial ou extrajudicialmente pela Advocacia-Geral da União.

Por outro lado, a administração se sujeita a restrições cuja a inobservância acarreta a nulidade dos atos administrativos, em alguns casos, até mesmo a responsabilização da autoridade que o editou. A carta Magna destaca que essas limitações estão descritas no Art. 37 da CRFB/1988.

2.2 princípios norteadores da administração pública militar

2.2.1 Princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal pode ser considerado como a principal matriz dos demais princípios processuais constitucionais, sendo previsto no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A doutrina e a jurisprudência, como fontes do direito, no decorrer do tempo, modificaram e ampliaram o sentido do “devido processo”, permitindo uma interpretação mais extensiva, que limita o poder público e garante de forma ampla os direitos fundamentais do cidadão (OLIVEIRA, 2004).

O devido processo legal é princípio matriz dos demais princípios processuais constitucionais. Tanto a aplicação das garantias do contraditório, da ampla defesa e do juiz natural (aspecto processual do princípio) como a conformidade das leis, que, além de não serem contraditórias, devem contribuir para que tais garantias possam ser aplicadas (aspecto substancial do princípio, no campo do direito material), têm sido fundamentadas mediante o princípio do devido processo legal.

2.2.2 Princípio da ampla defesa e do contraditório

O princípio da ampla defesa e do contraditório está inserido no princípio do devido processo legal. Para Bueno Filho (1994 *apud* BACELLAR FILHO, 1998, p. 264):

Tal princípio está esculpido no artigo 5º da nossa Carta Magna: “LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Os princípios constitucionais orbitam em torno da pessoa, cuja dignidade é destacada como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Tratar da garantia da ampla defesa no âmbito do processo administrativo disciplinar decorre da necessidade de trazer ao debate a discussão sobre valores que devem, no cotidiano das relações sociais, ser defendidos quando a esfera jurídica do conjunto de direitos e liberdades conferidas precisamente ao agente público sofre, de algum modo, ingerência por parte da Administração Pública, desde a acusação até a decisão da qual poderá resultar o rompimento com o serviço público (OLIVEIRA, 2004, p. 29).

2.2.3 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito quando a lei passou a ser um instrumento de delimitação da atuação administrativa e de garantia dos direitos individuais. Desde então, a vontade da administração passou a decorrer da lei¹, razão pela qual a ela deve submeter-se integralmente (ABREU, 2010, p. 48).

Por tais razões, à administração militar não é permitido conceder direitos ou impor obrigações ou vedações, via ato administrativo, sem prévio suporte legal. Se assim o fizer, o ato administrativo poderá ser invalidado pelo Poder Judiciário ou pela própria administração. Existem os princípios da autotutela, da motivação, hierarquia, todos tem seu peso para o processo transcorrer em plena normalidade.

2.3 poderes da administração pública militar

À administração militar, para fazer valer a supremacia do interesse público perante o administrado e realizar as diversas atividades administra-

¹ O termo “lei” deve ser entendido de forma ampla, englobando não só as normas positivadas que compõem o ordenamento jurídico, como, também, os princípios que o regem.

tivas que lhe são afetas, foram conferidos poderes, como o regulamentar, o normativo, o hierárquico, o disciplinar, o vinculado, o discricionário e o de polícia.

2.3.1 Poder regulamentar

O poder regulamentar, exercido pelo Chefe do poder Executivo é efetivado por meio da expedição de regulamentos executivos e independentes, estes também denominados de autônomos, e visam, respectivamente:

- a) explicar o teor das leis, viabilizando sua correta aplicação, dada a impossibilidade de o legislador abarcar todas as minúcias da matéria por ele disciplinada;
- b) dispor sobre matérias de sua competência, reservadas à lei, entre outras.

2.3.2 Poder hierárquico

O poder hierárquico decorre da hierarquia administrativa. Constituem faculdades ou desdobramentos desse poder: dar ordens; controlar as atividades dos subalternos, aferindo sua legalidade e o fiel cumprimento de obrigações; anular, de ofício ou por provocação dos interessados, atos eivados de ilegalidade, ou revogá-los, se inconvenientes ou inoportunos; avocar e delegar funções, desde que não sejam, respectivamente, de competência exclusiva do inferior e do superior; e editar atos normativos de efeito interno, para regulamentar a atuação dos órgãos subordinados.

2.3.3 Poder disciplinar

O poder disciplinar deriva do poder hierárquico. Todavia, com ele não se confunde. Consiste, em suma, no poder de apurar infrações disciplinares e de aplicar punições aos servidores.

Na esfera militar não é diferente. Constitui crime militar, tipificado no Art. 322 do Código Penal Militar, deixar de responsabilizar subordinado que comete infração no exercício do cargo, ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento de autoridade competente. Configura, ainda, transgressão disciplinar deixar de punir, quando for o caso, o subordinado que cometer transgressão ou deixar de comunicá-la à autoridade competente. Poderá, ainda, a autoridade militar incidir em crime de improbidade administrativa.

2.3.4 Poder de polícia

Assevera-se que o poder de polícia, sob o fundamento do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, confere à administração pública autoridade para impor limites ao exercício de direitos e atividades individuais ou coletivas.

3 ATO ADMINISTRATIVO MILITAR

3.1 ato disciplinar

O ato disciplinar se constitui como um ponto de encontro das normas gerais e específicas do Direito Disciplinar, sendo aquele ato o local mais apropriado para se fazer a busca dos possíveis erros e vícios do poder disciplinar (COSTA, 1981).

Por ser uma espécie de ato administrativo, o ato disciplinar pode ser definido como:

[...] comportamento interno da Administração, no sentido formal e material, que, com a observância da forma, objeto e motivo previstos em lei, é concretizado pela autoridade competente, para aplicar uma sanção disciplinar ao subordinado faltoso, a fim de velar pela regularidade e aperfeiçoamento do Serviço Público (COSTA, 1981, p. 72).

Percebe-se pela definição acima, que o ato disciplinar possui os cinco elementos do ato administrativo: competência, objeto, forma, motivo e finalidade.

Nas instituições militares, a competência para realizar um ato disciplinar é definida pelos regulamentos disciplinares, ou seja, há o estabelecimento das autoridades militares que detêm o poder disciplinar.

O objeto é o elemento que define o conteúdo do ato disciplinar. O objeto pode ser vinculado ou discricionário, sendo que no primeiro já está definido na lei o efeito jurídico do ato disciplinar, enquanto no segundo o objeto será determinado pela autoridade disciplinar, dentro dos limites estabelecidos pela lei.

A forma é outro requisito extremamente importante para a validade do ato administrativo. Meirelles (2016, p. 176) afirma:

Forma – O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Daí pode-se afirmar que, se, no direito privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no direito público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, frequentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.

O ato administrativo além dos requisitos inerentes ao ato jurídico, possui outros dois que o tornam mais específico ainda, são eles, o motivo e a finalidade.

O motivo deve ser entendido como um requisito condicionante do ato administrativo, podendo ser vinculado ou discricionário. Quando a lei estabelece normas para regular o comportamento da Administração, estaremos diante de um motivo vinculado. Porém, quando a lei deixa ao

administrador, certas margens de liberdade para a escolha do motivo condicionante, têm-se, nesse caso, um motivo discricionário (COSTA, 1981).

A finalidade, como requisito indispensável à validade do ato administrativo, “é o elemento mais significante do ato administrativo. A finalidade é a razão e o fundamento da própria existência da Administração. Qualquer ato administrativo tem por escopo o interesse da coletividade” (COSTA, 1981, p. 84).

Neste mesmo sentido, afirma Meirelles (2016, p. 176):

Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviada de sua finalidade específica. Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos não de se dirigir sempre e sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizer pretensões descoincidentes do interesse coletivo.

O ato administrativo militar é todo aquele proveniente da administração militar que, agindo nessa qualidade, tem por fim imediato modificar, adquirir, resguardar, transferir e extinguir situação jurídica ou impor obrigação aos órgãos integrantes ou agentes públicos militares.

A administração pública militar, no cumprimento das suas atribuições constitucionais, pratica atos administrativos militares típicos e atípicos que geram efeitos jurídicos para as partes envolvidas na atividade administrativa.

A prática de ato administrativo por agente público desprovido de competência ou com finalidade diversa da prevista em lei – elementos vinculados do ato administrativo – constitui ato incapaz de produzir efeitos válidos, possível, pois, de revogação pela própria administração ou mesmo anulação pelo Poder Judiciário.

4 O COMANDANTE DA ORGANIZAÇÃO MILITAR QUANDO ELE PODE PUNIR

4.1 Forças armadas

Nós sabemos que, pelo Estatuto dos Militares, Regulamento Disciplinar da Marinha, Regulamento Disciplinar do Exército e Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, se um determinado comportamento de um militar constitui transgressão disciplinar militar é também crime Militar, não pode haver punição disciplinar militar enquanto não houver trânsito em julgado de sentença criminal na Justiça Militar. Ex: Se o fato é uma transgressão militar e crime militar e é instaurado um IPM, enquanto houver o IPM e isso virar um processo penal militar por denúncia do MP e transitar em julgado sentença penal condenatória, quando todo esse procedimento acontecer, o CMT da OM não pode punir o militar. Porque é crime Militar alvo de um IPM, APF, IPD, IPI, depois virou um processo penal Militar e depois uma sentença condenatória transitada e julgada. O CMT não poderá fazer nada, nem após sentença penal condenatória transitada em julgado, não poderá punir o Militar.

