

 Revista do

Ministério Público Militar

Brasília - DF
2013



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral de Justiça Militar
Marcelo Weitzel Rabello de Souza

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar
Roberto Coutinho

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

Corregedora-Geral do MPM
Hermínia Célia Raymundo

Conselho Editorial

Clauro Roberto de Bortolli
Procurador de Justiça Militar – Coordenador

Ronaldo Petis Fernandes
Procurador de Justiça Militar

Helena Mercês Claret da Mota
Promotora de Justiça Militar

Romana de Castro
Secretária-Executiva

Revista do
Ministério Público Militar

Ano XXXVIII - Número 23 - Novembro de 2013

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

Projeto Gráfico: Conselho Editorial do MPM
Capa: Adriano Alves/Alessandra Duarte
Revisão: Kiron Editora Ltda - ME

Tiragem: 1.500 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores

Revista do Ministério Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 38,
n. 23 (nov. 2013). – Brasília : Procuradoria-Geral de Justiça Militar,
1974–

Anual

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

ISSN 0103-6769

I - Brasil. Ministério Público Militar

Vivemos um momento muito adequado para o lançamento da 23ª edição da Revista do Ministério Público Militar, pois estamos comemorando 20 anos da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, a chamada Lei Orgânica do Ministério Público da União que, efetivamente, serve como um instrumento para a atuação dos ramos que integram o Ministério Público da União, na defesa dos direitos e das garantias fundamentais das pessoas.

Com a norma constitucional adveio a Lei Complementar nº 75/93 que, de forma muito eficaz, organizou e especificou as atribuições do Ministério Público da União, estabelecendo, ainda, parâmetros para o exercício da função de controle externo da atividade policial, além de outras funções relevantes tais como, o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público, dentre outras.

Com efeito, a citada Lei é uma importante ferramenta de trabalho para todos aqueles que integram o Ministério Público da União, na medida em que materializou os anseios ministeriais em relação à aplicação da Lei, tendo o Direito como meio eficaz de atuação na defesa das garantias dos cidadãos.

É certo que toda a sociedade brasileira considera o Ministério Público da União um quarto poder, desempenhando de maneira independente suas atribuições constitucionais e infraconstitucionais, com atuações destacadas na defesa dos interesses não individuais, como, por exemplo, na propositura de Ação Civil Pública, Ação Popular, Mandado de Segurança Coletivo, Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Consumidor e do Meio Ambiente.

A Revista do Ministério Público Militar busca cada vez mais reafirmar e priorizar matérias voltadas à Legislação Penal Militar, como instrumento de divulgação do Direito Militar, sem prejuízo todavia da apresentação de outras matérias de Direito por parte de colegas integrantes de outras instituições, de magistrados e juristas.

A Revista é, ainda, um veículo eficaz de comunicação e revelação das ciências humanas, visando propósitos de divulgação científica e proporcionando, especialmente aos integrantes do Ministério Público da União, espaço para expor suas ideias, conceitos, teses e debates de assuntos jurídicos.

De outra sorte, não podemos deixar de expressar nossos agradecimentos aos autores dos trabalhos que integram mais este número da nossa Revista do Ministério Público Militar, que, certamente, deram uma contribuição relevante, proporcionando a edição da mesma, divulgando temas importantes, o que, decididamente, traz o enriquecimento dos conceitos jurídicos para seus privilegiados leitores.

A mescla do pensamento jurídico de Membros do Ministério Público da União com a contribuição de outros autores enriquece esta edição da Revista, tornando-a cada vez mais importante no cenário jurídico nacional.

Assim sendo, desejamos a todos que o tempo e a atenção dedicados à leitura dessa Revista sejam extremamente proveitosos.

Ronaldo Petis Fernandes
Procurador de Justiça Militar

Sumário

- **Esse tal crime propriamente militar. Busca de um conceito.**
Marcelo Weitzel Rabello de Souza 9
- **A Lei Complementar nº 75/93 e o Ministério Público na defesa dos direitos e garantias fundamentais**
Marcos José Pinto 27
- **Conflito de Atribuições no âmbito do Ministério Público à luz da Lei nº 8.625/93, da Lei Complementar nº 75/93 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**
Wellington Cícero Antunes do Nascimento 41
- **O Ministério Público Militar e seus desafios contemporâneos**
Antônio Pereira Duarte 61
- **A progressão do regime nos crimes militares ante as relações especiais de sujeição**
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Micheline Barboza Balduino Ribeiro 85
- **Garantismo penal à brasileira**
Selma Pereira de Santana 107
- **As infrações graves do Direito Internacional Humanitário, os processos legislativos para sua implementação a nível nacional na América Latina e a contribuição do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)**
Gabriel Pablo Valladares 133

■ O Princípio da Complementaridade Positiva no Direito Penal Internacional <i>Raphael Ramos Passos</i>	159
■ Justiça Militar, escabinato e o acesso à justiça justa <i>Fernando José Armando Ribeiro</i>	177
■ Treinamento militar e vitimodogmática <i>Antonio Carlos Gomes Facuri</i>	199
■ Crime continuado. A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? <i>Ronaldo João Roth</i>	213
■ Justiça retribuição e perdão. O caso da anistia. <i>Claudio Martins</i>	235
■ Cidadãos e inimigos. Uma abordagem criminológica sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo <i>Cláudia Aguiar S. Britto</i>	253
■ A transação administrativa e sua aplicação no Direito Disciplinar Militar <i>Jorge Cesar de Assis</i>	267
■ O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção – uma construção equivocada <i>Marcelo Ferreira de Souza</i>	291
■ Reflexos Jurídicos do emprego da artilharia antiaérea <i>Marcos Fernando Theodoro Pinheiro</i>	309



Esse tal crime propriamente militar. Busca de um conceito

Marcelo Weitzel Rabello de Souza
Procurador-Geral de Justiça Militar

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade uma análise crítica quanto à origem e expansão do conceito de crime militar em face da evolução tanto da doutrina jurídica como das missões destinadas às Forças Armadas.

PALAVRAS-CHAVES: Crime Militar. Evolução. Doutrina Jurídica. Dever Militar.

ABSTRACT: In summary, the article presents a critical analysis of the military crime from its origin within the evolution of the legal doctrine and the military duty.

KEYWORDS: Military Crime. Evolution. Legal Doctrine. Military Duty.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Pequeno histórico – 3. A complexidade de um conceito e o bem jurídico tutelado – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos pontos mais tormentosos no campo da ciência penal militar é o da busca de um conceito de crime propriamente, essencialmente, tipicamente, militar. Comumente se busca o simplório conceito divulgado no direito romano que, como veremos, não alcança a plenitude de circunstâncias rotineiramente demandadas às FFAA (Forças Armadas). Adicione-se o fato de que os romanos, belicosos por convicção política, não foram os únicos a influenciarem o direito penal castrense, haja vista que o direito germânico com este muito contribuiu.

Tudo não bastasse, a longa e constante evolução da atividade militar enseja reflexões que intimidam sempre respostas simples e objetivas. O enorme salto dado, desde a atividade militar romana – (que) sequer utilizava-se da cavalaria já existente, ao preferir proceder às movimentações e ataques a favor da exposição corporal –, com o longo caminho percorrido, massificação das FFAA, quartel, intendência, apoio logístico, evolução tecnológica, em que combates são realizados por vezes sem qualquer contato físico; quando a formação educacional e o rotineiro acompanhamento da evolução tecnológica se fazem necessariamente casados, estão a ensejar controvérsias quanto ao real enfoque a ser dado ao que se denomina crime militar.

A acompanhar a evolução das tropas, o regimento estamentário quanto a suas origens e funções com múltiplas facetas, exércitos profissionais ou não, FFAA com quadro de conscritos e profissionais no mesmo corpo, uma nova figura ainda restrita a países muito ricos, que investem cada vez mais na contratação de forças privadas com atuação em nome de uma nação, o que sem dúvida, gera total perplexidade perante os estatutos jurídicos postos e debatidos até então. Como classificar como fato típico a “deserção” daquele “militar” contratado por uma empresa para comandar um comboio de mantimentos em plena guerra do Kosovo e que por receio do combate iminente abandona a viatura e seu conteúdo (alguns casos com armamentos), à própria sorte?

O debate assume relevo, pois não é incomum vermos estatutos estrangeiros exigirem a delimitação do foro militar àquelas hipóteses de crimes propriamente militares, como ainda, o fato de que nossa Constituição que não chegou a tanto, porém descreve em seu art. 5º, LXI, a faculdade em se desconsiderar a prisão em flagrante quando da prática de delito propriamente militar. *In verbis*: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.” (Grifos do subscritor).

2. PEQUENO HISTÓRICO

Como dito acima, a discussão quanto ao delito militar e consequente mecanismo procedimental de aplicação iniciou-se e separou-se em duas correntes.

Originariamente, dividiam-se em duas espécies de critérios – *ratione materiae* e *ratione personae*, parecendo o primeiro filiar-se ao Direito Romano primitivo e o segundo, ao Direito Germânico inicial.

(...) em Roma o cidadão sobrelevava ao soldado, ao passo que na Germânia o soldado sobrelevava ao cidadão. Com a instituição dos exércitos permanentes e com o desenvolvimento da disciplina e do direito especial das forças armadas, os dois critérios se articularam para a caracterização do crime militar. Posteriormente acresceram os critérios *ratione loci* e *ratione temporis*, que emprestaram fisionomia militar a certos crimes comuns praticados em lugares de jurisdição militar, como sejam – acampamentos, praças e navios de guerra, fortalezas, quartéis, etc..., ou praticados em tempos anormais como os de guerra ou rebelião.

O crime propriamente militar veio conceituado na velha definição da L. 2ª, D. 49-16, *de re militari*: “*propriam militare est delectum, quod quis uti miles admitti*” (...) “o crime propriamente militar é aquele que alguém comete como soldado”. (...) Precisando e desenvolvendo em outro trecho o referido conceito, estatue a L. 6ª, pr. Do cit. D. 49-16, *de re militari* que

“(.....) É militar todo o delito que se comete em contrário ao que exige a disciplina comum, como o de negligência, de contumácia ou de desídia”.¹

Em vista, porém, da permanência posterior dos militares em armas, da conservação dos respectivos estabelecimentos e da continuidade dos serviços em tempo de guerra e de paz, aquelas duas espécies de crimes, até então equidistantes e paralelas, foram se movendo e aproximando de modo a se tocarem em certos pontos.

No Brasil, um dos mais antigos documentos a respeito é a Provisão de 1834. Ali se dizia que, enquanto não houvesse lei explícita:

(...) se extremem os crimes militares dos civis, reputando-se crime meramente militares, todos os declarados nas leis militares, e que só podem ser cometidos por cidadãos alistados nos corpos militares do Exército, como são: 1º, os que violam a santidade e religiosa observância do juramento prestado pelos que assentam praça; 2º, os que ofendem a subordinação e boa disciplina do Exército e da Armada; 3º, os que alteram a ordem política e econômica do serviço militar, em tempo de guerra ou de paz; 4º, o excesso ou abuso de autoridade em ocasião de serviço ou influência de emprego militar, não excetuados por Lei, que positivamente prive o delinquente do foro militar.

A lei de 18 de setembro de 1851 foi a primeira a ampliar o conceito de crime militar, ao sujeitar também os paisanos ao foro militar em casos excepcionais.

Já a definição contida no Código Penal da Armada foi omissa quanto à classificação dos agentes, resumindo-se o seu art. 5º à ofensa ao dever marítimo e militar².

O critério *ratione legis*, recebeu autorização constitucional no diploma de 1934, ao permitir a extensão do foro castrense ao civil. Entretanto, ingres-

¹ BANDEIRA, E. O. T. **Curso de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1915, p. 17-19.

² BANDEIRA. **Direito, Justiça...** p. 21.

sou definitivamente no direito positivo brasileiro através do Código Penal Militar de 1944, substituindo definitivamente o critério *ratione materiae*. Crime puramente militar era a expressão usada pelo Código Criminal de 1830 e pelo Código Penal de 1890 (art. 6º, b; “os crimes puramente militares, como tais declarados nas leis respectivas”)³. Vale aqui mencionar que JOÃO VIERA, ao comentar o Código Criminal de 1830, criticou a exceção posta no art. 6º, ao se referir aos crimes puramente militares, por entender que a expressão “não prima pela correção”, por já estar superada em face da Constituição; e, por fim, socorrendo-se de membro do Ministério Público Militar italiano, anunciou:

que se deve cientificamente definir o que se pode entender por crime de competência da autoridade militar exigindo como limite a lesão do serviço militar, considerando-se não a simples qualidade militar, mas a natureza do crime. (Grifos do autor)⁴.

Na constituição republicana de 1891, “delitos militares” admitia o critério *ratione legis*, mas somente a de 1946 referiu-se expressamente, à tipificação dessa espécie de infração: “crimes militares definidos em lei”. (Art. 108).

3. A COMPLEXIDADE DE UM CONCEITO E O BEM JURÍDICO TUTELADO

Essa discussão envolvendo as correntes originárias do Direito Romano e do Germânico perdurou por longo tempo e dominou os debates por largo período no direito alienígena e até recentemente na doutrina pátria.

Assim, em atenção ao que foi anunciado pelo Direito Romano, CHRYSOLITO DE GUSMÃO, argumentou:

(...) a princípio, a distinção dos crimes própria e imprópria militar pouco influência tinha no direito romano. Só quando as conquistas longínquas de Roma, obrigando a prolongações do estado guerreiro e

³ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*, Brasília-DF, Brasília Jurídica, 1999, p. 65.

⁴ ARAUJO, J. V. *Código Penal Commentado Theorica e Praticamente*. Rio de Janeiro: LAEMMERT, 1896.

levando a que os exércitos romanos adquirissem um certo grau de relativa permanência é que tal distinção se foi tornando mais necessária, pelo afastamento em que ficavam as forças das autoridades hierárquicas da cidade, e *ipso facto*, da milícia⁵.

ESMERALDINO BANDEIRA, por sua vez, protesta que os delitos militares deveriam ser apenas aqueles que violassem o dever funcional, porém ao final reconhece:

Grande é a distância em que, nesse particular a doutrina fica da lei, como também grande é a diferença que, sob o mesmo aspecto, separa entre si os diferentes códigos. No rigor da doutrina e em dissídio com a individualização feita nas leis especiais, só é dado considerar propriamente militares os crimes de capitulação ou rendição, cobardia, deserção, insubordinação, abandono de posto, usurpação, excesso ou abuso de autoridade militar, inobservância do dever militar (...) pois estas são as únicas infrações que não podem ser cometidas senão pelos militares. Escritores há que ainda as reduzem. Broutha por exemplo, vai ao extremo de limitar os crimes puramente militares, segundo a sua técnica, a deserção e a insubordinação⁶.

Aqui vale um grande aparte, com o intuito de contribuir com a controvérsia, que diz respeito à dificuldade da doutrina em justificar ou não a inserção da insubmissão (ART. 183 do CPM), como delito própria ou imprópria militar. A insubmissão que, em linhas breves, significa o não comparecimento do civil a sua obrigação de servir às FFAA tem como agente a figura do civil, porém, a única razão de existir de tal delito é a natureza do serviço militar. A obrigação em cumprir um dever militar, que necessita do civil para prepará-lo para situações de risco que poderão ocorrer, ou até mesmo, pela necessidade de se integrar em um corpo em circunstância beligerante.

⁵ GUSMÃO, C. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Jacinto Pinheiro dos Santos, 1915, p. 43.

⁶ BANDEIRA, **Direito, Justiça e p. 51-53.**

CHRYSOLITO, se posiciona:

Não concordamos (...) quando incluem a insubmissão como delito especificamente militar. O insubmisso ainda não pertence à fileira, ainda não é um elemento integrante desse organismo militar e, pois, se não compreende como possa praticar um crime especificamente militar. O seu crime é contra a nação, não se sujeitando ao dever de cidadão, não prestando a sua quota-parte na dívida de sangue; o insubmisso não entrou em contato, não respirou essa atmosfera específica de deveres e obrigações, que formam o meio militar, e, sem tal acontecer, é desumano e cruel pretender que ele já seja um adaptado a esse ambiente que lhe é ainda desconhecido, a um conjunto de princípios e regras que lhe são estranhas⁷.

JORGE ALBERTO ROMEIRO, ao perceber a insuficiência do ensinamento doutrinário frente aos crimes essencialmente militares e à multiplicidade de condutas intimamente ligadas à vida castrense, formula uma nova teoria para conceituar os crimes propriamente militares, com base no direito da ação penal: “Crime propriamente militar seria aquele cuja ação penal só pode ser proposta contra militar”⁸. Com isso, intencionou resolver o dilema do ilícito de insubmissão, já que o agente causador do fato não é militar.

ROMEIRO inspira-se em VICO, que “considera como crimes propriamente militares os definidos com exclusividade pela lei penal militar sem correspondente na lei penal comum”⁹, ofertando um posicionamento totalmente diverso da doutrina exposta até aqui.

Interessante notarmos que, se mantido o apego de certos expositores no sentido de que ilícito puramente militar somente será aquele afeto ao militar no cumprimento de ordens de serviço, teremos que considerar que certos ilícitos efetuados por um sentinela contra civil seria um delito propriamente militar. Em sentido inverso, a defesa de direito por parte do sen-

⁷ GUSMÃO, *op. Cit.*, p. 47-48.

⁸ ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)*. S. Paulo: Saraiva, 1994. p. 73.

⁹ *Apud*, ROMEIRO, *op. cit.* p. 71.

tinela, também, o que conseqüentemente leva à conclusão que a posição de sentinela como vítima em razão do serviço determinado por parte de agressão efetuada por civil também seria um ilícito propriamente militar, o que aliás, é o que prescreve a doutrina, a legislação e a jurisprudência espanhola, como adiante se verá.