Por outro lado, se o IPM foi arquivado ou transitou em julgada decisão judicial interlocutória mista terminativa de Rejeição da Denúncia ou ainda o processo penal militar instaurado foi declarado nulo ou ainda houve trânsito em julgado da sentença penal absolutória ou ainda houve a declaração da extinção da punibilidade na fase do processo penal Militar, em todas essas situações, poderá o CMT da OM posteriormente punir disciplinarmente o Militar (isso acontece nas Forças Armadas).

4.2 Nas instituições militares estaduais e distritais quando o CMT pode punir

Nas instituições militares estaduais e distritais, quando a conduta do militar constituir em tese ao mesmo tempo transgressão disciplinar e crime

militar, o maior absolverá o menor. Devendo ser amparado por meio de IPM. O CMT da OM terá autonomia para determinar a instauração do referido procedimento. Tal procedimento após concluído será submetido à apuração da Justiça competente e, em caso de arquivamento da rejeição da denúncia, retornará à OM para que se possa, caso queira, promover à apuração da transgressão disciplinar, momento em que o CMT poderá punir o Militar disciplinarmente. Tudo isso visa evitar a dupla punição (*bis in idem*).

4.3 Diferenças entre Atos inexistentes e atos absolutamente nulos

Ato inexistente é aquele em que há falta de um elemento essencial, exigido legalmente. Desta forma o ato existiria de fato, mas não de direito.

Ato nulo é aquele que só produzirá efeitos se for convalidado, tratando-se neste caso de uma nulidade relativa. Se o saneamento for impossível, o ato nunca gerará efeitos, sendo então uma nulidade absoluta.

Ato anulável, ao contrário do ato nulo, só deixará de produzir efeitos se for invalidado.

5 HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITAR E O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR

A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados², ainda que no âmbito civil, sob pena de prática de ato contrário ao dever militar³.

A hierarquia militar é a ordenação dos militares, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por

² Art. 14 da Lei 6.880/1980.

³ Art. 31, VI, da Lei 6.880/1980.

postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é substancializado no espírito de acatamento à sequência de autoridade⁴.

A disciplina militar consiste na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que regem a vida castrense. Materializa-se por meio do perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos membros das Forças Armadas.

O processo administrativo disciplinar, segundo Meirelles (2016, p. 803), “[...] é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos e demais pessoas sujeitas ao regime funcional de determinados estabelecimentos da Administração”.

Aplicando esse conceito no âmbito das instituições militares, pode-se afirmar que o processo administrativo disciplinar militar é o meio de apuração e punição dos militares sujeitos aos regulamentos disciplinares estabelecidos pela administração militar.

5.1 transgressão disciplinar

A disciplina se traduz na obediência por parte dos subordinados às ordens dos superiores hierárquicos, comportando-se dentro da esfera do dever de obedecer e do direito de mandar.

Essa relação de subordinação não atinge a dignidade daquele que está colocado em degrau inferior da escala hierárquica, conforme consagra a frase que diariamente é vista por todos os cadetes da Aeronáutica, futuros oficiais, no pátio de formatura da Academia da Força Aérea: Ide comandar, aprendei a obedecer. “Aspecto que é do mesmo dever militar, tão nobre é obedecer quanto comandar”.

Sob outro prisma, quando se afirma ser a disciplina “a perfeita compreensão e a exata execução do dever”, não se pode fugir à indagação do que vem a ser o polo oposto a esse comportamento.

⁴ Art. 14, § 1º, da Lei 6.880/1980.

A indisciplina, ou seja, a negação da disciplina, consiste no descumprimento dos deveres. Configurada essa condição, estará configurado o ilícito disciplinar, também chamado infração disciplinar, falta disciplinar ou, ainda, transgressão disciplinar ou contravenção disciplinar.

As transgressões disciplinares, no Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, são classificadas em graves, médias e leves.

Cabe à autoridade competente, levando em consideração a pessoa do transgressor, as causas que motivaram a prática da infração, o ilícito em si e suas consequências para a disciplina, para o serviço ou para a instrução, promover a classificação da infração.

Na Aeronáutica a transgressão à disciplina que acarrete ofensa à honra pessoal, ao pundonor militar ou ao decoro da classe será classificada como grave.

5.2 punição disciplinar nas forças armadas

A infração da disciplina, longe de constituir, como no serviço civil, episódio individual, tende, pelos reflexos sobre o conjunto que o ambiente do enquadramento militar propicia, a influir nocivamente sobre o todo. A existência de meios eficazes e prontos para reprimi-las é então essencial. Com eles se garante a obediência às regras do serviço pela certeza em cada um de não lhe ser possível violá-las sem punição (medidas preventivas) e pela imposição de sanções aos que as infringem (medidas de repressão).

A infração disciplinar militar deverá ser apurada mediante regular processo administrativo, assegurando-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do Art. 5º, LV, da CRFB/1988, sob pena de nulidade da sanção aplicada.

A competência para aplicar as punições disciplinares é definida pelo cargo e não pelo grau hierárquico. Quanto mais elevado for o cargo na estrutura hierarquizada das Forças Armadas, maior será o universo de militares sujeitos ao poder disciplinar exercido por seu titular. Em virtude disso, o Presidente da República, titular do cargo de Comandante Supremo

das Forças Armadas, poderá aplicar punições disciplinares a todos os militares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, independentemente de seus postos ou graduações. Os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, por sua vez, podem aplicar sanções disciplinares, no âmbito de suas respectivas Forças, a todos os militares. Em contrapartida, quanto mais o cargo se aproxima da base da estrutura hierárquica das Forças Armadas, menor será a amplitude de militares sujeitos ao poder disciplinar dele decorrente.

5.3 Competência

Processar e julgar HC e MS: Para julgar punição disciplinar nas forças armadas, a competência é da Justiça comum Federal: Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: VII – os *habeas corpus*, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição.

E se a autoridade coatora em HC OU MS for um General? Teria prerrogativa de fórum? Não, conforme a Lei 8457/92, art. 6, inciso 1, alínea a: “Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar: I – processar e julgar originariamente: a) os oficiais gerais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei”.

Segundo a CF, se a autoridade coatora em HC for CMT da Aeronáutica, Marinha ou Exército, o HC deve ser impetrado:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar originariamente: [...] c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea “a”, ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

Recurso Ordinário Constitucional é o recurso cabível contra decisão denegatória de *habeas corpus* ou mandado de segurança.

6 OS VÍCIOS DO PROCESSO DE APURAÇÃO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR QUE PODEM TORNÁ-LO NULO

A anulação do processo administrativo disciplinar militar ocorrerá quando houver injustiça ou ilegalidade na aplicação da punição disciplinar. A injustiça diz respeito ao conteúdo do ato punitivo questionado, compreendendo tudo aquilo contrário à verdade ou ao que se mostra justo e razoável. A ilegalidade diz respeito às formalidades e aos requisitos a que está sujeito o ato punitivo, abrangendo toda ação promovida em desacordo com o que está instituído na legislação regedora do assunto (Art. 1º Port Nº 593, de 22 de OUTUBRO DE 2002).

O processo de apuração de transgressão disciplinar militar é iniciado por meio do recebimento e do processamento da comunicação da ocorrência. A partir desse momento, todos os desdobramentos, desde a elaboração do Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar até o cumprimento da punição disciplinar, devem obedecer aos mandamentos do ordenamento jurídico, sob pena de apresentarem nulidade absoluta ou relativa.

6.1 Nulidade absoluta

Ocorre nulidade absoluta quando existe um ato viciado, pelo qual fica caracterizado o prejuízo que sua permanência acarreta para a efe-

tividade do contraditório ou para a justiça da decisão, ou seja, existirá uma nulidade absoluta sempre que houver qualquer ofensa às garantias⁵ constitucionais. Infere-se que podem ser considerados como nulidade absoluta os seguintes casos:

6.1.1 Falha na elaboração do FATD

O FATD deve conter diversas informações para que possa permitir ao suposto transgressor exercitar o seu direito de defesa, em conformidade com o princípio da ampla defesa e do contraditório, bem como respeitar o devido processo legal. A falta de informações, quais sejam: nome do suposto agressor, local e data do fato, poderá tornar nulo o mencionado formulário.

A importância da exposição clara e precisa da acusação reside no fato de que o acusado se defende dos fatos constantes desse documento. A identificação do militar arrolado como autor do fato deverá ser a mais completa possível para não restar dúvida sobre a pessoa do acusado.

O FATD que não expuser pormenorizadamente os motivos de fato e de direito relativos à conduta do agente, bem como deixar dúvida sobre a pessoa do acusado, será inepto⁵, o que poderá ser considerado uma nulidade absoluta.

6.1.2 Falta de citação

No momento da entrega do FATD, o militar arrolado como autor do fato deve apor o seu ciente na 1ª via e permanecer com a 2ª via para apresentar por escrito, no prazo previsto, suas alegações de defesa. Segundo Costa (2006, p. 108), “a falta, ou invalidade da citação, também é motivo de nulidade processual”. Quando o acusado não apresenta sua defesa em virtude de não ter sido citado no processo de apuração de transgressão disciplinar, há uma nulidade absoluta, pois há uma afronta direta ao princípio da legalidade, princípio do devido processo legal e principalmente, ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

⁵ Inépcia do FATD ocorre quando há “falta de elementos e requisitos essenciais delimitadores da conduta ilícita” (Costa, 2006, p. 108).

6.1.3 Incompetência

A competência para aplicar punição disciplinar decorre do cargo ocupado pelo militar e não do seu grau hierárquico. Por essa razão, somente as autoridades investidas nos cargos descritos no Art. 10, do RDE, poderão aplicar punições disciplinares.

Quando uma punição disciplinar for aplicada por agente incompetente ou, ainda que competente, tenha extrapolado os limites de suas atribuições legais, conforme o Anexo III do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, o ato será ilegal e portanto nulo, em decorrência de vício quanto à competência.

6.1.4 Sindicância que anteceder o FATD

No caso de instauração de sindicância anteriormente à elaboração do FATD, o sindicante produzirá provas que confirmem os fatos aventados na portaria de instauração, enquanto que o acusado produzirá provas que refutem a acusação, para que seja absolvido.

Ao acusado é permitido solicitar a produção de qualquer tipo de prova admitida pelo direito, desde que seja pertinente, relevante e não simplesmente protelatória. Portanto a negativa não fundamentada do sindicante, em relação ao pedido de alguma diligência por parte do acusado, pode constituir-se numa nulidade.

Assim, pode-se dizer que haverá uma nulidade quando o sindicante indeferir o pedido de oitiva de testemunhas arroladas em defesa, pois haverá uma ofensa ao princípio da ampla defesa.

6.1.5 Dupla punição

O militar só poderá ser punido disciplinarmente uma vez em cada processo de apuração de transgressão disciplinar. A aplicação de duas punições por uma única infração disciplinar, num mesmo processo adminis-

trativo, atenta contra o devido processo legal, por configurar dupla sanção. Esta, inclusive é a orientação contida na Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal⁶.

Assim, o militar punido, primeiramente, com pena de prisão ou detenção disciplinar, se, pela mesma falta, também for licenciado a bem da disciplina, esta última punição será nula, por força da proibição da dupla punição.

6.1.6 *Apreciação da Justiça Militar*

O fato concreto submetido à apreciação da Justiça Militar somente poderá ser objeto de análise na esfera administrativa, para efeito de verificação da existência de possível transgressão disciplinar, quando houver ocorrido o arquivamento do inquérito, a desclassificação para transgressão disciplinar ou a absolvição pelo crime.

Nos casos em que ficar caracterizada, na decisão definitiva da Justiça, a inexistência do fato ou a negativa de autoria, a questão deixará de ser apreciada para fins disciplinares.

Dessa forma, a aplicação de punição disciplinar em casos que a Justiça tenha decidido pela ausência do fato ou pela negativa de autoria caracteriza a inexistência do motivo e, conseqüentemente, a nulidade do ato punitivo. Na Justiça Militar Estadual: Art. 125, § 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”.

6.2 Falta de publicação em Boletim Interno da Organização Militar

A publicação em boletim interno é o ato administrativo que formaliza a aplicação das punições disciplinares, exceto para o caso de advertên-

⁶ É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira (Súmula 19 do Supremo Tribunal Federal).

cia. A nota de punição deve ser transcrita no boletim interno da Organização Militar subordinada à autoridade que impôs a punição disciplinar.

Quando uma punição disciplinar for aplicada sem que a nota de punição tenha sido transcrita em boletim interno, conforme o previsto no § 5º do Art. 34 do Regulamento Disciplinar do Exército, o ato será ilegal e portanto nulo, em decorrência de vício quanto à publicidade. Nesse caso, apesar de tratar-se de uma nulidade que não fere as garantias constitucionais, o ato punitivo só passa a ser válido após a respectiva publicação da nota de punição em boletim interno, o que, se não for observado, consumará uma nulidade absoluta, não permitindo o prosseguimento do processo administrativo disciplinar militar.

6.3 Nulidade relativa

A nulidade relativa existirá quando a realização de um ato disciplinar for divergente do modelo legal, ou seja, aquele estabelecido nos regulamentos disciplinares das instituições militares, e que não ofenda um interesse de ordem pública (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2004).

Diferentemente das nulidades absolutas, as nulidades relativas interessam somente às partes, ou seja, devem ser alegadas e provadas por aquele que se sentiu prejudicado. As nulidades relativas consideram-se sanadas, se não forem arguidas ao tempo próprio, sob pena de preclusão⁷; bem como, serão consideradas como sanadas se o ato foi praticado de forma diversa à prescrição da lei, mas atingiu os seus efeitos, atendendo ao “princípio da instrumentalidade das formas”⁸ (ALVES, 2004).

⁷ “[...] perda do exercício do ato processual que, por inércia, a parte não promove, no prazo legal ou judicial” (SILVA, 2005, p. 1074).

⁸ O princípio da instrumentalidade das formas orienta que só sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido, ou seja, o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo (CINTR; GRINOVER; ARCO, 2004).

6.4 Inobservância de prazo

Após receber o FATD, o suposto transgressor deve apresentar por escrito, em três dias úteis, suas alegações de defesa. Em caráter excepcional, sem comprometer a eficácia e a oportunidade da ação disciplinar, o prazo para apresentar as alegações de defesa poderá ser prorrogado, justificadamente, pelo período que se fizer necessário, a critério da autoridade competente, podendo ser concedido, ainda, pela mesma autoridade, prazo para que o interessado possa produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa.

A não concessão da oportunidade para a apresentação de defesa pelo acusado, ressalvadas as exceções previstas no Art. 35, § 3º, do Regulamento Disciplinar do Exército, constitui uma nulidade absoluta, pois há uma restrição ilícita ao exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório.

6.4.1 *Incorreção na nota de punição*

A nota de punição é a maneira como ato administrativo é exteriorizado. A sua elaboração deve atender à forma definida no § 1º do Art. 34 do Regulamento Disciplinar do Exército. A inobservância da forma legal vicia o ato administrativo, acarretando sua nulidade relativa, desde que não ofenda as garantias constitucionais, permitindo o prosseguimento do processo administrativo disciplinar militar.

7 CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo principal caracterizar as nulidades no processo administrativo disciplinar militar.

Sob esse prisma, a pesquisa apresenta relevância, uma vez que a maior Lei brasileira, qual seja, a Constituição da República Federativa do Brasil, a partir de 1988, passou a assegurar vários princípios aos acusados que respondam a processo administrativo militar.

Para atingir esse objetivo, o trabalho foi dividido em itens que tiveram a finalidade de apresentar os princípios norteadores da administração pública militar, e, em seguida, as etapas que compõem o processo disciplinar militar, caracterizando os vícios que podem transformá-lo em nulo.

Com a finalidade de fazer uma ambientação, apresentou-se sumariamente o conceito de Direito Administrativo Disciplinar.

Em seguida, discorreu-se sobre o regime jurídico-administrativo militar para inferir que, feitas as devidas adaptações e observadas as particularidades da atividade na caserna, submete-se ao regime jurídico-administrativo imposto à administração pública.

O maior destaque verificado nesse item foi a reunião de todos os princípios norteadores e poderes que são utilizados pela administração pública militar.

No seguinte, o trabalho esclareceu que o ato administrativo castrense para ter validade deve atender aos requisitos de competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Sobre a Hierarquia e Disciplina, que compõem os dois pilares de sustentação das Forças Armadas, foi destacada a importância que aquelas duas vigas mestras possuem para o pleno funcionamento dessas últimas.

Iniciou-se caracterizando transgressão disciplinar, diferenciando dos crimes militares e destacando que a indisciplina é a negação do dever. Em seguida, abordou-se sobre a sanção disciplinar, dando destaque para as suas finalidades.

A anulação de um ato disciplinar viciado possui efeitos retroativos desde a sua origem, sendo que todos os atos subsequentes e relacionados a ele também deverão ser anulados.

Dessa forma, a anulação do processo administrativo disciplinar, por causa de nulidade existente, contraria a necessidade de eficiência da administração militar, pois trará prejuízos ao acusado e a própria instituição militar.

Assim, o presente trabalho permitiu reunir os principais aspectos que devem ser observados, visando atender às garantias constitucionais,

com a finalidade de se reduzir a anulação de processos disciplinares no âmbito da administração da Aeronáutica Brasileira.

REFERÊNCIAS

ABREU, J. L. N. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

ALVES, L. S. *Questões relevantes da sindicância e do processo disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BACELLAR FILHO, R. F. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Estatuto dos Militares. Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 mar. 2017.

_____. Regulamento Disciplinar da Aeronáutica. Decreto N° 76.322, de 22 de Setembro de 1975. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 8 maio 2017.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 20. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

COSTA, A. H. *Manual do procedimento disciplinar: teoria e prática*. São Paulo: Suprema Cultura, 2006.

MARREIROS, A. A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal*. Teoria & Prática. São Paulo: Editora Método 2015.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed./ atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.



4 Artigos de grande repercussão



As ilusões da corrupção

Deltan Dallagnol

Procurador da República do Ministério Público Federal
Mestre em Direito pela Haward Law School (EUA)

Texto publicado na Folha de S. Paulo, coluna Opinião, em 4 de junho de 2017

A corrupção vende ilusões. No espelho, o Brasil se enxergava mais bonito do que era, mas a Lava Jato revelou uma dura realidade.

A cada mês, pencas de novos políticos e empresas são implicados, de diferentes partidos e setores. Grande parte da elite política e boa parte da elite econômica se uniram para lucrar e manter o poder por meio da corrupção.

Fazer política e ser amigo do “rei” se tornou um excelente negócio no país. Além de enriquecerem juntos, os grandes corruptos sempre se protegeram, desde que o Brasil é Brasil, e não se deixaram punir.

A explicação é simples: o mecanismo da punição é a lei. Os donos do poder garantem sua própria impunidade porque influenciam tanto o conteúdo da lei como quem a aplica.

Olhando para além do espelho, observam-se distorções na percepção de níveis de igualdade, democracia e estabilidade política no Brasil.