CÉLIO LOBÃO, que não aceita o posicionamento adotado por ROMEIRO, oferece em início conceito restritivo que exclui a presença do insubmisso, para ao final se contradizer. Assim, enquanto conceitua:

Como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar.

Ao depois se contradiz, ao afirmar que: “É conveniente ressaltar que o crime propriamente militar pode ser cometido no exercício da função de cargo militar ou fora dele”. Ou seja, pode o delito meramente militar ser exercitado independentemente da função ou do cargo do agente militar.

Esta singela questão envolvendo um único delito, a insubmissão, dá bem o alcance da carência científica de um conceito de delito propriamente militar, ao ponto de autores tentarem buscar uma subespécie de delitos propriamente militar, como se vê no posicionamento adotado por CARLOS COLOMBO, citado por CÉLIO LOBÃO. Para aquele, é admissível que o civil possa figurar como sujeito ativo de tal classificação penal, pois a definição do que vem a ser propriamente militar deve vir fundada no bem ou interesse tutelado¹⁰, posição que se mostrou alvo de críticas de LOBÃO, que como será visto mais a frente, se mostram infundadas.

CARLOS COLOMBO assenta o bem ou interesse tutelado, independentemente da condição de agente militar ou civil, como fundamento do crime essencialmente militar a defender, como “todo ato que lesiona um bem ou interesse diretamente vinculado à existência das instituições ar-

¹⁰ LOBÃO, *op. cit.*, p. 70

madras ou a sua disciplina, ou a seus fins e meios de realização, cominando com uma sanção pela lei ou os regulamentos”¹¹.

Prossigamos com o debate envolvendo o que seria um delito propriamente militar, com a evolução e a complexidade da vida militar em cotejo com as diversas demandas sociais e políticas de uma nação quando o conceito de puramente militar vai se alargando. Contribui também para isso a evolução doutrinária quanto à figura dos bens jurídicos penalmente tutelados.

O foro do Direito Penal Militar, é actualmente, um foro material e não pessoal - princípio solidificado nos países europeus ocidentais desde o Direito Napoleónico (...) isto é, o delito militar não se define em função da qualidade do infrator, mas sim em função da violação de interesses especificamente militares (apesar de a grande maioria dos tipos de ilícito serem “crimes específicos próprios”. (...)). Em termos concretos, o cidadão, militar ou civil, só estará sujeito ao Direito Penal Militar, quando violador de bens jurídicos militares, caso contrário estará sujeito ao foro comum (...)¹².

No direito espanhol, GUIMERÁ¹³, leciona:

O Código Penal castrense castiga fundamentalmente, e em princípio aqueles delitos em que se ataca um bem jurídico de carácter militar, deixando para o Código Penal comum a proteção dos bens jurídicos que sejam alheios às Forças Armadas.

O Código Penal Militar tipifica delitos militares cometidos por militares, mas admite exceções. Isso pode se dar em tempo de guerra e quando em tempo de paz, nas hipóteses de delitos contra sentinela, Força Armada ou Polícia Militar, art. 85, além do contido nos arts. 61, 127 (este sobre a negativa de se cumprir o serviço militar), 129 (acobertamento de desertor), contra a Administração da Justiça Militar – arts. 180, 182 e 188 e recepta-

¹¹ *Apud*, LOBÃO, *op. cit.* p. 70.

¹² COSTA, F. C. P. *Questões de Legitimidade.....* p. 17.

¹³ GUIMERÁ, J. F. H. *Curso de Derecho Penal Militar Español*. Barcelona: Bosch, 1990, p, 307.

ção do art. 197. “O sujeito passivo (...) é exclusivamente a própria Instituição Militar, mesmo que haja coincidência com o objeto material da ação, quando ocorre o delito contra a pessoa física do sentinela”¹⁴.

Após exaustiva pesquisa histórica e no Direito Comparado, observa-se a ausência de uma única classificação que possa abranger a quantidade de crimes militares e, entre esses, os que seriam própria ou impropriamente militares, haja vista sempre apresentarem alguma falha quando se tem em conta o bem jurídico tutelado. O autor espanhol, acima mencionado, chega a elencar após o seu estudo diversas classificações, tais como: a) fundamentalmente militares. Aqueles que exclusivamente vulneram um interesse jurídico militar; b) Eminentemente militares, nos quais se lesiona um bem jurídico militar e também um comum; c) delitos militares pelos quais se descreve fundamentalmente um tipo comum, porém certas circunstâncias acabam reclamando sua presença no Código Penal Militar; como ainda o que a doutrina denominou de delitos militarizados que seriam inicialmente de caráter comum, porém, têm uma relevância militar, haja vista entender o legislador que a descrição contida no tipo comum é insuficiente para proteção do bem jurídico militar, ou então, por terem sido atraídos para o fórum militar em razão da apenação contida na legislação castrense ser mais grave. Por último, descreve ainda uma outra característica de crime militar que se trata na realidade de um delito comum com a qual concorre alguma característica militar. As classificações relacionadas tiveram pelo autor a companhia de diversos exemplos colacionados na legislação em geral¹⁵.

Como é fácil destacar, apesar da determinação de que a Justiça castrense daquele país somente aprecia crimes “estritamente militares” e punições disciplinares, tanto a legislação, como a doutrina e jurisprudência admitem que certos delitos, por ofenderem a atividade militar, mesmo que praticados por civis, devem ser analisados pela Justiça Militar.

Neste sentido:

O Tribunal Supremo, através da Sala Militar, há reconhecido, como um fato evidente, que a atual competência da

¹⁴ GUIMERÁ, *op. cit.*, p. 318.

¹⁵ GUIMERÁ, *op. cit.* p. 314 e 315, com apoio em Rodríguez VILASSANTE.

jurisdição não resta determinada *ratione personae*, mas sim exclusivamente em atenção, por um lado, a natureza dos fatos e, por outro, a sua concreta relação com a esfera do que é castrense. Essa tarefa de caracterizar tais critérios, explica o alto tribunal que “o castrense”, deriva, a sua vez, do bem jurídico protegido, dos interesses sobre os quais a ação recai, dos fins mesmos que as FFAA atribuem os artigos 8 e 30 da CE e, em ocasiões, mas nunca exclusivamente, da condição de sujeito ativo¹⁶.

Em outra passagem, informa o autor que o art. 155 daquele Código Penal Militar, “Não é todo o que é estritamente castrense que corresponde a jurisdição militar, mas sim, tão somente aquilo que, concretamente, está atribuído por lei”¹⁷. Afinal, os tipos penais daquele Estatuto Penal contêm alguns delitos específicos que os “singularizam frente as correlatas figuras do Código Penal Ordinário”¹⁸.

Como informa DÍAZ, a opção do legislador ordinário se sustenta em que o bem jurídico protegido não é estritamente – somente – um interesse da instituição militar, mas sim, que pode denominar-se um interesse militar do Estado que, em definitivo, é o que resulta lesionado pelos delitos em que o autor não é militar. Nesta linha: “o Tribunal Supremo entende que com a ação judicial envolvendo civis por delito militar se consegue proteger, através de uma tutela autônoma e especializada sobre interesses inerentes a instituição castrense”¹⁹.

E, no caso espanhol, quais são os bens jurídicos afetados? Os bens jurídicos que se intencionam proteger por meio dos tipos penais militares praticados por civis são:

- a) a segurança nacional e a defesa nacional que se vulneram com o ingresso em base, aquartelamento ou estabelecimento militar, ou ainda que vulnerarem as medidas de segurança para os locais citados (art. 61 CPM);

¹⁶ DÍAZ, Y. D. **Jurisdicción Militar y Estado de Derecho**. Valencia: Publicaciones Universidad de Alicante, 2004. p. 66.

¹⁷ Sala de Conflictos, sentença de 20 de dezembro de 1990, por DÍAZ, *op. cit.*, p. 69.

¹⁸ S. Conflictos, Sent. 11.3.96, DÍAZ, *op. cit.*, p. 69.

¹⁹ Sentença da Sala Quinta, de 23 de janeiro de 1992, *op. cit.* p. 76.

- b) a nação espanhola e a instituição militar em delitos contra sentinela, força armada ou policia militar (art. 85 CPM);
- c) os deveres de presença e serviço militar que se prejudicam ao incitar o cometimento de delitos de deserção ou abandono de destino (art. 129 CPM) ou os referentes à negativa em se cumprir o Serviço Militar (art. 127 CPM);
- d) a administração da justiça militar, que se lesiona quando se simula ser vítima ou responsável em um processo militar ou por exercer coação para obter ou impedir um testemunho, uma confissão, etc. (arts. 180, 182, 183, 186 e 187 do CPM);
- e) a fazenda militar que se vulnera ao adquirir material subtraído ou abandonado por militares (art. 197 do CPM).

As normas penais e processuais também impõem algumas outras regras de competência. Assim, conforme art. 12, I, da LOCOJM, quando um fato está expressamente previsto como delito militar no Código Penal Militar e o mesmo fato é tipificado no Código Penal e sancionado com pena maior, “a norma do CP não se desloca e se aplica esta para impor a pena”²⁰, ou, como assinala o art. 14 da mesma norma, na hipótese de crimes conexos, entre a Jurisdição Militar e a Comum, prevalece:

A jurisdição a que está atribuído o conhecimento do delito que tenha assinalada legalmente pena mais grave, conhecerá dos delitos conexos. Os delitos e faltas previstos em tratados, acordos e convênios internacionais em que Espanha seja parte, cometidos por militares nos casos de presença permanente ou temporária fora do território nacional das Forças Armadas ou Unidades espanholas de qualquer exército (art. 12.3 LOCOJM)²¹.

A razão para tal alargamento do conceito de crime propriamente militar deve-se à amplificação dos estudos envolvendo a figura do bem jurídico e a corrente a ele adotada. Há muito ficou superada a postura prevista às FFAA de um grupo armado constantemente aquartelado, preparado apenas para atuação no campo da segurança externa no que se refere à movimentação da tropa. Aliás, o conceito de segurança externa, envolve hoje

²⁰ DÍAZ, *op. cit.*, p. 82.

²¹ DÍAZ, *op. cit.*, p. 89.

tantas particularidades que por si só desnaturariam o conceito contido até meados do século passado.

Ao observarmos o previsto na atual CF do Brasil, principalmente no art. 142 (mas não só neste), veremos que ela concede e impõem às FFAA missões e estatuto que eram completamente desconsiderados pela Constituição anterior, o que gera por parte do Cód. Penal Militar, dos idos de 1969, um elenco de bens jurídicos divorciado das exigências atuais.

Ao acompanharmos a destinação e a estruturação das FFAA brasileiras em dias atuais, veremos que a Instituição FFAA, não o agente militar em si, mas a Instituição FFAA, prescinde de requisitos outros que vão além dos pilares hierarquia e disciplina. Se tais são essenciais para a sua atuação, principalmente por estarmos lidando com um grupo armado institucionalizado, tão só não basta para proteção do bem jurídico. Outros como a plena eficiência e otimização de gestão administrativa são fundamentais para a sua atuação. As exigências de participação como garantidora dos Poderes Constitucionais e da ordem pública são cada vez mais frequentes, e não faltam abundantes exemplos na história recente do país em que tais foram exigidas, como a cada vez maior e variável missão no campo externo, seja em missões de paz, seja como missões de resgate, quando inclusive as FFAA brasileiras foram chamadas para o auxílio em circunstâncias internas de outros países (democráticos, diga-se), como visto no resgate de reféns na Colômbia.

Ainda no campo externo, as constantes transformações às quais as forças de paz estão submetidas, face às alterações na realidade – como agora no Congo, onde as FFAA, em nome da ONU, se veem não só restritas à manutenção da paz, mas na busca de um conceito na prática beligerante, de legítima defesa preventiva da população (o que permitiria ataques a grupos hostis a essa população) – estão a exigir para as FFAA, como Instituição em missões solicitadas pelo Estado brasileiro, instrumentos jurídicos que as apoiem nas suas funções. Se o Estado, por meio do seu Estatuto Constitucional, reclama, tanto no âmbito interno como no externo, determinadas participações das FFAA, deve, além dos recursos humanos e materiais, fornecer a essas Forças Armadas os instrumentos jurídicos que lhe

permitam exercer suas missões, o que sem dúvida amplifica a já divergente postura doutrinária do que seria crime propriamente militar.

Do final do século passado para cá, as FFAA (e não só no Brasil), necessitam cada vez mais da participação de civis na formação e configuração de suas missões. Cada vez mais frequente a inserção do segmento docente universitário. Nos diversos Ministérios de Defesa, a inserção de civis que não se submetem ao rígido código de hierarquia e disciplina castrense, mas são imprescindíveis ao sucesso das missões. Vê-se, por exemplo, o brutal e acelerado campo ligado à informática, onde a evolução impõe o convívio com empresas e quadros privados que, em razão do trabalho a ser realizado, obrigam que o direito penal castrense tenha em defesa da instituição militar largo campo de atuação.

O direito também não pode fugir da realidade social do país e como tal o direito penal militar. No Brasil, civis adentram em Unidades Militares com o objetivo de subtraírem material bélico. Explodem caixas eletrônicas dentro de Organizações militares, sem falarmos na praga da corrupção que não só tenta mas atenta a gestão de contratos em geral e o fornecimento de bens em particular, como ainda, espalha-se por meio de traficantes que buscam melhor aparelhamento militar. Tais fatos, aqui rapidamente exemplificados, exigem uma conceituação e conseqüentemente um campo procedimental diverso para a figura do crime propriamente militar, haja vista o enorme campo de agentes civis que podem cometer tais delitos. Neste ponto, foi sábio o Constituinte ao reclamar a definição em lei para os chamados crimes propriamente militares no que tange à prisão, que pode muito bem, como medida restritiva da liberdade, sem autorização judicial, ficar adstrita a militares; também foi sábio em não exigir que à Justiça Militar sejam submetidos somente os crimes propriamente militares, já que tais delitos não têm um arcabouço jurídico/científico que a apoie, pois o deslocamento do crime propriamente militar, como aquele ofensivo à Instituição Militar, é bem mais amplo do que aquele debatido no início do século passado, que envolvia apenas algumas atividades por parte de militares (diga-se, em sua grande maioria, adstritos ao serviço militar obrigatório).

Essa discussão envolvendo um conceito de crime militar não passou despercebida ao STF e a PONTES DE MIRANDA, que, ao analisar o contido no art. 122, §§ 1º e 2º da Constituição de 1967, colaciona decisão do STF, cujo extrato aqui se transcreve: “Esse critério objetivo, conforme o texto da lei ordinária é o que convém aos interesses da justiça pública, porque afasta da controvérsia as intermináveis discussões doutrinárias, que vem de longa data”²². (Grifos do subscritor).

A discussão do crime propriamente militar passa por um debate mais profundo envolvendo a figura do bem jurídico. HIRSCH motiva tal debate, ao discorrer sobre a atual dicotomia da figura do bem jurídico penalmente tutelado no universo anglo-saxônico e sua dicotomia com o direito continental europeu, quando busca uma harmonização entre ambos, o dilema entre o *ad harm principle* e o *harmful to others*, constante em ambos os direitos.

Cita e defende o autor a postura apresentada por FAINBERG, para quem vai além da assertiva defendida por STUART MILL, condensada na figura do dano, como concretamente lesivo ao interesse tutelado, ou seja, as condutas essencialmente danosas, para quem, além de tal premissa, admite “que as condutas que não causam um dano podem ser proibidas sempre que possam dar lugar a consequências lesivas em um futuro, para cuja avaliação será determinante a probabilidade e gravidade do eventual dano a produzir”²³. Para FEINBERG, “o conceito de dano somente será válido se vier acompanhado de um conceito de interesse, como um interesse jurídico, que deve conceber-se como um recurso cuja integralidade tem uma pretensão (*Anspruch*) a pessoa envolvida”²⁴. Não uma simples probabilidade de dano. (Grifos do subscritor).

Emblemática, a nosso ver, a questão trazida por HIRSCH quanto ao enfoque a ser dado ao bem jurídico de cunho paternalista ou não, ao tratar do consumo de drogas. Pois se considerarmos que as drogas são um bem jurídico vinculado à saúde, deveria este ser considerado apenas quando pro-

²² *Op. cit.*, Tomo IV, p. 227.

²³ HIRSCH, Andrew von, in: **La teoria del bien jurídico**, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 40.

²⁴ *Op. cit.*, p. 41-42

vocasse danos a terceiras pessoas, o que sem dúvida restringe por demais a aplicação dos tipos penais. Numa linha paternalista do direito penal, tal se veria por demais restrito à aplicação²⁵. Entretanto, considerado o risco de dano a ser produzido, amplia-se a figura do bem jurídico, transcende ao contido como ofensivo à saúde pública.

O questionamento apresentado acima vem bem ao encontro do que se debate no Estatuto Penal castrense. Uma coisa é o agente civil, consumir a sua droga, ser um viciado, e como tal, sujeita a sua conduta à proteção de bens contra a saúde pública. Outra, diz respeito a um militar que se insira na mesma condição de viciado. Em que pese o obsoleto Código Penal Militar incluir o consumo de droga nos crimes contra a saúde pública, o interesse, o risco a ser produzido, vai bem além, pois um militar, quem tem a arma, como um dos instrumentos de trabalho, ao se colocar na condição de drogado, vai colocar em risco, não só a figura da hierarquia e da disciplina, mas também, poderá produzir danos sociais de significativa monta.