A República evoca a ideia do governo “entre iguais”. Igualdade perante a lei existe no papel, mas na realidade estamos presos à máxima de Maquiavel: “Aos amigos os favores, aos inimigos a lei”.

Quando circunstâncias históricas excepcionais violam a proibição de prender criminosos da elite, os Poderes são conclamados a restabelecê-la. O Supremo é demandado a rever posições –alguém altera seu voto–, pois é preciso mudar para que tudo fique igual.

O governo então se move para drenar a equipe policial, até que ela se torne infrutífera. O Congresso avança projetos para “estancar a sangria”. É necessário sufocar a rebelião da lei contra o *establishment*.

Outra ilusão é a de que há, no Brasil, uma democracia substancial. O povo escolhe seus representantes, mas, no mar de candidatos, desponta quem aparece mais. Aparece mais quem gasta mais. Gasta mais, frequentemente, quem desvia mais.

A “seleção natural” faz com que os corruptos tendam a sobreviver na política. A Lava Jato revelou que partidos receberam mais em propinas do que em verbas do fundo partidário. A sociedade se tornou prisioneira de um sistema corrupto.

Como consequência, aqueles que deveriam representar a população se ocupam de agradar as grandes empresas em troca de leis, subsídios e contratos públicos.

Por fim, a estabilidade política, necessária para a economia prosperar, revelou-se precária. Em troca dela, o país é chantageado a aceitar a corrupção dos donos do poder.

A chave para a recuperação econômica é usada como moeda de troca, para garantir a impunidade dos grandes corruptos e a continuidade dos esquemas.

Vende-se uma dupla ilusão. A estabilidade é falsa. Seus pilares estão corroídos, apodrecidos, prontos a desmoronar a cada próximo escândalo. Além disso, estudos internacionais mostram que a corrupção sistêmica é incompatível com o desenvolvimento econômico e social.

A corrupção suga, por meio de mais e mais impostos, a energia da produção brasileira e, por meio de mais e mais desvios, a qualidade do serviço público.

O país está desiludido, mas o problema não está na descoberta da ilusão. É a realidade que está distorcida. Ao mesmo tempo, o Brasil vive uma grande chance de se reconstruir sobre novas bases.

A lei não precisa se ajoelhar diante dos barões; o país não tem que caminhar sobre uma ponte instável; a população não está condenada a ser governada pela cleptocracia.

Este é o momento para ir além da mera alternância no poder dos corruptos de estimação –ou dos menos rejeitados.

É preciso coragem e perseverança, insistindo em reformas que, em meio a indesejáveis dores do parto, possam nos trazer um novo Brasil.

Podemos e desejamos eliminar a grande corrupção e alcançar mais igualdade, estabilidade e democracia. É essa a bela imagem que desejamos ver no espelho, mas não na forma de uma ilusão.

O mito do encarceramento em massa

Bruno Amorim Carpes

Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
Diplomado em Estudos Avançados pela Escola de Altos Estudos
em Ciências Criminais e pós-graduado em Processo Civil pela
Academia Brasileira de Direito Processual Civil

Texto publicado no Estado de S. Paulo, em 5 de setembro de 2017

“Números redondos são sempre falsos”, alertava o escritor inglês Samuel Johnson. Nos últimos anos, mídia engajada, ativistas e setores da academia jurídica têm repetido à exaustão que o Brasil possui um “sistema punitivista e encarcerador em massa”. De forma a referendar suas convicções, citam os números do relatório Infopen, divulgado pelo Ministério da Justiça em dezembro de 2014, que revelam a existência de aproximadamente 622.000 presos nas cadeias brasileiras. Esta estatística alavanca o país, segundo o próprio relatório, ao 4º lugar mundial em população carcerária em números absolutos, não obstante a posição brasileira de 5ª maior população mundial, suspeitosamente omitida.

Em estudo conjunto com Promotores de Justiça de Minas Gerais, dentre eles Renato Teixeira Rezende, apresentado no I Congresso Brasileiro da Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais, realizou-se análise comparativa detalhada entre os números divulgados em 2014 pelo relató-

rio Infopen e as estatísticas divulgadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público, em 2016, em seu Relatório do Sistema Prisional Brasileiro.

Já em um primeiro passar de olhos, surpreendi-me com a gritante incongruência dos números prisionais. Inicialmente, em relação à própria população carcerária: enquanto o órgão federal informa 622.202 presos, o CNMP, no ano seguinte, informa 557.310 presos. A explicação quanto à grande diferença, em parte atenuada pelo número de presos em delegacia não contabilizados pelo CNMP (37.444), pode estar no interesse dos estados brasileiros em inflacionar sua população carcerária, a fim de possibilitar maiores repasses do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional), uma vez que são os entes federados que informam os dados. Enquanto isso, os números do CNMP são recolhidos pelos membros do Ministério Público encarregados pela fiscalização mensal dos estabelecimentos prisionais.

A seguir, a fim de cotejar os índices de presos com os demais países, em consulta ao sítio eletrônico que busca realizar comparativo global prisional (prisonstudies.org), foi possível constatar que o Ministério da Justiça buscou alavancar a posição brasileira no comparativo, tendo desrespeitado os critérios adotados pelo instituto internacional. Isto é, não observou que o estudo global corretamente considera como preso somente aquele que se encontra em regime integralmente fechado; e como preso provisório somente aquele que se encontra aguardando julgamento.

Por conseguinte, conforme o relatório do CNMP (o último relatório do órgão executivo federal não informa o número de presos por regime), o Brasil possui 456.108 presos – dentre provisórios e no regime fechado, e não 622.202. Essa brutal diferença influencia diretamente na taxa de encarceramento brasileiro (número de presos a cada cem mil habitantes). Assim, adotando-se o justo critério considerado pelos demais países, o Brasil passa a configurar na 60ª posição mundial e na 8ª posição da América do Sul (13 países), com 224 presos a cada 100.000 habitantes. Dessa forma, o país com maior número de homicídios no mundo e que alcançou a marca de aproximadamente um milhão de roubos, conforme levantamento realizado em 2011 (parou-se inexplicavelmente a con-

tagem), encontra-se próximo da taxa europeia, de 192 presos para cada 100.000 habitantes.

Ainda, ambos os relatórios consideram presos provisórios todos aqueles sem julgamento transitado em julgado, apresentando percentuais que oscilam entre 35% e 36%, taxas menores que as de Suíça e dos Países Baixos, e em paridade com a Itália, todos países que não utilizam o nosso critério alargado. Não obstante a falta de critério equânime adotado pelos órgãos oficiais, segundo o próprio comparativo global, o país ocupa a 117ª posição em número de presos provisórios para cada 100.000 habitantes. Por fim, em meio ao relatório do Infopen encontra-se o percentual de 26% para presos provisórios sem julgamento há mais de 90 dias, critério praticamente similar ao adotado pelos demais países. Por óbvio, pois, o número de presos provisórios não pode ser causa de preocupação para as autoridades brasileiras e os “especialistas”.

As taxas irrealis de encarceramento e de presos provisórios apresentadas por meio do Ministério da Justiça, repetidas a todo o momento, lembram a lição de Daniel Huff em “Como Mentir Com Estatística”, quando alertava para o perigo das amostras com “tendenciosidade embutida”, com a finalidade única de manipular a utilização das estatísticas.

Por outro lado, desde 2006 o sítio eletrônico da entidade “Contas Abertas” vem alertando quanto ao contingenciamento de verbas do Fundo Penitenciário Nacional – o que inclusive já fora reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347. Entre 2006 e 2015, o governo federal reduziu praticamente pela metade (49,2%) os gastos com o sistema prisional brasileiro, permitindo que o FUNPEN alcançasse no final de 2016, o saldo positivo de 3,5 bilhões de reais disponíveis para investimento no sistema penitenciário, valores predominantemente oriundos das loterias federais e das taxas administrativas. A conclusão divulgada pela “Contas Abertas”, e outrora reconhecida pelo próprio governo federal, é de que se optou pela utilização do saldo para auxiliar na melhoria do balanço financeiro da União, e não pela melhoria do sistema prisional. Surpreendem, aliás, as declarações de ex-Ministro da República que

se escandalizava com as prisões brasileiras, nomeando-as de masmorras medievais, enquanto não aplicava vultoso valor à disposição.

Ainda, outro mantra repetido à exaustão refere-se à falência do instituto da prisão. Nesta ordem, declara-se que é autoevidente a falência do cárcere, ante a constatação simplória de que o aumento do número de presos não interferiu na escalada assustadora da criminalidade. Inverte-se de forma bizarra a relação de causa e efeito, segundo a qual a pena é consequência do crime e não o contrário. Ora, com os cerca de 800 mil homicídios registrados apenas entre 2000 e 2015 – dos quais, segundo dados da ENASP, nem 10% resultaram em denúncias – é um verdadeiro escândalo atribuir à pena e não à impunidade o cenário caótico de violência em que ora vivemos.

Apenas a cegueira ideológica, ou malícia pura e simples, impedem alguém de enxergar o óbvio ululante: que a pena detém caráter dissuasório, punitivo e pedagógico (isto sim autoevidente a quem já teve de educar um filho), não é possível visualizar a desproporcionalidade da pena privativa de liberdade aplicada em solo brasileiro. Como refere sabiamente o grande jurista Edilson Mougnot Bonfim: “de tanto esmiuçarem a árvore, esqueceram-se de observar a floresta”.