A figura de bens pluriofensivos, tão presente no Direito Militar, deve ser apreciada em diversas outras condutas. Quando um civil corrompe um agente militar, ofende a Instituição não só no aspecto patrimonial, mas também em sua credibilidade, na exigência hierárquica. Quando, em uma missão de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), um militar é agredido por um civil, coloca-se em risco com tal medida que por vezes visa apenas desmoralizar o agente, a segurança e a postura que se exige daquela tropa frente à missão a que foi designada. O delito de ameaça exercido por um particular, que o legislador comum, considerou tão restrito à esfera privada que para propositura de uma ação exige-se a figura de queixa crime, no âmbito castrense poderá ter contornos e alcances bem mais severos, tanto que ali se exige uma ação penal pública. Os posicionamentos citados assumem tamanha relevância, que HEFENDEHL, ao tratar do bem jurídico coletivo, segurança e defesa do Estado, os quais as FFAA são partes indissociáveis, assevera que o conceito de bem jurídico só terá validade se comungado ao objeto da ação. Não possui o bem jurídico e o objeto da ação qualidades distintas, pois somente dada as condições para o bem jurí-

²⁵ *Op. cit.*, p. 45-46.

dico, pode-se “interpretar o objeto da ação realmente como representante do bem jurídico”²⁶.

4. CONCLUSÃO

Extremamente arriscado um posicionamento doutrinário e jurisprudencial único sobre o que vem a ser crime propriamente militar, haja vista que a doutrina ainda não evoluiu o suficiente para um conceito em face das múltiplas variações que tem sofrido o corpo militar, seja no âmbito de sua estrutura, seja no plano de suas missões.

Bem andou a Constituição ao determinar que somente a lei venha a determinar o que é crime propriamente militar. Porém, como ainda não há lei em cumprimento ao mandamento constitucional, fica prejudicada a afirmativa de quais os delitos inseridos no CPM são hoje considerados delitos propriamente militares.

Como a norma constitucional trata de medida restritiva de prisão, é válido que o Parlamento brasileiro se debruce sobre tal tema e trace o rol de tais delitos para fins de custódia cautelar. Porém, não poderia servir o rol como excludente de matérias a serem analisadas pela Justiça Militar, haja vista que seu campo de atuação não sofre tal restrição, bem como, a tentação em se elencar quais delitos puramente militares devem ser objeto de crimes militares, isto poderá acarretar desconformidade às exigências atuais impostas às ações das FFAA.

5. REFERÊNCIAS

ARAUJO, J. V. **Código Penal Commentado Thorica e Praticamente**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. editores, 1896.

BANDEIRA, E. O. T. B. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1913.

²⁶ HEFENDHEL, R. In: **La teoria del bien jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p.181.

BANDEIRA, E. O. T. B. **Direito, Justiça e Processo Militar**. V. 1. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 2. ed., 1919.

GUSMÃO, C. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1915.

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

MIRANDA, P. **Comentários à Constituição de 1967**, Tomo I. São Paulo: RT, Editora Revista dos Tribunais, 1967.

ROMEIRO, J. A. **Curso de Direito Penal Militar** (Parte Geral). S. Paulo: Saraiva, 1994.

A Lei Complementar nº 75/93

e o Ministério Público na defesa dos direitos e garantias fundamentais

Marcos José Pinto

Promotor de Justiça Militar

Especialista em Direito Processual Penal pelo Instituto Nacional de Pós-Graduação e em Direito Penal e Processual Penal Militar pela Universidade Cândido Mendes

RESUMO: O presente artigo tem por escopo realizar uma análise crítica da Lei Complementar nº 75/93, que completa 20 (vinte anos) em 2013, investigando-a como ferramenta instrumental de atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e das garantias fundamentais das pessoas, à luz da Teoria Crítica do Direito, sobretudo, no que diz respeito à sua efetivação.

PALAVRAS-CHAVES: Lei. Ministério Público. Efetividade. Defesa. Direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article aims to realize one critic analysis about the Complementary Law numbered as 75/93, which births 20 (twenty years) in 2013, investigating it as an instrumental tool in action of the Public Prosecutor, in defense of the rights and peoples fundamental guarantees, guided by the Critical Theory of Law, especially regarding its effectivity.

KEYWORDS: Law. Public Prosecutor. Effectivity. Defense. Fundamental guarantees.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Teoria Crítica do Direito – 3. A Lei Complementar nº 75/93 e sua efetividade – 4. A Lei Complementar nº 75/93 como garantia dos direitos fundamentais – 5. Conclusões – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

- I- Ama a Deus acima de tudo, e vê no homem, mesmo desfigurado pelo crime, uma criatura à imagem e semelhança do Criador.
- II- Sê digno de tua grave missão. Lembra-te de que falas em nome da Lei, da Justiça e da Sociedade.
- III- Sê probo. Faze de tua consciência profissional em escudo invulnerável às paixões e aos interesses.
- IV- Sê sincero. Procura a verdade, e confessa-a, em qualquer circunstância.
- V- Sê justo. Que teu parecer dê a cada um o que é seu.
- VI- Sê nobre. Não convertas a desgraça alheia em pedestal para teus êxitos e cartaz para tua vaidade.
- VII- Sê bravo. Arrosta os perigos com destemor, sempre que tiveres um dever a cumprir, venha o atentado de onde vier.
- VIII- Sê cortês. Nunca te deixes transportar pela paixão. Conserva a dignidade e a compostura, que o decoro de tuas ações exige.
- IX- Sê leal. Não macules tuas ações com o emprego de meios condenados pela ética dos homens de honra.
- X- Sê independente. Não te curves a nenhum poder, nem aceites outra soberania, senão a Lei". (Decálogo do Promotor de Justiça)

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a Lei Complementar nº 75/93, elaborada por força do parágrafo 5º, do artigo 128, da Constituição Federal, que estabeleceu a criação da referida lei complementar, a fim de organizar, definir as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

Próxima de completar seus 20 (vinte) anos de vigência, pretendemos interpretá-la, verificando sua eficácia em relação à defesa pelo Ministério Público, dos direitos e garantias fundamentais das pessoas, tudo à luz da Teoria Crítica do Direito (TCD), teoria essa que tem como premissa a utilização do Direito como instrumento de transformação social.

Tomando como base teórica a doutrina retromencionada (TCD), faremos um estudo normativo/interpretativo da Lei Complementar nº 75/93, em seus 20 (vinte) anos de existência, a fim de verificarmos se ela realmente atendeu aos objetivos inicialmente delineados, bem assim, às finalidades para as quais foi criada.

Não temos dúvida que a Lei Complementar nº 75/93 passou a constituir uma importante ferramenta de trabalho para todo o Ministério Público da União, na medida em que instrumentalizou e materializou os anseios ministeriais em relação à aplicação da Lei, tendo o Direito como meio de atuação na defesa dos direitos e das garantias dos cidadãos.

Nesta pesquisa iremos abordar aspectos básicos conceituais da Teoria Crítica do Direito, verificando sua ligação e consonância com a norma complementar que ora é objeto de exame. Também iremos ver a efetividade da Lei Complementar nº 75/93, ou seja, se a citada norma legal está cumprindo o seu mister de garantir e defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, como exige nosso preceito constitucional, bem assim, como estão atuando os seus atores principais, no caso, os membros do Ministério Público da União.

Em conclusão, serão expostas as observações colhidas, com uma abordagem crítica, em especial, quanto ao objeto de análise (a Lei Complementar nº 75/93), a sua relação com a Teoria Crítica do Direito (TCD), e a efetividade quanto à defesa dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

2. A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Não somos melhores. Nem piores. Somos iguais. Melhor é a nossa causa. (Thiago de Mello).

Em relação à sua origem, os primeiros movimentos da Teoria Crítica do Direito (TCD) se deram no final dos anos de 1960, início dos anos de 1970, tendo como base de sustentação teórica e argumentativa as seguintes palavras-chave: Insurgência, Crítica, Interdisciplinaridade do Direito e Oposição à Teoria Jurídica Tradicional Dominante.

Segundo Luiz Fernando Coelho¹, é neste contexto de um pensamento crítico, elaborado graças aos recursos de uma interdisciplinaridade forjada na epistemologia, na axiologia, na semiologia, na psicanálise e na teoria crítica da sociedade, que se está atualmente tratando de dar contornos mais nítidos à TCD, que não é de modo algum uma ruptura ou revolução, mas um repensar do Direito em função da realidade social.

Prossegue Coelho, enfatizando que o referencial deste projeto epistêmico é constituído, de um lado, pela sociedade; e, de outro, pela dogmática jurídica. Desprezar a realidade em que vivemos seria recair no idealismo e na utopia, razão pela qual a Teoria Crítica procurou se desenvolver a partir da realidade social e jurídica do nosso tempo.

Entre as suas principais causas, destacam-se as influências das ideias de algumas escolas e de juristas e filósofos europeus que tinham o marxismo como matriz ideológica, a exemplo de:

- a) Evgeny PASHUKANIS², que tem a concepção de que o Estado utiliza o Direito como instrumento de coerção para assegurar a ordem política e a acumulação de capital;
- b) Louis ALTHUSSER³, autor de os Aparelhos ideológicos do Estado, em que se consigna que tudo é definido pelo Estado em detrimento dos indivíduos;
- c) Michel FOUCAULT⁴, conhecido como “filósofo do poder”, vez que sua tese central consiste em asseverar que poder e saber

¹ COELHO, L. F. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

² PASHUKANIS, E. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

³ ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos do Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

⁴ FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

estão intimamente ligados e que o discurso nada mais é que o poder;

d) Escola de FRANKFURT, que teve como expoentes HORKHEIMER, ADORNO, MARCUSE, HABERNAS, onde se aflorou o gérmen do pensamento e a teoria crítica, preconizando-se o uso da razão (linha kantiana) como instrumento de libertação do homem. Considerou-se o Direito como instrumento de libertação. Fez-se um reestudo do marxismo ortodoxo, tendo-se como base, entre outros, Kant, Freud e Hegel.

Sobre suas características, temos como certo que o movimento da Teoria Crítica do Direito foi influenciado por teses neomarxistas e de contracultura que começavam a questionar o sólido pensamento juspositivista do meio acadêmico e das instituições.

Exemplos claros de espécies destas teses positivistas são encontrados em Hans Kelsen⁵, que, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, fez um estudo analisando somente a norma/lei, descartando-se o fato e o valor, à luz da Teoria Tridimensional do Direito. Daí o termo denominado “Teoria Pura do Direito”. Por este argumento Kelsen sustenta que o “ser” é a Lei. O “dever ser” é a nossa conduta de obediência à Lei. Para este jurista alemão, o Direito é autônomo e não se confunde com a política, as ideologias etc.

Prosseguindo a análise das características da Teoria Crítica do Direito, encontramos a introdução de análises sociopolíticas do fenômeno jurídico. Também tivemos a aproximação do Direito ao Estado, ao Poder, às ideologias, às práticas sociais e à crítica interdisciplinar. Houve, assim, a busca de um novo Direito, com uma visão jurídica mais pluralista, democrática e antidogmática, tudo através de uma visão crítica.

Destas características, se sobressaem, em nossa ótica, ligações umbilicais com a Lei Complementar nº 75/93, no que tange a propiciar ao Ministério Público, um novo olhar sobre as questões jurídicas.

⁵ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Acerca de seu desenvolvimento histórico, temos como registro que a Teoria Crítica do Direito começou, de fato, se desenvolver inicialmente nos anos de 1970, na Europa, especialmente na França, com os Professores Universitários e, na Itália, através de magistrados politizados e antipositivistas. Na América Latina, isto se deu na Argentina, com alguns Professores da Universidade de Buenos Aires, como Carlos Cárcova, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz, Enrique Marí. No Brasil, o pensamento jurídico crítico aflorou-se em meados dos anos de 1980, com Professores de Filosofia e Sociologia, como Roberto Lyra Filho, Tércio Sampaio, Luiz F. Coelho, Luiz Warat.

O teor destes discursos jurídicos consistia em enfatizar:

- a) a produção, a partir de diferentes perspectivas epistemológicas, com a pretensão de diagnosticar os efeitos sociais do legado tradicional do Direito em suas características normativas e centralizadoras;
- b) a desvinculação do positivismo jurídico, do jusnaturalismo, do realismo sociológico, fazendo destes objeto de suas críticas;
- c) objetivava-se revelar, através destas doutrinas idealistas e formalistas, como eram encobertas e reforçadas as funções do Direito e do Estado, na reprodução das sociedades capitalistas.

No que se refere às possibilidades de se conceituar a Teoria Crítica do Direito, assegura Wolkmer⁶, que não se trata de uma única teoria, pois compreende inúmeras concepções epistemológicas. Trata-se de um pensamento insurgente, crítico e interdisciplinar do Direito.

Segundo o mesmo autor, a expressão Teoria Crítica do Direito é imprecisa e equivocada, mas torna-se necessário registrar as manifestações teóricas e questionadoras e as alternativas de correntes e tendências jurídicas e filosóficas que foram denominadas de Teoria Crítica.

⁶ WOLKMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Sobre a sua importância, registra Wolkmer que a Teoria Crítica é fundamental na medida em que dá relevância ao sentido sociopolítico do Direito, ou seja, plena eficácia ao discurso que conteste o tipo de justiça apresentado por um determinado ordenamento jurídico.

Para Michel Miaille⁷ o termo crítico se colocou em concordância com os movimentos sociais contestatórios.

O Professor Jônatas Luiz Moreira de Paula⁸, assevera que a teoria crítica é o espaço teórico próprio para o revisionismo dos parâmetros jurídicos e a inserção de novos paradigmas com vistas à reconstrução do Direito, adequando-o à realidade social.

Enfim, o conceito dado à Teoria Crítica do Direito (TCD), segundo Wolkmer⁹, é que se trata de uma formulação teórico-prática capaz de questionar e romper com o que está disciplinado e consagrado no ordenamento jurídico oficial, visando conceber e operacionalizar outras formas de práticas jurídicas, com outro referencial epistemológico.

Para Wolkmer, não se pode negar e desconhecer a existência de um pensamento jurídico crítico representado por correntes que buscam questionar, repensar e superar o modelo jurídico tradicional (idealismo/formalismo). Isto resta evidenciado, por exemplo nas decisões recentes do STF, como nos casos da anencefalia, casamento de pessoas do mesmo sexo etc.

Acerca dos objetivos da TCD, encontramos como premissa o fato de que a constituição de uma Teoria Jurídica Crítica pressupõe a efetivação de objetivos a serem alcançados por ela. São eles, segundo Luis Warat¹⁰:

⁷ MIAILLE, M. Reflexão crítica sobre o conhecimento jurídico. Possibilidades e limites. Carlos A. Plastino (Org.). **Crítica do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Graef, 1984.

⁸ PAULA, J. L. M. **Teoria Política do Processo Civil. A objetivação da Justiça Social**. Curitiba: J. M. Editora, 2011.

⁹ WOLKMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁰ WARAT, L. A. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora UFSC, 1983.

- a) denunciar como as funções políticas e ideológicas do Estado encontram-se apoiadas na falaciosa separação do Direito e da política, e na utópica ideia de primazia da lei como garantia dos indivíduos;
- b) demonstrar que o Direito não é só um saber eminentemente técnico, que serve para conciliar interesses, mas recolocá-lo através da teoria crítica, no conjunto das práticas sociais que o determinam. Um exemplo claro pode ser encontrado na antiga LICC (agora Lei 12.376/10), no seu Art. 5º: Na aplicação da Lei, o Juiz verificará os fins sociais a que ela se dirige, e as exigências do bem comum;
- c) proporcionar que os estudantes de Direito possam adquirir um modo diferente de agir, pensar, sentir, a partir de uma problemática discursiva que tente mostrar não apenas a vinculação do Direito com as relações de poder, mas também, o papel das escolas no Direito como produtoras de ideias e representações que estabelecem na atividade social.

Em suma, entendemos que a correta compreensão do pensamento jurídico crítico, que visa romper com o formalismo dogmático, será capaz de transformar o Direito, a fim de que ele passe a ter uma eficácia jurídica humanizadora, democrática e pluralista. Insistimos, é exatamente isto que almeja o Ministério Público com a utilização e a efetividade da Lei Complementar nº 75/93, ou seja, um contexto em que o mundo jurídico se torne mais justo e solidário.

3. A LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93 E SUA EFETIVIDADE

O Ministério Público que queremos e estamos edificando, pois, com férrea determinação e invulgar coragem, não é um Ministério Público acomodado à sombra das estruturas dominantes, acovardado, dócil e complacente com os poderosos, e intransigente e implacável somente com os fracos e débeis. Não é um Ministério Público burocrático, distante, insensível, fechado e recolhido em gabinetes refrigerados. Mas é um Ministério Público vibrante, desbravador, destemido, valente, valoroso, sensível aos movimentos, anseios e necessidades da nação brasileira. É um Ministério Público que caminha lado a

lado com o cidadão pacato e honesto, misturando a nossa gente, auscultando os seus anseios, na busca incessante de Justiça Social. É um Ministério Público inflamado de uma ira santa, de uma rebeldia cívica, de uma cólera ética, contra todas as formas de opressão e de injustiça, contra a corrupção e a improbidade, contra os desmandos administrativos, contra a exclusão e a indigência. Um implacável protetor dos valores mais caros da sociedade brasileira. (GIACÓIA, G. Ministério Público Vocacionado. **Revista Justitia**, MPSP/APMP, n. 197, jul.-dez. 2007).

A mídia, que para muitos constitui um quarto poder, nos faz crer como líquido e certo que o MPU tem atualmente desempenhado muito bem suas atribuições constitucionais e infraconstitucionais. É o que se vê no Ministério Público da União, com atuações destacadas e elogiadas por todos, como na defesa dos interesses não individuais, à exemplo do ingresso de Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, defesa dos direitos de idosos, crianças e adolescentes, meio ambiente, consumidor, economia popular etc.

Desse modo, no que tange à efetividade da Lei Complementar nº 75/93, podemos ressaltar a sua plena e salutar eficácia. É o que se vê também nas atuais doutrinas e jurisprudências pátrias.

Assim, o MPU não tem se esquivado no seu mister, fazendo valer efetivamente os instrumentos e as ferramentas contidas tanto na Constituição Federal, quanto na mencionada Lei Complementar, para bem desempenhar suas atividades. A sociedade brasileira agradece.