A partir de dados esquecidos em meio ao relatório Infopen, denota-se que apenas no segundo semestre de 2014, enquanto 279.912 pessoas ingressaram no sistema prisional, saíram praticamente 200.000 pessoas. Consequentemente, é possível deduzir o que muitos operadores do Direito já percebem no cotidiano forense criminal: que o sistema punitivo brasileiro tornou-se totalmente deficiente em razão da desproporcionalidade da pena.

Após inúmeras mudanças legislativas, iniciadas em 1984 por um sistema progressivo irreal, o sistema prisional assemelha-se a uma porta giratória de criminosos, permitindo-se, com o sangue e o sofrimento de incontáveis vítimas, que um malfeitor tenha de cometer inúmeros crimes para permanecer tempo razoável em regime fechado. Em outras palavras, verifica-se que os condenados criminalmente permanecem pouquíssimo

tempo no sistema prisional, o que demonstra a falta do efeito intimidatório/dissuasório inerente à pena de prisão por tempo prolongado, conforme alertava o Nobel Gary Becker.

Cabe aqui a pergunta: por que os órgãos oficiais não colhem dados estatísticos que permitam aferir o tempo médio de prisão no regime fechado de condenados por crimes que interferem diretamente na vida social? Ou ainda, qual o percentual de condenados que sequer iniciam o cumprimento da pena em regime fechado? As perguntas muito provavelmente não são feitas em razão da previsibilidade do resultado assustador que desmascara a falácia da narrativa do encarceramento em massa, patrocinado generosamente por instituições internacionais com interesses espúrios.

Infelizmente, nada disso tem incomodado inúmeros “especialistas” na área, que se dizem preocupados com a cientificidade em suas manifestações, mas se encontram perdidos na lama da ideologia. Conforme salientado na paradigmática obra intitulada *Bandidolatria e Democídio*, escrita pelos Promotores de Justiça Diego Pessi e Leonardo Giardin de Souza: “Transformar o aparato policial e o sistema prisional do país em espantalhos, para em seguida denunciar-lhes a ineficácia e promover sua aniquilação é uma monstruosidade digna dos piores psicopatas. É algo que vem sendo feito de maneira sistemática pelo estamento brasileiro, com um custo de 60 mil vidas por ano”.



5 Iniciação científica



A impossibilidade do “estelionato previdenciário” omissivo

Raphael Mello

Estagiário da Procuradoria de Justiça Militar em Salvador

RESUMO: Com o presente trabalho objetiva-se a análise do que tem sido denominado “estelionato previdenciário”, a fim de demonstrar a impossibilidade de seu cometimento por conduta omissiva, no caso específico, a do parente do beneficiário que, diante de sua morte, não a comunica diretamente à Administração Militar ou ao INNS, que continua a depositar os valores referentes aos benefícios, e assim proporciona-se que estes sejam sacados pelo agente de maneira indevida mesmo após o óbito do aposentado ou pensionista. A tal conclusão pode-se chegar por meio da análise do tipo penal de estelionato, do princípio da legalidade e da relevância penal da omissão, o que se fará a partir de um estudo desses aspectos do ponto de vista legal e doutrinário. O tema demonstra acentuada importância, sobretudo pela quantidade de casos que diuturnamente são levados à Justiça Castrense, bem como à Justiça comum. O que a casuística revela é que a apropriação indevida de valores relativos a benefícios previdenciários pode ocorrer de diversas maneiras, de modo que, deve-se abandonar o uso de rótulos, como, por exemplo, o do “estelionato previdenciário”, e buscar a justa solução à luz do caso concreto. Com o presente trabalho, tem-se a intenção de demonstrar que a simples conduta de não comunicar o óbito à Administração Militar ou ao INSS não pode ser enquadrada no tipo previsto no art.

251 do Código Penal Militar, cujo *caput* tem redação idêntica ao do art. 171 do Código Penal, motivo pelo qual, as considerações aqui feitas, em regra, valem não apenas para a Justiça Militar.

PALAVRAS-CHAVES: Estelionato previdenciário. Princípio da Legalidade. Crime omissivo.

ENGLISH

TITLE: The impossibility of omissive “preventative swindling”.

ABSTRACT: This paper aims to analyze what has been called “social security fraud”, and we give an example of a specific case to demonstrate this type of fraudulent behavior; in the example case, a relative of the beneficiary who had passed away did not inform the military administration or the INSS, and continued to receive and withdraw the benefits after the death of the beneficiary. Such a conclusion can be reached by analyzing this type of fraudulent crime, the principles of legality and the criminal relevance of the omission, which will be drawn from a study of these aspects from a legal and doctrinal point of view. The issue is of great importance, especially in the number of cases that are regularly brought before the military courts, as well as the common court system. What the casuistry reveals is that the misappropriation of funds related to social security benefits can occur in several ways, so that the use of labels, such as “social security”, should be abandoned and a solution reached in the light of a specific case. This present work, is intended to demonstrate that the simple act of not reporting a death to the Military Administration or to the INSS can not be included in the type provided in art. 251 of the Military Penal Code, whose caption is similar to that of art. 171 of the Criminal Code, which is why, the considerations made here, as a rule, are valid not only for the Military Court.

KEYWORDS: Social security office. Principle of Legality. Crime omissive.

SUMÁRIO

1 Introdução (p. 3) – 2 Apropriação indébita; apropriação de coisa havida acidentalmente; e estelionato (p. 4) – 3 Estelionato previdenciário (p. 8) – 4 Simples não comunicação do óbito não configura estelionato (p. 10) – 4.1 Da inexistência de dever legal de comunicar o óbito – Princípio da Legalidade (p. 10) – 4.2 Da inexistência de dolo anterior (p. 14) – 4.3 Da impossibilidade de estelionato omissivo (p. 16) – 5 Conclusão (p. 21)

1 INTRODUÇÃO

O dia a dia no âmbito da Justiça Militar revela a existência de inúmeros casos em que, após o falecimento de inativos e pensionistas das Forças Armadas, seus parentes continuam a sacar os respectivos benefícios, fazendo, para tanto, uso do cartão eletrônico do banco. No mais das vezes, a Administração Militar continua a fazer os depósitos porque não fora informada do óbito, ou por qualquer outro motivo.

A prática descrita no parágrafo anterior, bem como a qualquer outra por meio da qual o agente, de maneira indevida, consegue auferir valores em prejuízo da Administração Militar ou da Previdência Social, têm-se chamado de “estelionato previdenciário”, no âmbito da Justiça Castrense e Federal.

O Superior Tribunal Militar, no mais das vezes, tem entendido como estelionato a conduta do indivíduo que, após o falecimento de seu familiar (aposentado ou pensionista das Forças Armadas), não comunica o óbito à Administração Militar, e continua a sacar os valores depositados a título de benefício previdenciário.

Diante da ocorrência de inúmeros casos como esse, não só na Justiça Militar, mas também na justiça comum, revela-se importante uma análise do tema, a fim de encontrar uma resposta mais adequada para os casos.

Tal solução somente é possível através da análise do tipo penal de estelionato (art. 251 do Código Penal Militar e 171 do Código Penal), bem como de outros tipos penais correlatos, e da parte geral dos códigos acima citados.

Assim, no presente trabalho, realizar-se-á, de maneira sintética, uma análise dos tipos penais de apropriação indébita, apropriação de coisa havida acidentalmente e de estelionato; será contextualizado o que se tem, de maneira geral, denominado de “estelionato previdenciário”; e se esta é a figura típica a qual se amolda a conduta do indivíduo que, diante da morte de seu familiar (aposentado ou pensionista), continua a sacar os valores referentes ao benefício, sem comunicar o óbito diretamente à Administração Militar ou ao INSS.

2 APROPRIAÇÃO INDÉBITA; APROPRIAÇÃO DE COISA HAVIDA ACIDENTALMENTE; E ESTELIONATO

Todos os delitos apontados no título do presente tópico são patrimoniais e possuem em comum o fato de dispensarem, para sua caracterização, o uso de violência, física ou moral, contra a pessoa.

Conforme já apontado, é comum chamar de “estelionato previdenciário”, e conseqüentemente aplicar o art. 251, do Código Penal Militar (art. 171, do Código Penal), a todos os casos em que o agente, de maneira indevida, auferir valores provenientes de benefícios previdenciários em prejuízo da Administração Militar ou da Previdência Social. Contudo, somente a análise individualizada de cada caso permite a devida diferenciação entre as condutas praticadas, a fim de encontrar o tipo penal em que se subsume a conduta, ou mesmo verificar a inexistência de ilícito penal.

O crime de apropriação indébita encontra-se descrito no art. 248 do Código Penal Militar, que possui a seguinte redação: “Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou detenção”.

O núcleo do tipo é “apropriar-se”, ou seja, tornar sua, coisa que pertence a terceiro. A apropriação indébita pressupõe que o agente tenha, anteriormente, a posse ou detenção legítima da coisa e, posteriormente, dela se aproprie. Nas palavras de Paulo César Busato, “A incriminação consiste justamente no abuso por parte do possuidor que, em determinado momento, altera sua condição precária de disposição do bem, passando a comportar-se como dono¹”.

Na apropriação indébita é possível visualizar, portanto, a existência de dois momentos distintos. Um inicial, no qual o indivíduo exerce a posse ou detenção legítima da coisa, e um segundo momento, em que há a inversão do *animus* e o indivíduo passa a se comportar como se dono fosse de coisa alheia. Por isso, costuma-se dizer que no crime de apropriação indébita, o dolo do agente é subsequente.

Como afirma Heleno Fragoso, “a posse que deve preexistir ao crime deve ser exercida pelo agente em nome alheio (nomine alieno), isto é, em nome de outrem, seja ou não em benefício próprio”. Quer dizer, neste crime, o dolo é subsequente, pois a apropriação segue à posse da coisa².

Na apropriação de coisa havida acidentalmente, ao contrário da apropriação indébita, inexistente legítima e anterior posse ou detenção da *res*. No crime previsto no art. 249, do Código Penal Militar (art. 169, do Código Penal), a coisa vem ao poder agente por erro, caso fortuito ou força da natureza. Assim como no delito de apropriação indébita, o núcleo do

¹BUSATO, P. C. *Direito penal*: parte especial 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 546.

²BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 240.

tipo é “apropriar-se”, de modo que, “o crime de apropriação de coisa havida acidentalmente consuma-se com a inversão do título de posse, praticando o agente atos que revelam a qualidade de quem tem o domínio da coisa³”, como leciona Enio Luiz Rosseto.

Como é possível notar da análise comparativa entre os crimes de apropriação indébita e apropriação de coisa havida acidentalmente, o primeiro delito é mais grave, pois, pressupõe a existência de uma relação anterior entre o proprietário da coisa e o possuidor ou detentor, relação essa que, muitas vezes é pautada na confiança. Pela maior gravidade em abstrato da conduta, achou por bem o legislador prever para o crime de apropriação indébita pena maior que para o de apropriação de coisa havida acidentalmente.

Dos três crimes apontados no presente tópico, contudo, o estelionato é, sem dúvida, o mais reprovável, isso porque, exige do agente, uma destreza maior que a ordinária, a capacidade de ludibriar, de fazer com que a vítima tenha uma deturpada visão da realidade, de modo que, pacífica e voluntariamente, entregue a coisa ao agente. Outra não é a percepção de Paulo César Busato:

O estelionato tem uma característica especial em face dos demais ataques contra o bem jurídico patrimônio, consistente na sagacidade do agente, que utiliza sua capacidade de convencimento para iludir a vítima, de tal modo a fazer com que esta ceda ou ao menos diminua a vigilância sobre o objeto atacado⁴.

Conforme a redação do art. 251, do Código Penal Militar (art. 171, do Código Penal), o delito em comento pressupõe que o agente obtenha “para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento”.

³ ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 870.

⁴ BUSATO, P. C. *Direito penal: parte especial* 2. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 582.

No estelionato são indispensáveis os seguintes requisitos: a) o induzimento ou a manutenção da vítima em erro; erro é a falsa percepção ou o desconhecimento da realidade; no erro a vontade é viciada; b) o emprego do artifício, do ardil ou de qualquer outro meio fraudulento; c) a obtenção da vantagem ilícita e o prejuízo alheio. As ações típicas são as de induzir ou manter a vítima em erro. No estelionato “o erro é provocado e é exatamente esse erro que induz ou mantém a vítima de conformidade com os desígnios do sujeito ativo”⁵.

Ao contrário da apropriação indébita, no crime de estelionato inexistente a posse ou detenção anterior, de modo que, a coisa só vem ao poder do agente após este empreender uma conduta de tal modo arditosa, artificiosa ou fraudulenta, que seja capaz de induzir ou manter a vítima em erro, pela falsa percepção da realidade causada pela ação do sujeito ativo.

Parte da doutrina estabelece diferença entre apropriação indébita e estelionato baseada no momento de surgimento do dolo. Conforme leciona Mirabete, “o delito de apropriação indébita difere do de estelionato (art. 171), pois no primeiro o dolo somente surge após ter o agente a posse da coisa, recebida licitamente, enquanto no segundo ele se revela antes, visando o agente ao recebimento dela”⁶. O sujeito ativo, portanto, desde o início, tem a intenção de obter vantagem ilícita em detrimento da vítima que, ludibriada pelo agente, permite a aproximação.

Em suma, da análise dos três crimes, é possível construir o seguinte quadro:

1. Na apropriação indébita, o sujeito ativo possui a legítima posse ou detenção da coisa alheia e, em momento posterior, resolve fazer sua a *res*, invertendo assim o *animus* da posse.

2. Na apropriação de coisa havida acidentalmente, o agente não possui a posse ou detenção legítima da coisa, inexistente a relação anterior

⁵ ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 874.

⁶ MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de Direito Penal*, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 272.

(contratual, legal ou baseada na confiança) entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, e a coisa vai ao poder do primeiro por erro, caso fortuito, ou força da natureza. Após este momento em que, acidentalmente, passa a ter a detenção da coisa, o agente, em vez de procurar restituí-la, resolve tomá-la para si.

3. No estelionato, não existe, necessariamente, a anterior relação de confiança, tão pouco a coisa vem ao poder do agente por acidente. Neste crime, o agente obtém vantagem ilícita após induzir ou manter a vítima em erro. Ao contrário dos outros dois crimes, o dolo de se apropriar preexiste à apropriação da coisa, que somente vem ao poder do sujeito ativo após o emprego de artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

3 ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO

No âmbito da Justiça Militar, é comum deparar-se com o que tem sido chamado e tratado como “estelionato previdenciário”, que, de maneira geral, consiste na prática de obter indevidamente, em detrimento da Administração Militar, valores relativos a benefícios oriundos de aposentadoria ou pensão por morte. Casos semelhantes são apurados também na Justiça Federal.

De maneira exemplificativa, o que se tem chamado de “estelionato previdenciário” é o que decorre das seguintes condutas:

1. O agente, efetivamente, em momento anterior, valendo-se de artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento, induz a Administração a erro, obtendo benefício que, em verdade, não deveria existir, pois inexistentes os requisitos legais. É o caso, por exemplo, do indivíduo que falsifica documentos para obter aposentadoria por invalidez.

2. O benefício era devido, contudo, após o falecimento do seu titular, um terceiro, geralmente parente da vítima, de posse do cartão eletrônico e da senha, continua a sacar os valores. Esta situação, em regra, decorre do fato de a Administração Militar ou a Previdência não ser notificada do óbito, e continuar realizando os depósitos.

Nos casos que se assemelham ao primeiro exemplo, visualizamos com facilidade o crime de estelionato, vez que, resta evidente que a conduta se amolda ao tipo penal de estelionato (art. 171 do Código Penal e art. 251 do Código Penal Militar), pois o agente, de maneira deliberada, com dolo preexistente de obter vantagem ilícita, e através de ação fraudulenta, induz a Administração a erro, que, uma vez ludibriada, confere o benefício indevido.

Contudo, para os casos que se assemelham ao segundo exemplo, em que o sujeito, após o falecimento do beneficiário, continua a sacar os vencimentos, difícil aceitar que tais condutas configurem o crime de estelionato, em que pese tal ser a visão predominante no Superior Tribunal Militar. Em sentido semelhante ao defendido no presente trabalho, encontramos a doutrina de Adriano Alves-Marreiros que, na obra DIREITO PENAL MILITAR Teoria Crítica e Prática, expõe o que segue:

No entanto, chamamos atenção para uma outra hipótese que envolve previdência social. São numerosos, há alguns anos, os casos em que inativos e pensionistas das forças armadas faleceram e parentes não comunicam a morte à Administração Militar e continuam sacando vencimentos indevidos após a morte, utilizando o cartão eletrônico do banco. Muitos, aliás, a maioria e o próprio STM vislumbram estelionato em tal conduta: o chamado estelionato previdenciário. Não concordamos. Entendemos que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, como garante a Constituição. Assim sendo, os parentes da falecida não têm obrigação de comunicar a morte à Administração Militar e não podem responder penalmente por esta omissão: ela não pode ser considerada como induzir ou manter alguém em erro⁷.

Como se vê, Alves-Marreiros se vale de garantia constitucional para afastar a incidência do crime de estelionato nesses casos em que a conduta

⁷ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 2015, p. 1259.

do agente se limita a não comunicação do óbito à Administração Militar. Vamos além, pois entendemos que outros argumentos existem para afastar a tipificação prevista no art. 251 do Código Penal Militar (art. 171, do Código Penal).

Conforme já apontado, ainda que sucintamente, em linhas pretéritas, para configuração do estelionato, entende grande parte da doutrina que o dolo deve ser preexistente. Outrossim, em que pese a divergência doutrinária, entendemos pela impossibilidade da prática do crime de estelionato por omissão, como será explicado adiante.

4 SIMPLES NÃO COMUNICAÇÃO DO ÓBITO NÃO CONFIGURA ESTELIONATO

É comum notar na sociedade brasileira que em virtude das dificuldades em cumprir com suas obrigações e satisfazer suas necessidades ordinárias, bem como pela relação de confiança existente, os pais entregam seus cartões e senhas bancárias aos filhos, confiando a eles a administração dos bens, permitindo irrestrito acesso às suas contas, o que inclui os valores relativos aos benefícios previdenciários.

Neste caso, o filho, qualquer outro parente, ou ainda um terceiro, exerce a detenção em favor do beneficiário, tornando-se uma espécie de gestor. Há, portanto, uma detenção anterior legítima, baseada na relação de confiança existente.

4.1 Da inexistência de dever legal de comunicar o óbito – Princípio da Legalidade

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso II, preceitua que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Tal dispositivo insculpe o Princípio da Legalidade, que, conforme a lição de Alexandre de Moraes, “visa combater o poder arbi-

trário do Estado”⁸, constituindo garantia constitucional conferida ao cidadão.

A respeito do tema, acompanhem os valiosos ensinamentos do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nos termos do art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Aí não se diz “em virtude de” decreto, regulamento, resolução portaria ou quejandos. Diz-se “em virtude de lei”. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coatar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar⁹.

O que se extrai do quanto transcrito é que: apenas lei em sentido estrito pode impor obrigações aos administrados, pois, ao particular é permitido fazer tudo que não lhe seja proibido ou não fazer o que não lhe seja imposto por meio de lei.