4. A LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93 COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A vida só tem um sentido, e o único sentido que a vida tem é quando investimos nossa vida na vida dos outros, ou quando encarnamos a luta dos outros como se ela fosse nossa, a luta do coletivo. Esta é a lida do Promotor de Justiça: lutar pela construção contínua da cidadania e da

justiça social. O compromisso primordial do Ministério Público é a transformação, com justiça, da realidade social. (*promotordejusica.blogspot.com.br*).

Contemporânea e precursora da Lei Complementar em exame, a Lei 8.625/93, que entrou em vigor meses antes (em fevereiro de 1993) da Lei Complementar nº 75/93, e instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados, em cujo artigo 80, está consignada a sua aplicação, de modo subsidiário, às normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Por força normativa insculpida na Constituição Federal, que há muito deixou de ser norma programática, foram dadas ao MP, as atribuições de garantia e defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, em especial, no rol contido no artigo 5º, da CF/88, como, por exemplo, a observância aos princípios da igualdade, da não discriminação, do direito à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, entre outros.

Pedro Jorge Neto¹¹, a esse respeito, enfatiza:

A consolidação constitucional de novos direitos substantivos e de instrumentos processuais antes dispersos em textos específicos foi decisiva também para o processo de legitimação do Ministério Público na sua pretensão de tornar-se agente defensor da cidadania. A partir de 1988, o Parquet passou a invocar a Constituição como uma espécie de certidão de (re)nascimento institucional, suficiente para habilitá-lo a ultrapassar suas funções tradicionais e reforçar sua responsabilidade pela defesa dos direitos coletivos e sociais, pode-se afirmar que a CF forneceu as bases de uma nova arena de solução de conflitos coletivos, cuja construção depende em grande parte do processo subsequente de afirmação institucional do MP e de avanços na regulamentação legislativa dos novos interesses e direitos coletivos.

¹¹ NETO, P. J. O Ministério Público e as principais ações em defesa dos direitos difusos e coletivos: uma análise evolutiva. **Revista acadêmica da ESMP**. Fortaleza: ano 1, n. 1, ago./dez. 2009.

A Lei Complementar nº 75/93, criada para regulamentar e organizar as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, definindo-o, nos moldes dos preceitos constitucionais, como uma instituição permanente e essencial ao Estado, sendo certo que sua missão consiste em defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, em especial, na parte que ora nos interessa, ou seja, a de respeitar e defender os direitos e as garantias fundamentais das pessoas.

Recentemente tivemos a alvissareira notícia de que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), realizou, no dia 3 de abril de 2013, a solenidade de instalação da Comissão de Acompanhamento da Atuação do MP na Defesa dos Direitos Fundamentais, que foi criada pela Emenda Regimental nº 06/12, em que constam grupos de trabalho nas áreas de proteção à saúde, combate à corrupção, defesa do meio ambiente, patrimônio cultural, pessoas em situação de rua, pessoas desaparecidas, violência doméstica, direitos sexuais, entre outros.

Trata-se de importante decisão administrativa, como dissemos linhas atrás, que deve ter força normativa emanada do CNMP, vez que haverá um efetivo acompanhamento da atuação do Parquet na defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, além de se elaborarem estratégias nacionais para o aprimoramento destas atribuições, propiciar o diálogo e a integração entre o cidadão, o CNMP e o MP; criar um banco de dados sobre a temática; e, por fim, realizar intercâmbios para disseminar o conhecimento deste trabalho aos interessados.

5. CONCLUSÕES

Entre todos os cargos judiciários, o mais difícil, segundo me parece, é o Ministério Público. Este, como sustáculo da acusação, devia ser tão parcial quanto um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade,

a generosa combatividade do defensor, ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado. (Piero Calamandrei).

Em considerações finais, entendemos que nós do Ministério Público devemos buscar um novo Direito, com a modificação de valores e de posturas, tendo uma visão jurídica mais pluralista, democrática e criativa, enfim, um Direito que seja verdadeiramente justo. Nosso intuito deve ser o de dessacralizar o formalismo dogmático normativista que possuem as frias Leis, por demais comprometidas com os mitos ideológicos e com as relações de poder.

Isto pode ser concretizado com a utilização normativa constitucional e infraconstitucional, no caso em tela, da Lei Complementar nº 75/93, que constitui um instrumento de efetivação e defesa dos direitos e garantias das pessoas, associada à incorporação das ideias surgidas com a Teoria Crítica do Direito, a fim de que a nossa interpretação e aplicação desta ciência jurídica denominada Direito, possa ser um meio de transformação da sociedade, sempre para melhor, sempre com caráter evolutivo.

6. REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, L. **Aparelhos ideológicos do Estado**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

BRONNER, S. E. **Da teoria crítica e seus teóricos**. Tradução de Tomás Bueno e Cristina Meneguelo. Campinas: Papirus, 1997.

COELHO, L. F. **Teoria Crítica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 3. ed. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIAILLE, M. Reflexão crítica sobre o conhecimento jurídico. Possibilidades e limites. Carlos A. Plastino (Org.). **Crítica do Direito e do Estado**. Rio de Janeiro: Graef, 1984.

NETO, P. J. O Ministério Público e as principais ações em defesa dos direitos difusos e coletivos: uma análise evolutiva. **Revista acadêmica da ESMP**. Fortaleza, ano 1, n.1, ago./dez. 2009.

PAULA, J. L. M. **Teoria Política do Processo Civil. A objetivação da Justiça Social**. Curitiba: J.M. Editora, 2011.

PASHUKANIS, E. **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

WARAT, L. A. **A pureza do poder**. Florianópolis: Editora UFSC, 1983.

WOLKMER, A. C. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

onflito de atribuições

no âmbito do Ministério Público à luz da Lei nº 8.625/93, da Lei Complementar nº 75/93 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Wellington Cícero Antunes do Nascimento
Servidor do Ministério Público Militar

RESUMO: Os conflitos de atribuições no âmbito do Ministério Público, sejam os conflitos entre membros integrantes de um mesmo MP Estadual, sejam aqueles entre membros do MPU (de um mesmo ramo ou de ramos diferentes), receberam um tratamento objetivo do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, da legislação infraconstitucional. Contudo, os conflitos de atribuições envolvendo membros do MP Estadual de Estados diversos, bem como aqueles envolvendo membros do MP Estadual e membros do MPU, não receberam o devido tratamento jurídico-normativo. Em virtude desse vazio, sobretudo no que toca ao tratamento constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem chamado para si a competência para a resolução desses conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: Conflito de Atribuições. Ministério Público. Legislação Infraconstitucional. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The conflicts of assignment under Public Ministry, may be the conflicts between District Attorneys from the same District Attorney Office, or may be those between Prosecutors (from same bunch or from other) received a treatment goal through Brazilian law, in particular, through infra-constitucional legislation. However, conflicts of assignment involving District Attorneys from different Districts, as well as those involving District Attorneys and Prosecutors, have not received due treatment legal-normative. Given this constitutional void, especially on the constitutional treatment, the Supreme Court has called to itself the authority to resolve such conflicts.

KEYWORDS: Conflicts of assignment. Public Ministry. Infra-constitucional legislation. Supreme Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ministério Público – uma visão geral – 3. Conflito de atribuições – 4. Conflito de competência – 5. Conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público Estadual – 6. Conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público da União – 6.1. Conflitos de atribuições entre integrantes de um mesmo ramo do MPU – 6.2. Conflitos de atribuições entre integrantes de diferentes ramos do MPU – 7. Conflitos de atribuições entre integrantes do MP de Estados diversos ou entre o MP Estadual e o MPU – 7.1. Conflitos de atribuições entre integrantes do MP de Estados diversos – 7.2. Conflito de atribuições entre o MPF e o MP Estadual – 8. Conclusão – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa discutir sobre o conflito de atribuições no âmbito do Ministério Público/MP, em especial, a competência para o julgamento desse conflito à luz da Lei n. 8.625/93, da Lei Complementar n. 75/93, bem como da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal/STF. Para tanto, faz-se necessário, preliminarmente, compreendermos em que situações ocorre o conflito de atribuições. Ademais, é fundamental diferenciarmos este conflito do conflito de competência.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO – UMA VISÃO GERAL

A Constituição Federal de 88 estabelece que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Além disso, dispõe nossa Lei Fundamental que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (Art. 127).

Destaca-se que, conforme lição de Uadi Lammêgo Bulos¹, “foi na Constituição de 1988 que o Ministério Público galgou ao posto de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, encarregado de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Nesse mesmo sentido é a doutrina de Mendes, Coelho e Branco², para quem

a Constituição de 1988 deferiu uma atenção ao Ministério Público inédita na história do Brasil e de difícil paralelo no direito comparado. A instituição, que mal era mencionada em outros diplomas constitucionais, tem o seu caráter permanente e essencial à função jurisdicional do Estado proclamado e robustecido na Carta em vigor.

Salienta-se que, em consonância com as palavras de Dirley da Cunha Júnior³,

é certo e incontroverso que o Ministério Público é órgão constitucional independente e autônomo. Além disso, é órgão que goza de ampla autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo (iniciativa de lei) a criação e

¹ BULOS, U. L. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 644.

² MENDES, C. B. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 994.

³ CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1103.

extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira. Cumpre ao Ministério Público, ainda, elaborar a sua proposta orçamentária dentro de limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentária.

O art. 128 da Carta de Outubro, por sua vez, afirma que o Ministério Público abrange:

- I - o Ministério Público da União (MPU), que compreende:
 - a) o Ministério Público Federal;
 - b) o Ministério Público do Trabalho;
 - c) o Ministério Público Militar;
 - d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
- II - os Ministérios Públicos dos Estados (MPEst).

O MPU tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução. Destaca-se que a destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal. A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do MPU.

Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios são chefiados, individualmente, por um Procurador-Geral de Justiça, cuja escolha dá-se por formação de lista tríplice, pelo próprio órgão, dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva. Este procurador será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo (Governador ou Presidente da República, respectivamente), para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

A Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

Destaca-se que a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios são objetos da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

3. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES

O conflito de atribuições surge quando duas ou mais autoridades administrativas ou jurisdicionais, esta última no exercício de função administrativa, julgam-se competentes ou incompetentes para a prática de um determinado ato. No primeiro caso (duas ou mais autoridades julgam-se competentes), diz-se que há conflito positivo de atribuições, na medida em que as duas autoridades declaram-se competentes para a prática do ato. No segundo (duas ou mais autoridades julgam-se incompetentes), temos o chamado conflito negativo de atribuições, na medida em que ambas autoridades manifestam-se como não tendo competência para a prática do ato.

É importante destacar que, no conflito de atribuições, a discussão gira em torno da competência para a prática de ato administrativo, vale dizer, não há ato jurisdicional (típico) no debate em questão. Nesse sentido, excerto de ementa de julgado do STF dispõe que uma característica imanente ao conflito de atribuições é a “ausência de decisões do Poder Judiciário”. (ACO 889, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11-9-2008, Plenário, DJE de 28-11-2008).

Nessa linha, é a lição de Emerson Garcia⁴, para quem

a natureza do conflito será identificada em conformidade com a espécie do ato a ser praticado e que o originou. Por

⁴ GARCIA, E. **Ministério Público – organização, atribuições e regime jurídico**. 2008, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3. ed. p. 194.

esse motivo, nada impede seja detectado um conflito de atribuições entre autoridades judiciárias, o que pressupõe que o ato objeto do conflito não tenha natureza jurisdicional.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli⁵,

caracteriza-se o conflito de atribuições entre membros do Ministério Público quando: a) dois ou mais deles manifestam, simultaneamente, atos que importem a afirmação das próprias atribuições, em exclusões às de outro membro (conflito positivo); b) ao menos um membro negue a própria atribuição funcional e a atribua a outro membro, que já a tenha recusado (conflito negativo).

4. CONFLITO DE COMPETÊNCIA

O conflito de competência é um incidente processual que surge quando dois ou mais órgãos judiciais (juízes ou tribunais) declaram-se competentes (conflito positivo) ou incompetentes (conflito negativo) para processar e julgar uma mesma causa.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 115, dispõe que

Há conflito de competência:

- I - quando dois ou mais juízes se declaram competentes;
- II - quando dois ou mais juízes se consideram incompetentes;
- III - quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia acerca da reunião ou separação de processos.

Feita a conceituação objetiva do conflito de atribuições, bem como estabelecida sua diferenciação do conflito de competência, analisemos, então, a competência para a solução do conflito de atribuições no âmbito do MP.

⁵ MAZZILLI, H. N. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 486-487.

5. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

Nesta primeira análise, cuidaremos de eventual conflito de atribuições entre membros integrantes do MP Estadual de um mesmo Estado-Membro da Federação. Imaginemos um conflito de atribuições entre dois promotores de justiça de um determinado MP, em que os dois julgam-se competentes para a prática de um certo ato. Como anteriormente ressaltado, nota-se cuidar-se de típico caso de conflito de atribuições, pois o MP, apesar de essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127, caput, CF), não pratica atos jurisdicionais.

Nesse caso, de quem seria a competência para a resolução desse hipotético conflito? A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93), em seu artigo 10, inciso X diz competir ao Procurador-Geral de Justiça dirimir conflitos de atribuições entre membros do Ministério Público (estadual), designando quem deva officiar no feito. Percebemos, nesse caso, que a própria legislação já estabelece a competência do PGJ Estadual para dirimir o conflito antes referenciado.

6. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Vimos que o MPU compreende quatro ramos: MPF, MPT, MPM e MPDFT. Observamos também que o MPU é organizado pela Lei Complementar nº 75/93. Assim, em havendo um conflito de atribuições no âmbito do MPU, de quem seria a competência para a resolução desse conflito? Nesse caso, antes de respondermos, é fundamental dividirmos estes conflitos em dois grupos, a saber: conflitos de atribuições entre integrantes de um mesmo ramo do MPU e conflitos de atribuições entre integrantes de diferentes ramos do MPU. Vejamos.

6.1. Conflitos de atribuições entre integrantes de um mesmo ramo do MPU

Se houver um conflito de atribuições, por exemplo, entre dois promotores de justiça militar⁶ (membros do MPM⁷), a competência para a solução será, originariamente, da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM, com possibilidade interposição de recurso para o PGJM.

Art. 124. São atribuições do Procurador-Geral da Justiça Militar:

VI - decidir, em grau de recurso, os conflitos de atribuições entre os órgãos do Ministério Público Militar;

Art. 136. Compete à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar:

VI - decidir os conflitos de atribuição entre os órgãos do Ministério Público Militar.

Vale sublinhar que essa solução, conforme definido na LC 75/93, aplica-se, *mutatis mutandis*, aos demais ramos do MPU, o que vale dizer:

- a) conflitos de atribuições entre membros do MPF são dirimidos, originariamente, pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, com possibilidade de interposição de recurso para o PGR, na condição de chefe do MPF⁸ (art. 62, VII c/c art. 49, VIII);
- b) conflitos de atribuições entre membros do MPT são dirimidos, originariamente, pela Câmara de Coordenação e Revisão do MPT, com possibilidade de interposição de recurso para o PGT (art. 91, VII c/c art. 103, VI);
- c) conflitos de atribuições entre membros do MPDFT são diri-

⁶ Art. 145. Os Promotores da Justiça Militar serão designados para officiar junto às Auditorias Militares (LC 75/93).

⁷ Art. 119. A carreira do Ministério Público Militar é constituída pelos cargos de Subprocurador-Geral da Justiça Militar, Procurador da Justiça Militar e Promotor da Justiça Militar. Parágrafo único. O cargo inicial da carreira é o de Promotor da Justiça Militar e o do último nível é o de Subprocurador-Geral da Justiça Militar (LC 75/93).

⁸ O PGR é o chefe do MPF e do MPU. Em virtude disso, possui atribuições legais diferenciadas, em especial quanto ao alcance, conforme a chefia que esteja exercendo (arts. 25 e 45).

midos, originariamente, pela Câmara de Coordenação e Revisão do MPDFT, com possibilidade de interposição de recurso para o PGJDFT (art. 159, VI c/c art. 171, VIII).

Por fim, em consonância com o disposto no art. 72 da LC 75/93, compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral. Destaca-se, ainda, que o Procurador-Geral Eleitoral é o Procurador-Geral da República (Art. 73). No que toca à matéria eleitoral, diz o art. 75 que incumbe ao Procurador-Geral Eleitoral dirimir conflitos de atribuições (art. 75, III).

6.2. Conflitos de atribuições entre integrantes de diferentes ramos do MPU

Como já ressaltado, o MPU tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

Nessa linha, cabe ao PGR, como chefe do MPU, dirimir conflitos de atribuição entre integrantes de diferentes ramos do Ministério Público da União (art. 26, VII).

É relevante frisar, em consonância com o § 1º do art. 26 da LC 75/93, que o Procurador-Geral da República poderá delegar aos Procuradores-Gerais a competência para dirimir conflitos de atribuição entre integrantes de ramos diferentes do Ministério Público da União.

Assim, à luz da LC 75/93, vimos que a competência para dirimir os conflitos de atribuições, no âmbito do MPU, estão bem delimitadas, seja entre membros de um mesmo ramo, seja entre membros integrantes de diferentes ramos do MPU.

7. CONFLITOS DE ATRIBUIÇÕES ENTRE INTEGRANTES DO MP DE ESTADOS DIVERSOS OU ENTRE O MP ESTADUAL E O MPU

Estabelece a CF de 88 que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição. Em virtude dessa autonomia de que dispõe os entes federativos (art. 18) e, considerando o desenho que o constituinte originário traçou para a organização do MP nacional, em especial quanto à autonomia e independência funcionais, preliminarmente, entendemos não haver possibilidade de se atribuir ao Procurador-Geral da República, por exemplo, a atribuição de solucionar os conflitos de atribuições entre integrantes do MP de Estados diversos ou entre o MP Estadual e o MPU. Entendemos que interpretação que atribua ao PGR a palavra final quanto à resolução de conflitos entre membros dos MP Estadual e Federal, por exemplo, esvaziaria a autonomia funcional de que o constituinte originário dotou o MP Estadual.