O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo o que não estiver disciplinado pelo direito está abrangido na esfera de autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício das escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que não for proibido nem obrigatório por meio de lei será reputado como permitido¹⁰.

⁸ MORAES, A. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 45.

⁹ MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 102-103.

¹⁰ JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 213.

Portanto, por força do princípio da legalidade, o cidadão tem, em sua vida privada, ampla e irrestrita liberdade, que somente pode ser limitada por lei, motivo pelo qual, acertado o pensamento de Adriano Alves-Marreiros (já exposto em linhas anteriores), quando conclui que, por força de preceito constitucional (art. 5º, II, da Constituição Federal), os parentes do beneficiário (aposentado ou pensionista) não possuem a obrigação legal de comunicar o óbito à Administração Militar ou à Previdência Social, conforme o caso.

Após o falecimento do familiar, os parentes apenas têm a obrigação de declarar o óbito para que seja lavrada a respectiva certidão. A Lei 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, no artigo 80, elenca as pessoas obrigadas a declarar o óbito, vejamos:

Art. 80. São obrigados a fazer declaração de óbitos:

- 1º o chefe de família, a respeito de sua mulher, filhos, hóspedes, agregados e fâmulos;
- 2º a viúva, a respeito de seu marido, e de cada uma das pessoas indicadas no número antecedente;
- 3º o filho, a respeito do pai ou da mãe; o irmão, a respeito dos irmãos e demais pessoas de casa, indicadas no n. 1; o parente mais próximo maior e presente;
- 4º o administrador, diretor ou gerente de qualquer estabelecimento público ou particular, a respeito dos que nele faleceram, salvo se estiver presente algum parente em grau acima indicado;
- 5º na falta de pessoa competente, nos termos dos números anteriores, a que tiver assistido aos últimos momentos do finado, o médico, o sacerdote ou vizinho que do falecimento tiver notícia;
- 6º a autoridade policial, a respeito de pessoas encontradas mortas.

Parágrafo único. A declaração poderá ser feita por meio de preposto, autorizando-o o declarante em escrito, de que constem os elementos necessários ao assento de óbito.

A Lei 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, por sua vez, no art. 68, impõe ao Titular do Cartório de Registro Civil

de Pessoas Naturais a obrigação de comunicar os óbitos registrados ao INSS, nos seguintes termos:

Art. 68. O Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais fica obrigado a comunicar, ao INSS, até o dia 10 de cada mês, o registro dos óbitos ocorridos no mês imediatamente anterior, devendo da relação constar a filiação, a data e o local de nascimento da pessoa falecida. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 15.4.94)

§ 1º No caso de não haver sido registrado nenhum óbito, deverá o Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais comunicar este fato ao INSS no prazo estipulado no caput deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.870, de 15.4.94).

§ 2º A falta de comunicação na época própria, bem como o envio de informações inexatas, sujeitará o Titular de Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais à penalidade prevista no art. 92 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.476, de 23.7.97)

§ 3º A comunicação deverá ser feita por meio de formulários para cadastramento de óbito, conforme modelo aprovado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001).

Como é possível notar, ao particular apenas é imposta a obrigação de declarar o óbito, sendo responsabilidade do Titular do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais a comunicação ao INSS. Deste modo, inexistente preceito legal que obrigue o particular a comunicar diretamente ao INSS ou à Administração Militar o óbito de seu familiar. E mais, em respeito ao princípio da legalidade, tal obrigação somente poderia ser imposta por meio de lei, sendo inadmissível que o seja por regulamento, instrução, resolução, portaria, ou qualquer ato congênere, que, ainda que existente no âmbito da Administração Militar, não poderia ser imposta ao particular.

Ainda que se espere boa fé e comportamento probó dos cidadãos, à ausência de lei que os obrigue a comunicar o óbito, inexistente o dever de

fazê-lo. Por tal motivo, impossível a responsabilidade penal por conta desta omissão, que não se revela ilegal.

Por isso, impossível falar em estelionato, sendo possível, conforme o caso, a imputação do delito de apropriação indébita ou apropriação de coisa havida acidentalmente, não pela prática da omissão, mas sim da apropriação (elementar dos crimes de apropriação) dos valores indevidamente depositados.

4.2 Da inexistência de dolo anterior

Como já exposto, no crime de estelionato, inexistente a posse ou detenção anterior, de modo que, a coisa só vem ao poder do agente após o emprego de uma conduta de tal modo ardilosa, artificiosa ou fraudulenta, que seja capaz de induzir ou manter a vítima em erro, pela falsa percepção da realidade causada pela ação do sujeito ativo. O dolo do agente, portanto, revela-se preexistente, a partir do momento em que este último se utiliza de meios fraudulentos a fim de obter vantagem ilícita.

No caso do indivíduo que tem a posse do cartão eletrônico e senha e, conseqüentemente, amplo acesso à conta com o fim de gerir os valores nela constante em favor do beneficiário, nota-se que existe uma posse anterior legítima, não fraudulenta, pautada na relação de confiança com o beneficiário. O indivíduo não emprega qualquer meio fraudulento para obter a posse da coisa, sendo sua intenção inicial a simples gestão dos valores, e não a reversão em proveito próprio.

Com a apropriação indébita, a diferença se dá pelo momento do dolo: se for depois da entrega do bem, ou seja, o dolo é subseqüente à posse ou detenção da coisa, há a apropriação indébita; se o dolo, o chamado dolo *ab initio*, é anterior à entrega da coisa, há o estelionato¹¹.

¹¹ ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 880.

Deste modo, inexistido o dolo em momento anterior à posse ou detenção, já que legítima nos casos em que o familiar simplesmente exerce a administração dos valores em favor do beneficiário, impossível falar em estelionato.

Pode-se questionar que, a partir do momento em que o beneficiário morre, acaba a relação entre este e o terceiro que exerce a administração dos valores, e, portanto cessada está a legítima posse. Em verdade, os próprios valores depositados não mais pertencem ao beneficiário falecido, e sim à Administração.

Contudo, conforme já apontado, a obrigação do parente do beneficiário restringe-se a declarar o óbito, para que seja lavrada a respectiva certidão, e não comunicá-lo diretamente ao INSS ou Administração militar, vez que não existe lei que o obrigue a tanto.

Nesta senda, considerar como fraude a simples não comunicação do óbito à Administração Militar, seria pressupor que, a partir do momento em que não comunica a morte do familiar (conduta que não lhe é exigida por lei e, portanto, não obrigatória), o sujeito já estava predisposto a apropriar-se dos valores (dolo *ab initio*), o que pode não condizer com a realidade.

Neste caso, em que havia uma legítima e anterior posse, a fim de que fossem geridos os valores em favor do beneficiário, ou admite-se que continua a haver uma posse legítima e, configurado está o crime de apropriação indébita com a inversão do *animus*, ou admite-se que houve uma quebra da cadeia, pois agora os valores não mais pertencem ao beneficiário, mas sim à Administração, de modo que, o erro em continuar a depositar os valores conduz ao cometimento de crime de apropriação de coisa havida acidentalmente, em face do erro da Administração, que não pode ser imputado ao particular, já que não está obrigado a comunicar o óbito.

O que consideramos inconcebível é tratar tal conduta como estelionato, vez que, o erro em que está a administração não pode ser imputado ao agente.

4.3 Da impossibilidade de estelionato omissivo

Conforme o conceito analítico, crime é o fato típico, ilícito e culpável. Por sua vez, o fato típico possui os seguintes elementos: conduta, resultado, nexos de causalidade e tipicidade.

Para falar em crime, portanto, necessária a existência de uma conduta. Tal conduta pode ser comissiva ou omissiva.

Conduta é a ação ou omissão, voluntária e consciente, implicando em um comando de movimentação do corpo humano voltado a uma finalidade. A ação (*facere*) e a omissão (*non facere*) constituem as formas básicas do fato punível, mas com estruturas distintas. Com a ação transgride-se uma proibição. Com a omissão transgride-se uma ordem, que impõe um comportamento ativo. Compõem-se, pois, de um comportamento interior (subjutivo), de conteúdo psicológico, que é a vontade dirigida a um fim, da representação ou antecipação mental do resultado pretendido, da escolha dos meios e da consideração dos efeitos concomitantes ou necessários ao fim proposto¹².

O crime omissivo pode ser próprio ou impróprio. Nos crimes omissivos próprios, a omissão integra o próprio tipo penal, que se configura pela existência de núcleos que já denotam uma conduta passiva, como, por exemplo, “deixar” e “omitir”. Nestes crimes, caso a conduta do agente se enquadre ao tipo penal, configurado está o delito. É o que ocorre, por exemplo, no crime de omissão de lealdade militar, previsto no art. 151 do Código Penal Militar, que tipifica a conduta de “deixar o militar ou assemelhado de levar ao conhecimento do superior o motim ou revolta de cuja preparação teve notícia”.

Contudo, mesmo que o tipo penal não seja propriamente omissivo, ainda assim é possível que o agente, de maneira omissiva, nele incida. Nes-

¹² ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 146-147.

tes casos, revela-se o crime omissivo impróprio. Essa hipótese tem previsão tanto no Código Penal, quanto no Código Penal Militar, nos artigos 13, § 2º e 29, §2º, respectivamente.

Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

§ 2º – A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Art. 29. O resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

[...]