Nesse contexto, já assentou o Supremo no sentido da incompetência do Procurador-Geral da República para a solução de conflitos dessa ordem, em face da impossibilidade de sua interferência no Parquet da unidade federada. Precedentes citados: CJ 5133/RS (DJU de 22.5.70); CJ 5267/GB (DJU de 4.5.70); MS 22042 QO/RR (DJU de 24.3.95).

Sabe-se que o PGR chefia o MPU (e o MPF) e, nessa condição, ele não possui qualquer poder hierárquico-funcional sobre atos do MP Estadual. Nesses termos, manifestou-se o STF em julgado, assim ementado:

O Ministério Público estadual tem legitimidade recursal para atuar no STJ. O entendimento até então adotado pelo STJ era no sentido de conferir aos membros dos MPs dos estados a possibilidade de interpor recursos extraordinários e especiais nos tribunais superiores, restringindo, porém, ao procurador-geral da República (PGR) ou aos subprocuradores da República por ele designados a atribuição para oficiar junto aos tribunais superiores, com base na LC n. 75/1993 e no art. 61 do RISTJ. A nova orientação baseia-se no fato de que a CF estabelece

como princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (art. 127, § 1º, da CF), organizando-o em dois segmentos: o MPU, que compreende o MPF, o MPT, o MPM e o MPDFT; e o MP dos estados (art. 128, I e II, da CF). O MP estadual não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do MPU, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o STJ. A própria CF, ao assentar que o PGR é o chefe do MPU, enquanto os MPs estaduais são chefiados pelos respectivos procuradores-gerais de justiça (PGJ) (art. 128, §§ 1º e 3º, da CF), sinaliza a inexistência dessa relação hierárquica. Assim, não permitir que o MP do estado interponha recursos em casos em que seja autor da ação que tramitou originariamente na Justiça estadual, ou mesmo ajuizar ações ou medidas originárias (mandado de segurança, reclamação constitucional, pedidos de suspensão de segurança ou de tutela antecipada) nos tribunais superiores, e nelas apresentar recursos subsequentes (embargos de declaração, agravo regimental ou recurso extraordinário), significa: (a) vedar ao MP estadual o acesso ao STF e ao STJ; (b) criar espécie de subordinação hierárquica entre o MP estadual e o MP federal, sendo que ela é absolutamente inexistente; (c) cercear a autonomia do MP estadual; (d) violar o princípio federativo; (e) desnaturar o jaez do STJ de tribunal federativo, uma vez que tolheria os meios processuais de se considerarem as ponderações jurídicas do MP estadual, inclusive como um modo de oxigenar a jurisprudência da Corte. Precedente citado do STF: RE 593.727-MG (questão de ordem). AgRg no AgRg no AREsp 194.892-RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 24/10/2012". Informativo 507 - (grifei).

7.1. Conflitos de atribuições entre integrantes do MP de Estados diversos

Neste caso, em virtude da autonomia funcional de que dispõe os órgãos em conflito, não é possível atribuir a solução ao Procurador-Geral de Justiça nem, como já destacamos, ao PGR. Segundo o STF, a competência para a resolução do conflito é do próprio Supremo, pois a conflituosidade pode importar em potencial desestabilização do próprio pacto federati-

vo. Essa potencial desestabilização do próprio pacto federativo é o que a doutrina e a jurisprudência denominam de conflito federativo. Vejamos ementas de julgados do Supremo quanto ao conflito federativo:

Diferença entre conflito entre entes federados e conflito federativo: enquanto no primeiro, pelo prisma subjetivo, observa-se a litigância judicial promovida pelos membros da Federação, no segundo, para além da participação desses na lide, a conflituosidade da causa importa em potencial desestabilização do próprio pacto federativo. Há, portanto, distinção de magnitude nas hipóteses aventadas, sendo que o legislador constitucional restringiu a atuação da Corte à última delas, nos moldes fixados no Texto Magno, e não incluiu os litígios e as causas envolvendo Municípios como ensejadores de conflito federativo apto a exigir a competência originária da Corte. (ACO 1.295-AgR-segundo, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 14-10-2010, Plenário, DJE de 2-12-2010).

Conflito negativo de atribuições. Caracterização. Ausência de decisões do Poder Judiciário. Competência do STF. Local da consumação do crime. Possível prática de extorsão (e não de estelionato). Art. 102, I, f, CF. Art. 70, CPP. Trata-se de conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público de Estados-membros a respeito dos fatos constantes de inquérito policial. O conflito negativo de atribuição se instaurou entre Ministérios Públicos de Estados-membros diversos. Com fundamento no art. 102, I, f, da CF, deve ser conhecido o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro diante da competência do STF para julgar conflito entre órgãos de Estados-membros diversos. Os fatos indicados no inquérito apontam para possível configuração do crime de extorsão, cabendo a formação da *opinio delicti* e eventual oferecimento da denúncia por parte do órgão de atuação do MP do Estado de São Paulo. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Público onde houve a consumação do crime de extorsão. (ACO 889, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11-9-2008, Plenário, DJE de 28-11-2008).

Aplica-se, assim, ao conflito neste item discutido, conforme a jurisprudência do Supremo, a alínea f do inciso II do artigo 102 da CF; vale dizer, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta, pois entende, atualmente, o Pretório Excelso tratar de lide que pode desestabilizar o pacto federativo.

7.2. Conflito de atribuições entre o MPF e o MP Estadual

Nesta hipótese de conflito, vale sublinhar que a antiga jurisprudência do STF entendia que a competência para dirimir o conflito era do Superior Tribunal de Justiça. Atribuía-se uma interpretação “ampliativa” à alínea d do inciso I do artigo 105.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

Entendia o Supremo que não havia, no caso concreto, divergência capaz de promover o desequilíbrio do pacto federativo capaz de chamar a incidência da alínea f do inciso I do artigo 102. Vejamos:

Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual. Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do *parquet* competente para apresentar denúncia. A competência originária do STF, a que alude a letra f do inciso I do art. 102 da CF, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo. Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte. Ausência, no caso concreto, de divergên-

cia capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal. Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do *parquet* em dissensão. Interpretação analógica do art. 105, I, d, da Carta da República, para fixar a competência do STJ a fim de que julgue a controvérsia. (Pet 1.503, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 3-10-2002, Plenário, DJ de 14-11-2002).

Ressalta-se que o Colendo STJ possui entendimento pacífico no sentido de que não cabe ao Tribunal da Cidadania a resolução dos conflitos ora propostos. Nesse sentido, no Conflito de Atribuição nº 154, por exemplo, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, reportando-se a precedentes, reafirmara que:

a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que não se conhece de conflito de atribuições, por incompetência da Corte, em que são partes o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, por não se enquadrar em quaisquer das hipóteses previstas no art. 105, I, da CF/1988.

Deve-se sublinhar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no entanto, foi alterado em 2005, quando este, em julgamento da Pet. 3.528, passou a julgar-se competente para a solução do conflito de atribuições entre o MP Estadual e o MPF. Eis ementa do julgado:

Compete ao Supremo a solução de conflito de atribuições a envolver o MPF e o MP estadual. Conflito negativo de atribuições – MPF *versus* MP estadual – Roubo e desca-minho. Define-se o conflito considerado o crime de que cuida o processo. A circunstância de, no roubo, tratar-se de mercadoria alvo de contrabando não desloca a atribuição, para denunciar, do MP estadual para o Federal. (Pet 3.528, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 28-9-2005, Plenário, DJ de 3-3-2006).

Essa mudança de entendimento do STF levou em conta, principalmente, a inexistência de previsão específica na Constituição Federal a respeito da competência para a resolução do conflito de atribuições entre o MP Es-

tadual e o MPF. No caso, emprestou-se maior alcance à alínea f do inciso I do art. 102 da CF, ante o fato de estarem envolvidos no conflito órgãos da União e de Estado-Membro. Asseverou-se, ademais, a incompetência do Procurador-Geral da República para a solução do conflito, em face da impossibilidade de sua interferência no Parquet da unidade federada. Precedentes citados: CJ 5133/RS (DJU de 22.5.70); CJ 5267/GB (DJU de 4.5.70); MS 22042 QO/RR (DJU de 24.3.95).

Importante frisar que, após quase 10 anos de jurisprudência pacífica quanto a essa questão, recentemente, essa discussão voltou à pauta do Supremo. O Plenário iniciou julgamento de ação cível originária (ACO 924) em que o Ministério Público do Estado do Paraná suscita conflito negativo de atribuição em face do Ministério Público Federal para a investigação de possível superfaturamento na construção de conjuntos habitacionais em município paranaense. Na espécie, os valores para o financiamento das obras teriam sido disponibilizados pela Caixa Econômica Federal - CEF, oriundos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, e colocadas no mercado de consumo por meio do Sistema Financeiro de Habitação. O Ministro Luiz Fux, relator, não conheceu do conflito de atribuição, no que foi acompanhado pelo Ministro Teori Zavascki.

Antes de entrar no mérito da ação, o ministro Luiz Fux levantou uma questão preliminar por meio da qual sugeriu que o STF não deve analisar esse tipo de processo, uma vez que, em sua opinião, não há conflito federativo, e sim um conflito de atribuições a respeito do qual o Ministério Público Federal (MPF) deveria ter a palavra definitiva. De acordo com o ministro Fux, “a opinião do MPF sobrepõem-se à manifestação do MP estadual, assim como prevê a súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, segundo a qual cabe ao juiz federal dizer se há ou não interesse da União em determinado processo”. O relator explicou que a aplicação dessa súmula do STJ se daria por analogia.

Fux recordou que se pronunciara em outra oportunidade pela remessa dos autos ao STJ, à semelhança do que ocorreria quando envolvida controvérsia sobre competência entre juízes pertencentes a tribunais distintos. Em seguida, rememorou preliminar recentemente aventada pelo Ministro

Teori Zavascki, no sentido de competir à União dizer se teria, ou não, interesse na causa. Assim, por analogia, caberia ao Parquet federal a palavra definitiva na questão.

O Ministro Teori Zavascki explicitou que se estaria a decidir, no caso, sobre qual Parquet iria promover investigação de natureza civil. Na sequência, reiterou os fundamentos expendidos em seu voto nas Petições 4706/DF e 4863/RN (v. Informativo 699), para concluir que a natureza desta controvérsia não se qualificaria como de conflito federativo, apto a atrair a incidência do art. 102, I, f, da CF.

Teori Zavascki apresentou seu voto no mesmo sentido do Ministro Fux e destacou que “não se mostra apropriada a intervenção do Poder Judiciário em controvérsia estabelecida no âmbito interno do Ministério Público para definir qual deles tem atribuição para investigar determinado fato”. Ele explicou que somente depois de ficar demonstrada a existência de conduta irregular é que se decidirá se a ação será penal ou civil, ou ambas, e só então se indicam os demandados, os fundamentos da demanda e o pedido correspondente. Assim:

Somente depois de efetivamente tomadas essas providências é que será possível identificar o órgão judiciário competente para processar e julgar eventual demanda, bem como avaliar se o representante do Ministério Público que a propôs está ou não investido de atribuições institucionais para officiar perante esse órgão judiciário.

O Ministro Teori ainda destacou que esta é uma divergência estabelecida *interna corporis* numa instituição que a Constituição Federal subordina aos princípios de unidade e indivisibilidade. “Divergência dessa natureza não se qualifica como conflito federativo apto a atrair a incidência do artigo 102, parágrafo 1º, letra “f”, da Constituição”, afirmou.

Ainda de acordo com o Ministro Teori, cumpre ao próprio Ministério Público, e não ao Judiciário, identificar e afirmar ou não as atribuições investigativas de cada um dos órgãos em face do caso concreto. “Há um modo natural de solução dessa espécie de divergência que independe da inter-

venção do Judiciário”, disse ele ao destacar que, se o Ministério Público da União afirmar sua competência para investigar determinado fato, isso, por si só, o autoriza a tomar as providências correspondentes. E continuou:

Se, ao contrário, entender que não há interesse federal a justificar a sua intervenção, como é o caso, cumpre ao MPU promover o arquivamento ou, se entender cabível, encaminhar o processo ao MP estadual. Caso o MP estadual entenda que não há razão ou fundamento para investigar o ilícito no âmbito da sua competência, nada impede que também promova o arquivamento. O que não se mostra compatível com o sistema federativo é supor que a manifestação de um órgão estadual possa ser vinculante para fixar atribuição do órgão da União.

Em divergência, o Ministro Marco Aurélio lembrou que o STF vem decidindo casos semelhantes porque a Constituição Federal não prevê órgão competente para tanto. “Ante esse silêncio, só caberia ao STF, como guardião da Carta, atuar”. De acordo com o ministro Marco Aurélio,

não cabe ouvir a União para saber se ela tem interesse ou não em uma futura ação. Deve o próprio Supremo, em prol da sociedade, resolver esse conflito para que o inquérito civil prossiga sob os auspícios do Ministério Público, que deverá atuar na espécie, considerada até mesmo uma futura competência jurisdicional.

No caso concreto, o Ministro afirmou que há o interesse em se ter o inquérito no âmbito do MPF, pois discute abatimento em prestações de mutuários da Caixa e o motivo desse abatimento seria o superfaturamento ocorrido. Portanto, “há o interesse, a meu ver, que realmente direciona a definir-se como atribuição do MPF”.

Após o voto do Ministro Marco Aurélio, pediu de vista o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Joaquim Barbosa (Informativo 707).

Entendemos, com todas as vênias, que a posição do ministro Fux, ao afirmar que “o Ministério Público Federal deveria ter a palavra definitiva, pois

a opinião do MPF sobrepe-se à manifestação do MP estadual”, faz letra morta da autonomia e da independência funcional que o Constituinte Originário atribuiu ao MP Estadual. Conforme já ressaltamos, o MP estadual não está vinculado nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à chefia do MPU.

Também pedimos vênia para discordar da posição do ministro Teori. Disse ele que:

se o Ministério Público da União afirmar sua competência para investigar determinado fato, isso, por si só, o autoriza a tomar as providências correspondentes. Se, ao contrário, entender que não há interesse federal a justificar a sua intervenção, como é o caso, cumpre ao MPU promover o arquivamento ou, se entender cabível, encaminhar o processo ao MP estadual. Caso o MP estadual entenda que não há razão ou fundamento para investigar o ilícito no âmbito da sua competência, nada impede que também promova o arquivamento.

Discordamos porque, ao menos em tese, também afirma que a decisão do MPU prevalece, sobretudo diante de conflito positivo de atribuições, além da possibilidade de podermos chegar à situação em que, mesmo diante de um explícito ilícito, órgão ministerial algum incumba-se de apurar ou de promover os atos necessários à responsabilização.

Concordamos com o ministro Marco Aurélio, quando afirma, diante do silêncio da Constituição, que

deve o próprio Supremo, em prol da sociedade, resolver esse conflito para que o inquérito civil prossiga sob os auspícios do Ministério Público, que deverá atuar na espécie, considerada até mesmo uma futura competência jurisdicional.

8. CONCLUSÃO

Conforme destacamos, a mudança na jurisprudência do Supremo, ao chamar para si a solução de conflitos de atribuições entre o MP Estadual e o MPF, levou em conta, principalmente, a inexistência de previsão específica na Constituição Federal a respeito do órgão competente para a resolução desse conflito.

Assim, diante desse vazio na Constituição e, considerando que este tema tem voltado à pauta do STF, em especial, diante da nova composição da Corte, entendemos que a Constituição Federal poderia (deveria) ser emendada, a fim de se definir, objetivamente, o órgão competente para a solução dos conflitos de atribuições tratados neste estudo, sobretudo aqueles entre o MP Estadual e o MPU.

Nesse sentido, poder-se-ia alterar nossa Lei Fundamental para inserir, entre as competência originárias do STJ, a relativa a “dirimir conflitos de atribuições entre membros do MP Estadual e o MPU”.

Considerando a natureza dos atos inerentes aos conflitos de atribuições, bem como considerando que o Conselho Nacional do Ministério Público não integra formalmente o MP, conforme se depreende da leitura da cabeça do art. 128 de nossa Lei Maior, poder-se-ia, também, refletir acerca da possibilidade de se atribuir, por meio de emenda à Constituição, a este Conselho a competência para a resolução do conflito ora discutido.

Seria possível, ainda, inserir, entre as competências originárias do próprio STF, a referente à solução do conflito de atribuições entre o MP Estadual e o MPF.

Por fim, entendemos, pelas razões já expostas, que enquanto se mantiver o atual quadro silêncio da Constituição, deve o próprio Supremo, em prol da sociedade, resolver esse conflito.

9. REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / **Supremo Tribunal Federal**. 4. ed. Brasília : Secretaria de Documentação, 2011.

AFONSO DA SILVA, J. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **LEI COMPLEMENTAR Nº 75**, DE 20 DE MAIO DE 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

BRASIL. **LEI Nº 8.625**, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

BULOS, U. L. **Direito Constitucional ao Alcance de Todos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CUNHA JÚNIOR, D. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

GARCIA, E. **Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. 3. ed. Lumen Juris, 2011.

MAZZILLI, H. N. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



Ministério Público Militar

e seus Desafios Contemporâneos

Antônio Pereira Duarte
Procurador de Justiça Militar
Conselheiro do CNMP

RESUMO: O presente estudo analisa os desafios que se projetam para o Ministério Público Militar, ramo responsável pela persecução penal dos crimes militares federais. A Instituição vem executando seu planejamento estratégico referente ao período 2011-2015, objetivando o aprimoramento para cumprir, com excelência, as diversas missões vindouras, quer no plano preventivo ou repressivo, de modo a contribuir para a preservação dos interesses nacionais e a consolidação do Estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVES: Ministério Público Militar. Histórico. Perfil Constitucional. Atribuições. Papel Fiscalizatório. Atuação Resolutiva. Desafios. Lei Complementar 75/93.

ABSTRACT: This study analyzes the challenges that project to the Military Public Ministry, branch responsible for prosecution of federal crimes military. The Institution has been executing its strategic planning for the period 2011-2015, aiming the enhancement to fulfill, with excellence, the various missions that will come, whether in the preventive or repressive plan, thus contributing to the preservation of national interests and the consolidation of the democratic rule of law.

KEYWORDS: Military Public Ministry. History. Constitutional Profile. Assignments. Fiscalization Paper. Resolutive Acting. Challenges. Supplementary Law 75/93.

SUMÁRIO: 1. Breve histórico da Instituição – 2. Perfil constitucional – 3. Atribuições criminais – 4. Relevante papel de *custos legis* – 5. Atuação resolutiva – 6. Proteção da memória institucional e fiscalização do estado de conservação do patrimônio cultural sob administração militar – 7. Conclusões – 8. Referências.

1. BREVE HISTÓRICO DA INSTITUIÇÃO

A origem remota do Ministério Público Militar brasileiro se vincula ao Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, que instituiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar. Naquela altura, a Instituição, sob certos aspectos, nasceu vinculada à Justiça Militar, tanto assim que seus membros eram denominados auxiliares de tal órgão judicial.

Desde o seu surgimento, o Ministério Público Militar vivenciou momentos de grande agito no país, dentre os quais a Revolta do Forte de Copacabana (1922), a Revolução Paulista de 1924, a Revolução de 1930, até o advento da Segunda Guerra Mundial, que ensejou participação brasileira. Em todas essas etapas, a Instituição se viu compelida a atuar da forma mais centrada possível, a despeito de sua então subordinação à Justiça Militar e ao próprio Executivo.

Nesse recorte histórico, forçoso esclarecer que a Constituição de 1934 garantiu destacada posição para o Ministério Público Militar, não apenas respaldando a jovem instituição que contava então com apenas catorze anos, mas credenciando-a para a realização das árduas tarefas para as quais vocacionada. Só para se ter uma ideia desse perfil missionário, basta se compulsar o vetusto Decreto-Lei nº 24.803, de 14 de julho de 1934, que produziu modificações no Código de Organização Judiciária e Processo Militar, de 1922, e que trazia previsão sobre as graves atribuições cometidas ao Ministério Público Militar, destacadamente no sentido de zelar pela observância das regras gerais de Direito das Gentes e Convenções de Genebra, de 27 de julho de 1929, que dispunha sobre o tratamento de prisioneiros, feridos e enfermos em campanha, devendo fornecer ao co-

mando prescrições que devam chegar ao conhecimento da tropa e população civil relativas a eles, bem como aos não combatentes e propriedades públicas e privadas¹.

Nessa época, restou instalado o Tribunal de Segurança Nacional, fato ocorrido em 11.9.1936, destinado ao julgamento dos chamados crimes políticos e que atentavam contra a segurança nacional do país. Infelizmente, houve ruptura das garantias processuais, inclusive maltrato ao princípio multissecular da legalidade em matéria penal, comprometendo, naturalmente, a lisura de seus julgamentos. Em tal conjuntura, o Ministério Público Militar perdeu a necessária independência para cumprir, com mínima altivez, o seu *munus*.

Ressalte-se que a Carta de 1937 foi praticamente omissa no que tange ao Ministério Público, apenas registrando que o Procurador-Geral da República poderia ser livremente nomeado ou demitido pelo Presidente da República. Em função de seu caráter extremamente autoritário, optou por não outorgar um trato mais condigno para a Instituição, no que representou um verdadeiro retrocesso.

Findada a Segunda Grande Guerra Mundial, em 2 de setembro de 1945, o Ministério Público Militar, à semelhança das demais Instituições Públicas brasileiras então existentes, procurou reorganizar-se, a fim de bem cumprir sua missão.

A Constituição promulgada em 1946 e com justa razão denominada de “Carta Democrática” restituiu ao Ministério Público o seu valor, de modo que a Instituição voltou a figurar em título próprio, garantindo-se aos seus membros estabilidade e inamovibilidade, além de ingresso na carreira mediante concurso público. Fixou, demais disso, sua organização na seara federal e estadual, prevendo atuação perante a Justiça Militar. A unidade institucional aclamada no texto da Carta de 1946 foi concretizada pela Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951, que trouxe à baila o primeiro estatuto orgânico do Ministério Público da União.

¹ In: **Memória Histórica do Ministério Público Militar**, p. 97, Ricardo Freitas (*et. al.*) Brasília: MPM, 2012.

No referido texto normativo, restou assente o papel essencial do Ministério Público da União, bem como a independência que regeria a atuação de cada um de seus órgãos, ante às justiças em que então funcionariam, conforme se pode constatar da compreensão do art. 1º do referido diploma, de seguinte teor:

O Ministério Público da União tem por função zelar pela observância da Constituição Federal, das leis e atos emanados dos poderes públicos. Parágrafo único. Os órgãos do Ministério Público da União, junto à justiça comum, à militar, à eleitoral e a do trabalho são independentes entre si, no tocante as respectivas funções.

Reservando o Título III para tratar do Ministério Público da União perante a Justiça Militar, a Lei 1.341/51 conferiu à Instituição trato singular, especificando sua estrutura interna e as funções cometidas tanto ao Procurador-Geral da Justiça Militar quanto aos Promotores Militares.

O Procurador-Geral, na vigência do estatuto de 1951, era nomeado em comissão, recaindo sua escolha entre bacharéis em Direito que apresentassem, ao menos, dez anos de prática de foro. Relacionavam-se, dentre suas inúmeras atribuições, o manejo da ação penal nos crimes de competência originária do Superior Tribunal Militar, bem como a promoção da declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato.

A Constituição de 1967 foi econômica no trato da Instituição, apenas fazendo constar que a lei disporia sobre o Ministério Público da União junto aos Juízes e Tribunais Federais.

No Decreto-Lei nº 1.002/69, que instituiu o Código de Processo Penal Militar, diversos dispositivos disciplinam o exercício da ação penal pelo Ministério Público Militar, bem como suas atribuições perante o Superior Tribunal Militar e órgãos judiciários de 1ª Instância. Ademais, ficou consagrada, como atribuição especial, a fiscalização do cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases de sustentação das Forças Armadas.

Em 20 de novembro de 1973, veio a lume o Decreto nº 73.173, que cuidou da feição básica do Ministério Público Militar, assim delineada: Procurador-Geral, Subprocurador-Geral e Procuradores Militares.

Com a promulgação da Lei 8.457, em 4.9.1992, restou organizada a Justiça Militar da União, ficando estabelecido nos arts. 67 e 68, que o Ministério Público da União manteria representantes junto àquela Justiça especializada.

A Constituição de 5 de outubro de 1988, por sua vez, constituiu um marco significativo na valorização do Ministério Público brasileiro, conceituando-o como 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. Para tanto, proveu-o de princípios essenciais para o pleno e equilibrado exercício das atribuições previstas em lei: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Ademais, a Carta de 1988 conferiu-lhe completa autonomia administrativa e financeira, separando-o do Poder Executivo, inclusive alocando-o em capítulo distinto dos demais Poderes, caracterizando-o como Instituição essencial à concretização da Justiça. A vigente Carta de 1988 ainda tratou da organização do Ministério Público brasileiro, consignando, no art. 128, a sua atual abrangência: “I - o Ministério Público da União compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II - os Ministérios Públicos dos Estados”.

A Lei Complementar 75/93, em consonância com o texto constitucional em vigor, definiu o estatuto orgânico do Ministério Público da União, relacionando no Capítulo III, arts. 116 a 148, diversos regramentos sobre o Ministério Público Militar, envolvendo sua estrutura e inúmeras de suas atribuições. De acordo com o referido diploma:

São órgãos do Ministério Público Militar:

I – o Procurador-Geral da Justiça Militar;

II – o Colégio de Procuradores da Justiça Militar²;

² A meu sentir, a designação mais correta seria Colégio de Membros do Ministério Público Militar, já que a carreira abrange Subprocuradores-Gerais, Procuradores e Promotores.

- III – o Conselho Superior do Ministério Público Militar;
- IV – a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar;
- V – a Corregedoria do Ministério Público Militar;
- VI – os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar;
- VII – os Procuradores da Justiça Militar;
- VIII – os Promotores da Justiça Militar.

Finalmente, com a introdução no cenário brasileiro, pela EC 45/2004, do Conselho Nacional do Ministério Público, responsável pelo controle financeiro e disciplinar de todo o Ministério Público, adotou-se um modelo de fiscalização externa, passando-se a editar diversas normas, tais como resoluções, portarias *etc*, objetivando orientar a atuação da Instituição. Composto por 14 membros, tal órgão eclético conta com quatro representantes egressos dos ramos do Ministério Público da União, podendo-se afirmar, categoricamente, que a merecida inserção do Ministério Público Militar em tão importante órgão constitucional, representa mais um reconhecimento da destemida atuação desse ramo, em variados e não raramente conturbados períodos da história nacional.

Evidentemente que há muito a se fazer sob vários aspectos, e outras tantas páginas históricas serão escritas, mesmo porque as sociedades vão se dinamizando e o correr dos tempos acarreta outras exigências e renovados parâmetros, a reclamar das Instituições diferentes posturas e arrumações em suas engrenagens, de modo a cumprir, cada vez melhor, suas intrincadas e complexas missões.

Com o Ministério Público Militar não é diferente e, pela elevada estatura de seus integrantes, há total consciência de tais postulados e anseios, tanto que a Instituição vem, com muita visão de futuro, planejando, estrategicamente, os passos que precisa seguir rumo à concretização das lídimas aspirações emanadas do ainda jovem Estado democrático brasileiro.

2. PERFIL CONSTITUCIONAL

Consoante antevisto, a Constituição de 1988, ao traçar a estrutura do Ministério Público da União, situou como um de seus ramos especializados, o Ministério Público Militar. Não inovou, nesse sentido, posto que, em

outras Cartas constitucionais, já se havia previsto idêntica disposição, como se pode perceber da leitura da Constituição de 1946. No entanto, a denominada “Carta Cidadã” reacendeu o prestígio do Ministério Público Militar da União, conferindo-lhe a merecida dimensão republicana.

Com efeito, admitindo-se a existência de um verdadeiro Direito Constitucional Militar ou Direito Constitucional das Forças Armadas, como preconizado por Jorge Miranda, em Seminário realizado no Superior Tribunal Militar brasileiro³, é de se notar, com abundância de argumentos, que o constituinte se preocupou em estabelecer paradigmas muito claros em torno de um ordenamento jurídico militar, com princípios e valores próprios e peculiares, a vindicar um Órgão especializado do Poder Judiciário da União, apto à aplicação das normas jurídicas que regem esse *jus militaris*.

De forma similar, evidenciando que a compreensão de tão singular arcabouço jurídico, exigiria um Órgão do Ministério Público igualmente especializado, definiu-se o Ministério Público Militar como o ramo do Ministério Público da União predisposto, dentre outras tarefas, ao cumprimento das demandas surgidas no aludido contexto jurídico, dando-se sequência à índole histórica suso reportada.

O Ministério Público Militar, por conseguinte – identicamente aos demais congêneres, pode ser definido como uma instituição constitucional permanente e essencial à função jurisdicional que, atuando precipuamente com as questões que gravitam na seara jurídica militar, labora na mesma

³ Palestra de Abertura “Direito Constitucional das Forças Armadas”, p. 22 dos Anais do VII Seminário de Direito Militar/coordenação: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Zilah Maria Callado Fadul Petersen; organização: Alessandra Ferreira Couto de Carvalho (*et. al.*). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2009. Para o jurista lusitano, “por mais importantes que sejam as normas específicas sobre as Forças Armadas, essas normas não devem ser entendidas isoladamente das demais, mas no sistema constitucional, no seu conjunto. É usual, em alguns autores, falar em Constituição das Forças Armadas ou em Constituição Militar, assim como há quem fale largamente, dentro da doutrina constitucionalista, em Constituição Financeira ou em Constituição Econômica ou em Constituição do Trabalho, etc. São formas de entender determinadas matérias, mas que não devem perder de vista a unidade sistemática fundamental de cada Constituição. As normas constitucionais sobre Forças Armadas e sobre defesa nacional devem ser sempre vistas nessa ótica de um tratamento unitário e sistemático”.

medida em prol da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, tal como definido no art. 127 da Constituição de 1988 e remarcado no art. 5º I, da Lei Complementar 75/93.

3. ATRIBUIÇÕES CRIMINAIS

O Ministério Público Militar, embora não possa ser limitado a um leque de atribuições unicamente criminais, assume, por expressa previsão legal, a titularidade da ação penal militar, sendo, portanto, o órgão do Ministério Público da União incumbido do *jus accusationis*, respondendo, portanto, pela repressão aos denominados crimes militares federais.

No âmbito dos estados-membros, a atuação perante as justiças militares estaduais é conferida aos integrantes dos Ministérios Públicos de cada ente federativo, que deduzem as pretensões acusatórias nos delitos militares praticados por policiais militares ou bombeiros militares. Além disso, os membros do Parquet designados para exercer as atribuições ante o juízo militar estadual também têm o importante mister concernente à fiscalização das punições disciplinares. Tal elastério de funções se deve, inclusive, à Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que ampliou a competência das justiças militares dos estados-membros, que passou a deter o controle judicial no contexto disciplinar castrense.

4. RELEVANTE PAPEL DE CUSTOS LEGIS

Paralelamente ao papel de *dominus litis*, o Ministério Público Militar, no âmbito federal, exercita outra não menos significativa atribuição, desta feita não mais como órgão agente, mas como interveniente, funcionando como atento fiscal da aplicação da lei militar. A norma estampada no art. 55 do vigente Código de Processo Penal Militar não deixa dúvidas quanto à dimensão dessa tarefa, registrando que tal ramo detém a atribuição especial de fiscalizar a aplicação das normas relativas à tutela da hierarquia e da disciplina no seio militar.

Historicamente, o Ministério Público Militar, inclusive nos campos de beligerância, já se posicionava como inegável guardião das regras de direito internacional humanitário, como se percebe das normas constantes do Decreto-Lei nº 24.803, de 14 de julho de 1934.

Hodiernamente, em que o Brasil cada vez mais se torna uma referência fundamental em matéria de participação em Forças de Paz, não têm sido poucas as oportunidades em que o Ministério Público Militar vem sendo acionado tanto para atuações de caráter preventivo, quanto repressivo. Destarte, tem sido expressiva a colaboração desse ramo ministerial na instrução das tropas que embarcam para o cumprimento das referidas missões de apoio coordenadas pela ONU, especialmente no que tange ao esclarecimento das questões que envolvem Direito Penal ou Direito Internacional dos conflitos armados. Ademais, as práticas ilícitas cometidas por integrantes das tropas brasileiras são, em regra, processadas e julgadas perante a justiça militar brasileira, mais precisamente na Circunscrição Judiciária Militar da União, localizada na Capital Federal.

É indispensável não olvidar que, no episódio envolvendo incêndio na base brasileira na Antártida, o Ministério Público Militar orientou, de perto, toda a investigação criminal desenvolvida que culminou, inclusive, com a apresentação de denúncia e da deflagração da lide penal, ainda em andamento.

Exatamente ante a perspectiva de levar orientação sobre os procedimentos e medidas que devem ser observados para se evitar condutas ilícitas nas diversas frentes de atuação internacional do País, é que o Ministério Público Militar tem sido convidado na fase de preparação das missões e também para visitar as tropas ou equipes de trabalho que já se encontram no exterior, como no Haiti e, mesmo, na Antártida, em missão republicana que se pode reputar de grande valor institucional, com elevada repercussão preventiva.

Além dessa conduta proativa no campo fiscalizatório, o Ministério Público Militar possui um canal permanente de contato com toda a sociedade, através do Disque-Denúncia, mantendo o Serviço de Informação ao Ci-

dadão (SIC) e o Fale com a Corregedoria, que podem ser acessados por meio da página eletrônica:<http://www.mpm.mp.br>.

5. ATUAÇÃO RESOLUTIVA: TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS (TACs) E RECOMENDAÇÕES

O Ministério Público desenhado pela Carta de 1988 apresenta-se à contemporaneidade como uma Instituição vital à sobrevivência do Estado democrático de direito, tendo sido dotado de atribuições extraordinárias, como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais e sociais indisponíveis.

Para bem cumprir tão essenciais missões, foi munido pelo constituinte originário de instrumentos realmente poderosos, os quais, certamente, deverão ser empregados com toda austeridade e equilíbrio. Nesse giro, apenas para direcionar a discussão, as ações penais e as ações civis públicas são preciosas ferramentas que, se bem manejadas, restauram tanto a paz social, pela certeza da persecução estatal visando garantir a punição dos infratores do ordenamento penal, quanto pela certeza da permanente vigilância em prol da intangibilidade do patrimônio público, do meio ambiente, da saúde e outros bens de interesse individual ou social.

Por outro lado, cada vez mais o Ministério Público brasileiro, no qual se insere, com muito senso de responsabilidade, o Ministério Público Militar, não se pauta por um agir exclusivamente demandista, trilhando, igualmente, um comportamento que prima pela prevenção das condutas ilícitas. Essa postura resolutiva faz com que, em muitos casos, diversas e prejudiciais condutas sejam refreadas no seu limiar, através, por exemplo, de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), pelo qual há um compromisso formal de adequação de comportamento, de modo a evitar lesão de variada ordem, a qual poderia afetar o meio ambiente, a saúde pública, o patrimônio etc.