§ 2º A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

Nos tipos comissivos, a omissão apenas ganha relevância quando existe o dever de agir por parte do indivíduo, que ostenta a condição de garantidor. Esse dever pode ser legal, decorrer de outra forma de assunção de responsabilidade (contrato, por exemplo), ou de comportamento anterior

que gerou o risco. Nestes casos, há um dever jurídico de evitar o resultado. Segundo Enio Luiz Rosseto, o resultado não é imputado a alguém pela omissão, mas pela falta da ação juridicamente exigível, o que torna a omissão penalmente relevante¹³.

Em suma, no crime omissivo próprio, a conduta omissiva integra o próprio tipo penal, podendo ser praticada por qualquer pessoa, desde que preenchidos os elementos do tipo. No crime omissivo impróprio, para incidir no tipo penal, o agente deve ter condição específica de garantidor da não ocorrência do resultado.

Essa exigência de ação a evitar o risco pode ser indistinta, geral, a alcançar todos aqueles sujeitos à norma penal, e expressa no tipo penal, configurando-se a omissão própria, ou pode ser específica, determinada a certas pessoas que adquiram a condição de garantidor do bem jurídico, quando se configura a omissão imprópria¹⁴.

O crime de estelionato, cujo *caput* possui a mesma definição, seja no Código Penal, seja no Código Penal Militar, possui a seguinte tipificação: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento”.

Conforme é possível depreender da leitura do artigo, o crime se configura com a obtenção de vantagem ilícita, após a indução ou manutenção de alguém em erro. Assim, exige-se do agente uma conduta comissiva, no sentido de induzir ou manter alguém em erro, motivo pelo qual entendemos tratar-se de crime que somente admite a modalidade comissiva.

Entendimento diverso é apresentado por Rogério Greco, para quem, o estelionato pode ser omissivo, na modalidade “manter em erro”, conforme classificação doutrinária por ele proposta para o crime.

¹³ ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 159-160.

¹⁴ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250-251.

Analisando a figura típica fundamental, podemos concluir que o estelionato é um crime comum tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; material; comissivo e omissivo (tendo em vista ser possível esse raciocínio através da conduta de manter a vítima em erro); de forma livre (pois qualquer fraude pode ser usada como meio para a prática do crime); instantâneo (podendo, ocasionalmente, ser reconhecido como instantâneo de efeitos permanentes, quando houver, por exemplo, a perda ou destruição da coisa obtida por meio de fraude); de dano; monossubjetivo, plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da forma como o delito é praticado)¹⁵. (grifo nosso)

No mesmo sentido, de ser possível o cometimento de estelionato por omissão, embora reconhecendo posicionamento doutrinário em sentido contrário, Coimbra Neves e Streinfinger:

É possível, ademais, que o sujeito passivo já esteja com uma falsa compreensão da realidade, que é mantida pelo agente pela sua conduta fraudulenta, configurando-se a modalidade “mantendo alguém em erro”, prevista no tipo em estudo. Mesmo nesta segunda possibilidade – manter a vítima em erro –, destaque-se, há o entendimento, do qual discordamos, de que o comportamento do sujeito ativo deva ser comissivo, fazendo algo que mantenha a vítima no equívoco em que se encontrava. Parece mais acertada, no entanto, a visão de que é possível a manutenção em erro, caracterizadora da fraude, por conduta omissiva¹⁶. (grifo nosso)

Para aqueles que entendem pela possibilidade de o estelionato ser cometido por omissão, ao se manter em silêncio, como ocorre, por exem-

¹⁵ GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte especial*, volume II. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017, p. 818.

¹⁶ NEVES, C. R. C.; STREINFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1216.

plo, quando o indivíduo não comunica o óbito do beneficiário (aposentado ou pensionista) ao INSS ou à Administração Militar, haveria o crime de estelionato, pois a vítima estaria sendo mantida em erro pelo “malicioso silêncio” do agente.

Este entendimento, contudo encontra três óbices: o primeiro, como já demonstrado, é a inexistência de dever legal de comunicar o óbito; o segundo, é a dificuldade (ou mesmo impossibilidade) de demonstrar a preexistência do dolo; o terceiro é a impossibilidade de haver estelionato por omissão, como entendemos.

Mesmo na modalidade manter em erro, nota-se a necessidade de uma conduta comissiva por parte do agente no sentido de manter a vítima em erro, sendo impossível sua configuração pelo silêncio ou inatividade, condutas estas, omissivas. Outro não é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt.

Em outros termos, a obtenção da vantagem ou proveito ilícito decorre da circunstância de o agente induzir a vítima ao erro ou de mantê-la no estado de erro em que se encontra. Enfim, é possível que o agente provoque a incursão da vítima em erro ou apenas se aproveite dessa situação em que a vítima se encontra. De qualquer sorte, nas duas modalidades comete o crime de estelionato. Mas, parece-nos importante destacar que, mesmo na segunda hipótese, a conduta é comissiva, pois para “manter” o agente deve agir positivamente¹⁷. (grifo nosso)

Deste modo, por entender ser o estelionato um tipo comissivo, impossível aceitar que ele possa configurar-se pelo simples silêncio, inatividade, omissão. Mas do que o simples silêncio, necessária uma ação positiva do agente do sentido de induzir ou manter a vítima em erro. Pelo exposto, impossível admitir como estelionato o simples fato de não comunicar o

¹⁷ BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*, 3: parte especial dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 276.

óbito do familiar diretamente à Administração Militar ou ao INSS, vez que tal conduta é omissiva.

Por fim, também não há que se falar em omissão imprópria, pois inexistente para o cidadão o dever de evitar o dano, não ostentando, portanto, a condição de garantidor (imprescindível para a configuração do delito omissivo impróprio) do patrimônio da União, sendo sua conduta omissiva penalmente irrelevante.

A omissão impura também configura a não realização da ação exigida pela ordem jurídica, mas ao contrário da omissão pura – cujo sujeito ativo eventualmente é qualquer pessoa e cuja realização automaticamente consuma o delito –, o agente é necessariamente e sempre o garantidor/garante da não ocorrência do resultado naturalístico, ex vi do art. 29, § 2º, do CPM. Além do que, quando o garantidor lança mão da omissão imprópria, esta, por si só, não consuma o delito, devendo o momento consumativo aguardar a realização de um evento, pena de se quedar tentado.

[...]

O crime comissivo por omissão é constituído sobre dois alicerces: a norma genérica do art. 29, § 2º, do CPM, que identifica no sujeito ativo o *status* de garantidor diante do caso concreto; e o tipo penal incriminador que define crime comissivo¹⁸. (grifos nossos)

5. CONCLUSÃO

O princípio da taxatividade exige que a lei penal seja taxativa, descrevendo de maneira pormenorizada seus elementos, evitando com isso tipos vagos, ambíguos ou imprecisos. A taxatividade penal traz segurança jurídica, constituindo uma garantia ao cidadão. Por esse motivo, deve ter o Legislador esmero na criação dos tipos penais. Do mesmo

¹⁸ ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 2015, p 488.

modo, cabe ao Estado-Juiz o mesmo zelo para aplicação das leis, quando da análise do caso concreto.

Conforme demonstrado existem diferenças cruciais entre os tipos penais de estelionato e apropriação indébita, de modo que, só à luz do caso concreto, e com uma análise minudente, é possível aferir em qual tipo penal se encaixa a conduta.

No caso do saque de proventos de aposentado ou pensionista, após sua morte, pelos seus familiares, a resposta não pode ser dada *a priori*, pois somente o caso concreto será capaz de revelar à qual tipo penal se subsume a conduta. Não pensar nas diferenças entre as condutas de quem é estelionatário, apropria-se de coisa de que tinha posse ou detenção, ou se apropria de coisa vinda por erro, é ignorar a vontade do legislador, e conferir a condutas diversas o mesmo tratamento penal, em afronta aos princípios constitucionais e processuais penais.

A nosso ver, por todas as considerações trazidas ao longo do texto, no caso do indivíduo que, após a morte de seu familiar, simplesmente permanece inerte e não comunica o óbito, impossível falar em estelionato, seja pela inexistência do dever legal de fazê-lo, seja pela inexistência (ou impossibilidade de demonstração) do dolo antecedente, seja pela impossibilidade de o crime de estelionato ser cometido por omissão, seja própria, seja imprópria.

Tratar como estelionato a conduta de quem simplesmente não comunicou o óbito diretamente à administração militar ou ao INSS (condutas que não são exigidas por lei), conforme o caso, e, de maneira indevida, apropriou-se de valores que não lhe pertenciam, é o mesmo que ignorar a vontade do legislador e impor sanção mais severa que a adequada ao caso, conferindo tratamento penal mais severo a indivíduos que, em verdade, não são estelionatários, pois não demonstram especial engenho, astúcia, artifício ou ardil em suas condutas.

Essa conduta, em verdade, melhor parece se adequar aos crimes de apropriação indébita, seja simples, seja de coisa havida acidentalmente, conforme se reconheça a existência de legítima anterior posse ou detenção, ou se tratar de mero erro da Administração, respectivamente. O que não se pode

admitir, por tudo quanto exposto, é que tal conduta seja tratada como estelionato.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, A.; ROCHA, G.; FREITAS, R. *Direito Penal Militar Teoria Crítica e Prática*. São Paulo: Método, 2015.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal, 3: parte especial dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUSATO, P. C. *Direito Penal: parte especial 2*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II*. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

JUSTEN FILHO, M. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. *Manual de Direito Penal, Volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, A. *Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSSETO, E. L. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.







Este periódico foi impresso em Brasília, em outubro de 2017,
pela Gráfica e Editora Movimento Ltda.
O papel do miolo é *Pólen* 80g e o da capa é *duo design* 250g.
Visite nossa página: www.mpm.mp.br/editorial/