Muito a propósito, impende assinalar que a Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, que completa 20 anos de existência neste ano, além de inumeráveis e indispensáveis instrumentos de atuação de caráter deman-

disto, colocados à disposição dos membros do Ministério Público, houve por bem dispor sobre um instrumento resolutivo de grande valia, que se acha inserido no Inciso XX do artigo 6º, o qual traz o *nomen iuris* de recomendação. Na dicção do dispositivo, sempre que se fizer necessário, o Ministério Público expedirá recomendações propondo a melhoria dos serviços públicos ou de relevância pública e o respeito aos interesses, direitos e bens que lhe incumbem zelar, definindo prazo adequado para a tomada das competentes providências.

Essa ferramenta de caráter extrajudicial tem sido largamente empregada pelo Ministério Público, com excelente retrospecto, visto que concita aos recomendados que ajam de forma a garantir que os serviços públicos ou de relevância pública sejam prestados com máxima qualidade, dentro de padrões de eficiência e prestabilidade. Ademais, as recomendações podem contribuir para a preservação de interesses, direitos e bens, os quais se encontram afetos à pronta intervenção do Ministério Público.

Na definição adotada por Barbosa e Medeiros (2003:2001), “é o instrumento escrito pelo qual o órgão do Ministério Público da União indica, exorta, instrui ou orienta, sem a assunção imediata de resultado, pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, a que dêem (sic) trato especial ou tratem com certa consideração, serviços públicos ou de relevância pública, ou, ainda, com vista a que sejam respeitados bens, direitos e interesses cuja defesa incumbe à instituição, fixando prazo para tanto”⁴.

No entanto, não se pode olvidar que a recomendação não tem carga coercitiva, sendo apenas uma orientação ou instrução emanada do Ministério Público no sentido de que a autoridade recomendada, avalie e tome as providências indicadas pelo Parquet porventura as considere adequadas. Não há vinculação, por isso pode não ser atendida.

Novamente vale o escólio de Barbosa e Medeiros (2003: 201), no sentido de que “a recomendação não é uma determinação, mas, como se disse uma indicação, exortação, instrução ou orientação de conduta para o orienta-

⁴ A Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, em seu art. 27, IV, também prevê a possibilidade de utilização das recomendações pelos membros dos Ministérios Públicos estaduais.

do. Logo, este não está obrigado ao seu atendimento. Deve, contudo, até por uma questão de cortesia, ser respondida.”

Cabe salientar que o uso das recomendações se insere, naturalmente, no quadro da garantia da independência funcional – princípio balizar da atuação do Ministério Público inscrito no § 1º art. 127 da Carta vigente, sendo instrumentos que contribuem para solucionar muitos conflitos sem a necessidade de intervenção judicial.

Por conseguinte, o manejo regular das recomendações é muito positivo, tornando-se via resolutive de grande eficácia, evitando-se, muitas das vezes, a própria judicialização imediata daquela situação fática reputada pelo órgão ministerial como irregular ou contrária ao ordenamento jurídico.

Não recomendável é o abuso no emprego do sobredito instrumento, quando vem imbuído de propósito intimidativo e naquelas situações em que a questão em desavença já se encontre submetida ao crivo judicial. Nesse caso, até para evitar insegurança jurídica, não se mostra razoável que o Ministério Público queira atuar de forma paralela, numa superposição de controle. O que instituição ministerial pode fazer é atuar no âmbito do processo já instaurado, valendo-se dos mecanismos suasórios competentes, inclusive pedidos cautelares incidentais e outras medidas de tutela de urgência consideradas necessárias ou oportunas.

O tema é assaz polêmico e vem ganhando a atenção especial do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que já instituiu comissão para avaliar a dimensão de tão essencial instrumento, objetivando, sobretudo, manter sua finalidade saneadora, evitando que resvale para uma forma arbitrária de controle extrajudicial, distanciando-se de sua *ratio essendi*.

O uso, como exposto, pela finalidade a que se destina, é livre e louvável, com irrestrito respaldo na liberdade que deve nortear a atuação-fim do Ministério Público. O abuso, contudo, nas situações apontadas, há de ser contido, a fim de que o próprio instrumento em si não venha a cair no descrédito.

O Ministério Público avançou muito e precisa manter-se hígido em todos os aspectos, para prosseguir em seu principal desafio de se revelar um verdadeiro agente de transformação social.

Aliás, exatamente por exercer missões tão essenciais ao Estado democrático de direito, inclusive por ser guardião da Ordem Jurídica, deve o Ministério Público se pautar com o indispensável equilíbrio, de modo a fortalecer a estabilidade das relações jurídicas e gerar a confiança social em sua atuação diuturna.

Como bem lembrado por Freitas (2003: 232) que “ao MPM não compete a defesa de todo e qualquer Estado concebido enquanto ordem jurídica, mas apenas daquele informado por valores políticos democráticos”. Desse modo, toda e qualquer conduta que não se coadune com tais postulados, deve ser alvo da ação saneadora do Parquet⁵.

O Ministério Público Militar, em absoluto compasso com os ditames da agora vintenária Lei Complementar 75/93, caminha pela mesma vertente dos ramos coirmãos, passando a se destacar, nos últimos tempos, por desenvolver uma cultura de maior orientação às organizações militares, por meio de recomendações, palestras, oficinas, além de também se valer do notável e eficiente mecanismo de ajustamento de conduta.

Apenas para não ficar na mera exposição teórica, forçoso mencionar, no plano pragmático, as seguintes iniciativas bem-sucedidas do Ministério Público Militar, com cunho nitidamente resolutivo:

Procuradoria de Justiça Militar em Santa Maria/RS - ICP - Crescimento no número de deserções. O Inquérito Civil Público 01/2007, instaurado em conjunto pelo MPM e pelo MPE, com o objetivo de averiguar as causas que levaram ao expressivo incremento no número de deserções ocorridas, no biênio 2005-2006, em Organizações Militares na área de jurisdição da 3ª Auditoria da 3ª CJM e

⁵ O mesmo Freitas (2003: 233) acrescenta que “com a finalidade de preservação da ordem jurídica e do regime democrático, o MPM pode e deve legitimamente opor-se ao poder executivo ou às instituições militares sempre que se fizer necessário para evitar o abuso de poder.

que resultou na elaboração da Recomendação Conjunta nº 01/2007 – Concessão de Auxílio-Transporte e da Recomendação Conjunta no 02/2007 – Princípio da Proximidade da Residência dos conscritos.

Procuradoria de Justiça Militar em Belém/PA - TAC - Problemas sanitários em refeitório militar. Inquérito Civil Público resultou em Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre a Procuradoria da Justiça Militar em Belém – PA e a Direção do Centro de Lançamento de Alcântara, em fevereiro de 2005, com o objetivo de sanar irregularidades constatadas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA no refeitório daquela unidade militar. O objetivo do acordo era garantir o direito constitucional à saúde e à vida dos militares que se utilizavam do local para suas refeições e prevenir eventuais demandas por crimes contra a saúde, afastamentos de militares do serviço por licença médica e inclusive pedidos de indenizações perante a Justiça Federal.

Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro/RJ - TAC - Intoxicação de militares por benzeno. Inquérito Civil Público resultou em Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre a Procuradoria da Justiça Militar no Rio de Janeiro e a Base Aérea dos Afonsos, em 10 de maio de 2000, visando a adoção de providências para evitar a contaminação tóxica por benzeno de militares do setor de pintura de aeronaves da unidade militar⁶.

Ademais, são incontáveis as Recomendações que vêm sendo produzidas pelas diversas Procuradorias Regionais de Justiça Militar, com base no permissivo constante do supracitado art. 6º, Inciso XX, da Lei Complementar 75/93, envolvendo as mais variadas questões: segurança no uso e manuseio de armamento e munições; fiscalização para coibir ingresso de entorpecentes nas Organizações Militares; segurança em Campo de Instrução; aprimoramento de sistema de pagamentos das Organizações Militares para evitar fraudes; Controle de Depósito para impedir crimes contra o patrimônio militar; sobre preservação dos direitos dos militares, como auxílio transporte etc.

⁶ Os casos transcritos foram extraídos da página eletrônica da Instituição – <http://www.mpm.mp.br>.

Também restou firmado, na data de 15.7.2009, o Termo de Cooperação Técnica nº 35000.001398/2008-41, entre o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, o Ministério Público Militar e as Forças Armadas, para acesso ao banco de dados do Sistema de Óbitos – SISOBI. Partiu do MPM a iniciativa de estabelecer o Termo, visando prevenir as denominadas fraudes previdenciárias, que vêm causando, ao longo dos tempos, grave repercussão danosa ao patrimônio militar. De acordo com informações do Centro de Apoio à Investigação – CPADSI/MPM, entre os anos de 2005 a 2007, somente no âmbito de atuação da Procuradoria de Justiça Militar/RJ, foram desviados mais de quatorze milhões de reais, com tais práticas ilícitas⁷.

Tal quadro deixa entrever que somente com a atuação contínua do Ministério Público é que se vai corrigindo tão nefastas práticas contra o patrimônio público. Aliás, a praga da improbidade administrativa tem se alastrado e precisa, urgentemente, ser coibida. Nesse sentido, o escólio de Suz D’Angelo e Élcio D’Angelo (2003: 63):

destarte, diante de nossa realidade política, torna-se forçoso concluir que somente através de uma fiscalização percuciente e diuturna dos atos realizados pelos agentes públicos é que poderemos, se não expurgar esse câncer social chamado “improbidade administrativa”, pelo menos, cauterizá-lo, momentaneamente, até que a humanidade se conscientize de sua responsabilidade perante sua própria espécie.

Outro segmento que vem exigindo continuada atuação do Ministério Público Militar são as hipóteses, cada vez mais recorrentes, de emprego das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem. Em tais situações concretas, os membros da Instituição têm adotado duas linhas de trabalho:

⁷ Chama a atenção o teor da Cláusula 1ª do referido documento: “o presente Termo de Cooperação Técnica tem por objeto a disponibilização de base de dados do Sistema de Óbitos – SISOBI aos partícipes para permitir a consulta dos óbitos que tenham sido informados pelos cartórios, visando a prevenção e investigação de fraudes ao erário decorrentes de óbitos de militares, servidores civis, inativos e pensionistas das Forças Armadas.”

- a) Resolutiva: prestam esclarecimentos às autoridades militares, inclusive fazendo recomendações consideradas pertinentes, acompanhando todo o desenrolar de tão sensível medida constitucional;
- b) Repressiva: desenvolvem a atividade persecutória propriamente dita, inclusive lançando mão, quando necessário e útil, das denominadas medidas preventivas e assecuratórias, requerendo prisões cautelares, buscas e apreensões, revistas etc.

Exemplo marcante disso foi a implantação das Forças de Pacificação nas Comunidades da Penha e do Alemão, onde membros lotados nos Ofícios do Rio de Janeiro, acompanharam de perto o trabalho desenvolvido pelas Forças Armadas, exercendo *in locu* o controle externo da atividade de polícia judiciária militar, evitando-se, com isso, violação das garantias constitucionais ou mesmo a prática de nulidades, que bem poderiam contaminar a investigação ou o futuro processo penal.

Como consequência das notáveis implicações decorrentes do emprego das Instituições Militares em tais frentes, é que se realizou no Rio de Janeiro, no período de 10 a 12 de abril de 2012, uma Oficina de Trabalho, promovida pela Escola Superior do Ministério Público da União, na qual membros do Ministério Público Militar estiveram reunidos, discutindo o papel da Instituição quanto às inúmeras questões que surgem durante o período de vigência desse modelo constitucional de cooperação ou intervenção federal, conforme a definição eleita pelas autoridades competentes para aprovar a medida. O resultado da Oficina foi extremante positivo, tanto que está sendo objeto da produção de um manual de atuação do Ministério Público Militar, o qual auxiliará na adoção de diferentes procedimentos legais. O manual contemplará uma relação de medidas práticas que podem ser utilizadas pelo Ministério Público Militar nas diferentes hipóteses de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, tanto no âmbito urbano quanto nas zonas transfronteiriças e em outras situações legais.

A minuta do texto será levada ao conhecimento de todos os membros da Instituição, ficando hospedada na página eletrônica da Instituição para colher sugestões e outros subsídios, colimando seu aprimoramento, para fi-

nalização do texto do manual, cuja versão definitiva deverá, posteriormente, ser publicada pela Escola Superior do Ministério Público da União. O grupo de trabalho que participou das discussões apresentou, dentre outras, as seguintes propostas de iniciativas do Ministério Público Militar: 1 - visitas constantes à Delegacia de Polícia Judiciária Militar montada na área em que desencadeadas as ações de garantia da lei e da ordem; 2 - acompanhamento da lavratura de Auto de Prisão em Flagrante; 3 - acompanhamento pessoal, sempre que necessário, das Reconstituições dos fatos constantes das Investigações criminais; 4 - presença física do Promotor nos locais em que desenvolvidas as ações de garantia da lei e da ordem, a fim de prestar as orientações necessárias sobre temas como abordagens, apreensões, prisões em flagrante, respeito das garantias individuais etc; 5 - palestras permanentes para as tropas designadas para atuar nas ações de garantia da lei e da ordem, com ênfase no respeito aos fundamentos constitucionais e legais das referidas operações; 6 - expedição de recomendações, em especial para: 6.1. solicitar que o Ministério da Defesa informe, com antecedência, sobre operações de garantia da lei e da ordem previstas, objetivando o planejamento do controle externo por parte do Ministério Público Militar; 6.2. orientar que seja imediatamente comunicado ao Ministério Público Militar qualquer apreensão de drogas ilícitas, armas, munições e outros objetos de interesse penal; 6.3. orientar sobre a necessidade de apreensão de objetos essenciais à investigação; 6.4. orientar sobre a necessidade de preservação das filmagens efetivamente realizadas; 6.5. orientar quanto à observância dos direitos e garantias na abordagem de pessoas e na apreensão de objetos.

Essa preocupação em se preparar para as hipóteses de emprego das Forças Armadas tem a ver com o próprio espírito institucional de controle e prevenção, de modo que, no bojo do Planejamento Estratégico do Ministério Público Militar alusivo ao lustro 2011/2015, já se havia estabelecido como estratégia de capital relevância a efetivação da participação do Ministério Público Militar em todas as situações de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, seja decorrente de intervenção federal ou mera cooperação com o estado-membro solicitante.

Não se deve deslembrar que dois grandes eventos acontecerão nos próximos anos, ou seja, a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016,

em que, naturalmente haverá emprego das Instituições Militares visando garantir a lei e a ordem. Diante de tal projeção, forçoso convir que o Ministério Público Militar mais uma vez será chamado para o cumprimento de suas nobres atribuições.

Afinal, como pontificado por Brüning (1989: 86): “o papel do Ministério Público, se bem analisado, é defender a Sociedade de todos os abusos, sejam eles individuais, grupais ou estatais. A Sociedade é a única destinatária dos serviços prestados pelo Ministério Público”.

6. PROTEÇÃO DA MEMÓRIA INSTITUCIONAL E FISCALIZAÇÃO DO ESTADO DE CONSERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Quando se compulsava o art. 216 da Constituição brasileira, forçoso reconhecer não pairar dúvidas de que a própria trajetória do Ministério Público, na luta de afirmação e reconhecimento de seus postulados institucionais, perpassando pelo alentado número de documentos que pautaram a sua vigilância na consolidação das demais instituições e poderes nacionais, se insere no contexto mais caro da formação da sociedade brasileira, de modo que se cristaliza como inequívoco patrimônio cultural. Disso resulta que não há como deixar de se trabalhar em prol da preservação da memória institucional do Ministério Público e das boas práticas de gestão de documentos. Aliás, não é demais registrar, que a missão de zelar pela intangibilidade do patrimônio cultural brasileiro tem que começar dentro da própria casa, desenvolvendo-se, internamente, o espírito da preservação da história e da identidade dessa imprescindível instituição democrática. Nessa toada, torna-se essencial que exista uma mesma linguagem dentro do Ministério Público, no intuito de se espriar um sentido de manutenção dos elementos históricos e culturais da própria formação institucional.

Não por outro motivo, em todos os quatro Encontros Nacionais dos Memoriais do Ministério Público até aqui promovidos, houve consenso no sentido de que a cultura da memória precisa ser urgentemente internalizada por todo o Ministério Público brasileiro, sendo que, no IV Encontro ocorrido em Belo Horizonte/MG, nos dias 22 a 23 de agosto de 2013,

lavrou-se Carta na qual, inclusive, ficou firmado que o CNMP deverá tornar-se a instância mais propícia a estabelecer os parâmetros adequados a essa gestão de bens corpóreos e incorpóreos, abrindo-se espaço para um programa nacional de memória do Ministério Público brasileiro.

Tal desafio se apresenta para o Ministério Público Militar de modo permanente, posto que, consoante dito alhures, desde sua criação, no distante ano de 1920, a instituição passou por decisivos momentos na trajetória nacional, inclusive com a participação na 2ª Grande Guerra Mundial, quando integrou os quadros da Justiça Militar então instalada no próprio teatro de operações bélicas, na Itália.

Por tudo isso, o Projeto Memória, que resultou na publicação do livro *Memória Histórica do Ministério Público Militar*, em 2012, há de prosseguir com novo fôlego, estabelecendo possibilidades de criação de museu, espaço virtual, publicação de obras e outras relevantes iniciativas, que possam respeitar os ditames constitucionais anteriormente invocados, preservando-se para as gerações pósteras, a formação histórica, o desenvolvimento e a atuação do Ministério Público Militar, nas diversas etapas da construção da República brasileira.

Por outro lado e mais do que nunca deve o Ministério Público Militar, como instituição essencial ao Estado democrático de direito, atuar na fiscalização contínua do estado de conservação dos bens de valor histórico e cultural que estejam sob administração militar, inclusive no que concerne às áreas de preservação ambiental, se possível criando bancos de dados, tanto em nível regional quanto nacional, envidando-se as necessárias medidas para impedir qualquer dano a tal patrimônio.

Há, de fato, áreas ambientais militares onde são desenvolvidos exercícios de sobrevivências e/ou instruções com emprego de munição de festim ou mesmo real, devendo-se ter acompanhamento do Ministério Público, visando evitar degradações e comprometimento da fauna e da flora ali existentes.

Ademais, cumpre dizer que, nas diversas Organizações Militares espalhadas pelo vasto território brasileiro, há sempre acervos consideráveis de bens de valor cultural, histórico, antropológico, paisagístico e até turístico, que precisam ser geridos com todo zelo, não podendo o Ministério Público furtar-se a uma fiscalização rigorosa quanto às medidas adotadas para sua integral conservação.

A propósito, não há ramo do Ministério Público mais apto à realização de tão indispensável tarefa, mesmo porque, diuturnamente, o Ministério Público Militar atua nas mais complexas matérias relacionadas à profissão castrense, inspecionando as unidades prisionais militares, participando das solenidades militares, visitando os hospitais militares para análise de suas estruturas e adequações, orientando tropas convocadas para as missões de paz, palestrando para contingentes militares acerca do ordenamento jurídico militar etc. É bem verdade que nada impede e tanto mais recomenda que haja integração com os demais ramos da União ou mesmo dos estados-membros para tornar mais efetiva essa proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, que estejam em áreas sob administração militar, na dicção do art. 6º, VI, b da Lei Complementar 75/93.

7. CONCLUSÕES

Assim como os seres humanos, que, na feliz acepção de Guimarães Rosa, não estão terminados, mas em permanente construção⁸, também as Instituições por eles compostas passam, cotidianamente, pelo processo de aprimoramento em nível material, humano, moral e tecnológico.

Nesse sentido, o Ministério Público Militar, nascido no longínquo ano de 1920, é uma Instituição republicana que, integrada ao Ministério Público da União, caminha a passos largos em busca de uma consolidação cada vez mais harmoniosa, com redobrado denodo na salvaguarda da integridade das Instituições Militares, guardiães de todas as Instituições Democráticas, firmando-se, desse modo, na repressão das condutas penalmente ilícitas que afetam os bens, objeto da tutela penal especializada, bem como

⁸ Extraído do livro “Grande Sertão: Veredas”.

zelando pela prevenção de outras tantas condutas proibidas, que possam alcançar o patrimônio, a saúde, o meio ambiente e outros bens afetos à gestão castrense.

Não bastasse isso, o Ministério Público Militar, com larga visão republicana, tem-se empenhado em todas as diversas ocasiões em que sua contribuição se tornou imprescindível, principalmente para dar o correto direcionamento em sede de Direito Penal e Direito Internacional Humanitário, como ocorrido nas orientações ministradas previamente às tropas brasileiras convocadas para cumprir missões no estrangeiro.

Demais disso, o Ministério Público Militar vem desenvolvendo dedicado trabalho preventivo, expedindo recomendações, propondo termos de ajustamento de conduta, instaurando inquéritos civis públicos ou mesmo, irmanado com outros ramos, deduzindo ações civis públicas, com retrospecto cada vez mais favorável.

Inegável que toda essa atuação pujante somente se tornou visível e, porque não dizê-lo, possível, por força das transformações ocorridas desde o advento da Carta de 1988, que balizou um novo modelo republicano, em cujo regaço, cristalizaram-se princípios e valores absolutamente paradigmáticos, dentre os quais avulta-se o primado da dignidade da pessoa humana.

Como um corolário natural desse almejado amadurecimento institucional do Ministério Público brasileiro, é de se dessumir que a criação do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), fato ocorrido em 2004, constituiu, por assim dizer, um marco verdadeiramente histórico e divisor de águas, visto que, a partir de então, novas e salutares práticas passaram a ser difundidas no âmbito do Ministério Público brasileiro, com uniformização de procedimentos, inserção de uma cultura de planejamento estratégico e todo um redesenho de sua filosofia financeira e disciplinar.

O Ministério Público Militar, com assento democraticamente garantido no CNMP, também partilha dessa nova postura institucional, que, indubitavelmente, alicerça o Ministério Público brasileiro em bases mais adequa-

das, moldando-o para os grandes desafios porvindouros, num contexto em que organizações criminosas agem, diuturnamente, orquestrando práticas de elevadas proporções danosas, rompendo as fronteiras dos países, em claro menoscabo à soberania dos povos e com afetação, de maneira ruidosa, abrangente e contínua, de todas as civilizações, devido ao incremento de novos riscos globais, destacadamente a criminalidade organizada transnacional.

Em derradeira análise, o burilamento institucional é de todo necessário para capacitar, de forma contínua, o Ministério Público de uma maneira geral, para o cumprimento de suas árduas e impostergáveis missões.

Em tempos em que se avizinha a realização de duas grandes competições no País, a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016, nunca foi tão indispensável que o Ministério Público brasileiro venha a demonstrar sua vocação republicana, atuando, *pari passu* com as demais Instituições pátrias, com requintada fiscalização, na proteção dos interesses nacionais, cooperando, desse modo, para que o Brasil mais se projete no cenário internacional, como um país ordeiro, juridicamente bem estruturado e democraticamente receptivo.

Nesse cenário prospectivo, o Ministério Público Militar também já vem se aparelhando para as grandes incumbências que o aguardam, sobretudo em face do inevitável emprego das Forças Armadas para garantir a lei e a ordem, durante a ocorrência dos aludidos eventos internacionais.

8. REFERÊNCIAS

ALVES, A. B. *et. al.* **Funções institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA, O. / MEDEIROS, S. M. A Recomendação como instrumento de atuação do Ministério Público da União (**O Ministério Público e a ordem social justa: Dez anos da Lei Complementar n. 75/93**/Flávio Paixão... *et. al.*). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BELLO, E. **Perspectivas para o direito penal e para um Ministério Público republicano**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

BRÜNING, R. J. **O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor e Editora FURB, 1989.

CARNEIRO, J. R. G. **O Ministério Público e suas investigações independentes – reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CARNEIRO, P. C. P. **O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural: atribuição e conflito**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

D'ANGELO, S. e D'ANGELO, E. **O princípio da probidade administrativa e a atuação do Ministério Público**. Campinas, SP: LZN Editora, 2003.

FILHO, J. F. S. **Ministério Público Brasileiro e Estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FREITAS, R. (*et. al.*). **Memória histórica do Ministério Público Militar**. Brasília: MPM, 2012.

FREITAS, R. O Ministério Público Militar na defesa da ordem jurídica e do regime democrático (**O Ministério Público e a ordem social justa: Dez anos da Lei Complementar 75/93/Flávio Paixão....et. al.**), Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GARCIA, E. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris editora, 2003.

JATAHY, C. R. C. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2009.

JATAHY, C. R. C. **O Ministério Público e o Estado democrático de direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris editora, 2007.

MACHADO, A. A. **Ministério Público: democracia e ensino jurídico.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MAZZILLI, H. N. **Introdução ao Ministério Público**, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PAIXÃO, F. *et. al.* **O Ministério Público e a ordem social justa: Dez anos da Lei Complementar n. 75/93.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

RIBEIRO, D. C. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

RITT, E. **O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002.

ROSA, G. **Grande Sertão: Veredas.** São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SACCO, R. F. **Constitucionalismo e Ministério Público: uma visão panorâmica.** Belo Horizonte: Mandamentos, FCH/FUMEC, 2008.

A progressão do regime

nos crimes militares ante as relações especiais de sujeição

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

Ministra Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar
Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais

Micheline Barboza Balduino Ribeiro

Especialista em Direito Processual Penal
Analista Processual na Procuradoria-Geral da República – PGR

RESUMO: A concessão de progressão de regime é denegada no âmbito da Justiça Castrense sob o entendimento de que o militar submetido ao encarceramento em estabelecimento prisional das Forças Armadas sujeita-se à legislação penal especial, e não, à Lei de Execução Penal. No presente artigo, buscou-se ressaltar que a discussão acerca da possibilidade de se conceder a benesse no âmbito do Direito Penal Milicien perpassa o inciso XLVIII do art. 5º da Magna Carta, donde se extrai dever ser a sanção “cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”. O art. 61 do Código Penal Militar, ao regular o cumprimento da pena privativa da liberdade em exegese restritiva, vem sendo interpretado em desconformidade com o postulado da isonomia, pois dos custodiados em recinto das Forças Armadas é subtraída a garantia da progressão. Conclui-se, então, a favor da hermenêutica inovadora sobre a inteligência da *legis*, com vistas a autorizar a prevalência das conquistas implementadas pela Lei de Execução Penal e efetivar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e, sobretudo, da individualização da reprimenda.

PALAVRAS-CHAVES: Progressão de Regime. Crimes Militares. Relações Especiais de Sujeição. Estabelecimento Castrense. Isonomia. Lei de Execução Penal. Restrição de Direitos. Individualização da Pena. Postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

ABSTRACT: The concession of progression in regime is denied in the military Justice, under the understanding that the military subjected to incarceration in a prison establishment of the Armed Forces subject to the special criminal law, and not the Penal Execution Law. In the present article we tried to emphasize the discussion about the possibility of giving the benesse under Milicien Criminal Law permeates the item XLVIII of art. 5 of the Magna Carta, from which it extracts that the sanction must be “served in separate establishments, according to the nature of the offense, the age and sex of the convict.” The art. 61 of the Military Penal Code, to regulate the enforcement of custodial sentence in exegesis restrictive, is being interpreted in disagreement with the postulate of equality, because from the custodied on enclousure of the Armed Forces is subtracted the guarantee of progression. We conclude, then, in favor of an innovative hermeneutics about the intelligence of the legis in order to authorize the prevalence of the achievements implemented by the Criminal Execution Law and give effect to the principles of reasonableness, proportionality and, above all, the individualization of reprimand.

KEYWORDS: Regime Progression. Military Crimes. Special Relations of Submission. Military Stablishment. Equality. Penal Execution Law. Restriction of Rights. Penalty Individualization. Postulates of Reasonableness and Proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As relações especiais de sujeição-evolução no tempo – 3. Progressão de regime no âmbito militar – 4. Princípios aplicáveis à matéria – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A concessão da progressão de regime, um dos maiores benefícios do sistema punitivo pátrio, é denegada no âmbito da Justiça Castrense sob o

entendimento de que o militar submetido ao cumprimento de pena em estabelecimento das Forças Armadas sujeita-se à legislação criminal especial, e não, à Lei de Execução Penal¹.

Efetivamente, a Constituição Federal, ao dispor sobre as Forças Armadas, estabeleceu como pilares de sua organização e funcionamento a hierarquia e a disciplina. Tais princípios traduzem-se num conjunto de restrições normativas ao espaço do cidadão militar, na medida em que lhe impõe uma série de servidões que restringem o exercício dos direitos fundamentais.

Da leitura da Carta Política – art.142 da CF – observa-se que várias dessas limitações foram estatuídas pelo próprio Constituinte Originário. Cite-se a vedação à impetração do *habeas corpus* contra punições disciplinares, a proibição de sindicalização e greve, a prisão administrativa sem ordem judicial, dentre outras.

Tais diferenças de tratamento, por vezes, materializam-se em conflitos principiológicos que, ao serem sopesados, poderão comprimir direitos clausulados como pétreos, em desfavor dos integrantes do Exército, Marinha e Aeronáutica.

E é por essa razão e não outra, que o Direito Castrense inadmite institutos típicos de proteção ao indivíduo na esfera criminal tais como: a subsidiariedade, a fragmentariedade e a intervenção mínima; verdadeiros dogmas do Direito Penal Comum. Medidas despenalizadoras não são, igualmente, aceitas.

¹ Sobre a matéria pronunciou-se o Superior Tribunal Militar, em decisão unânime, com fundamento nos arts. 59 e 61 do CPM, *in verbis*: “que a execução de sentença que impõe pena privativa de liberdade até dois anos é cumprida pelo oficial em recinto de estabelecimento militar e pela praça em estabelecimento penal militar; e a superior a dois anos é cumprida por ambos em penitenciária militar, e, na falta desta, em estabelecimento prisional civil. Somente neste último caso - da pena ser cumprida em estabelecimento prisional civil - o recluso ou detento fica sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões também poderá gozar”. (Apelação: 2006.01.001943-4/PA. Min. Rel. Rayder Alencar da Silveira. Data da Publicação: 8/3/2007).

Está-se diante do poder legal de restrição, a projetar-se sobre pessoas em situação especial para com o Poder Público, sendo, conseqüentemente, tratadas de maneira diferenciada das demais quanto à fruição de determinadas garantias.

Nesse contexto, cumpre preliminarmente perquirir a latitude do âmbito de proteção e a fixação precisa dessas contenções para aferir a viabilidade jurídica de progressão de regime ao militar infrator, apenado com mais de dois anos de reclusão ou detenção, e que se encontra custodiado em presídio castrense.

2. AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO-EVOLUÇÃO NO TEMPO

Tem-se como certo que o âmbito de proteção designa o alcance da garantia “jusfundamentalizada”, aquilo que por ela é concebido, abrangendo a definição do pressuposto fático do Direito, ou seja, a descrição do bem protegido. Contraposto ao âmbito de proteção está o conceito de restrição de direito fundamental que, de modo genérico, consigna afetações desvantajosas, redutoras do espectro do amparo.

Antes de mais, importa ressaltar que as relações especiais de sujeição passaram ao largo do abrigo constitucional no passado. Na Alemanha, a doutrina dominante as excluía do alcance geral de tutela legislativa. Os vínculos específicos e fortes que ligavam determinadas pessoas à Administração lhes impunham um sistema de relações nas quais, o dever de obediência, repelia a possibilidade de invocação de dispositivos legais. O fim perseguido pela *potestas* estatal determinava que se operasse numa base de confiança, eficiência e disciplina, inconciliáveis com o privilégio exclusivamente individual do gozo das tutelas jurídicas assecuratórias. A preservação de bens e interesses comunitários vinculados à função exercida pelo indivíduo justificava a constrição.

Com o passar do tempo, a teoria evoluiu, ensejando o estabelecimento de doutrinas heterogêneas. Uma, propugnando que a compressão da fruição

das fianças constitucionalizadas era indispensável para a manutenção da relação especial de poder; outra, entendendo não ser a limitação essencial, devendo a pessoa ser considerada como comum, não submetida a tratamento diferenciado; por decorrência, inadmitia-se garantias restritas².

Hodiernamente é assente que os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a seus direitos, nem se associam voluntariamente a um estatuto de sujeição produtor de contenções. O que caracteriza tal situação é determinadas relações de vida serem disciplinadas por um estatuto específico. Esse estatuto, contudo, necessita estar vinculado à *Lex Fundamentalis*³.

No Brasil, tanto os direitos fundamentais, quanto as relações mantidas entre o sujeito e o Estado que gerem a diminuição do âmbito de proteção hão de respaldar-se na Constituição. No contexto concernente aos militares, a Lei Fundamental coarctada faculdades e poderes específicos, devidamente justificados em face das atribuições por eles exercidas.

Certo é que as experiências de conflito entre valores ou bens jurídicos “jusfundamentalizados” permitem afirmar a ausência de direitos absolutos. A razão prescinde de exegese, porque qualquer deles não pode deixar de ser limitado, no mínimo, pelo espaço necessário aos direitos das outras pessoas. Aliás, nesse sentido, a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já estabelecia no Art. 4º:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não seja prejudicial a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que garantam aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites só podem ser determinados por lei.

² PIMENTEL, L. **A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas**. Lisboa: AAFDL, 2008, p. 156, *et seq.*

³ São requisitos de legitimidade constitucional para as restrições, na lição de Luis Pimentel: “estar expressamente autorizada; processar-se por via de lei formal, estruturada esta em termos gerais e abstractos; ter sentido prospectivo (e não retroactivo); postergar medidas excessivas (desnecessárias, arbitrarias ou injustas porque desproporcionadas); e deixar sempre intocado o núcleo essencial dos direitos afectados”. Id, p.166.

Vê-se que um preceito do século XVIII identificou conceitos contemporâneos que circundam a ideia de constrição e ponderação, ao proclamar preceitos universalizantes, na maior e mais significativa Declaração até hoje firmada.

Não obstante, sem embargo do enraizamento histórico liberal, exsurtem dilemas. Gomes Canotilho entende que só há falar em restrição de direitos diante de uma efetiva limitação do âmbito de proteção dos próprios. Por outras palavras, somente depois de determinado o respectivo conteúdo e identificados os limites que enquadram a zona da ação normativa é que se pode aquilatar o tipo, a natureza e os fins do condicionamento⁴. Por seu turno, Jorge Miranda adverte que uma das tarefas mais árduas e melindrosas é estabelecer o que seja “conteúdo essencial” dos dispositivos *magnos* ou dos direitos, liberdades e garantias neles consignados. Identificá-lo e defini-lo revela enorme dificuldade e nunca é consensual e pacificamente “delimitável”⁵.

E nesse particular, apesar do conteúdo essencial radicar-se na Carta Política, mas não estando pré-definido por ela, ele só se torna cognoscível a partir da intervenção do legislador ordinário, pelo que sua delimitação faz-se, muitas vezes, a partir das regras infraconstitucionais.

3. PROGRESSÃO DE REGIME NO ÂMBITO MILITAR

Em se tratando do Direito Militar, são os códigos, regulamentos disciplinares e leis pertinentes que acabam por precisar o que seja hierarquia e disciplina e, conseqüentemente, a comprimir mecanismos assecuratórios “fundamentalizados” pela Lei Maior. A mesma lógica prevalece na regula-

⁴ Segundo Gomes Canotilho: “existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei”. Nesse viés, será a legislação ordinária que ampliará ou restringirá as possibilidades de atuação asseguradas pelo direito “jusfundamentalizado” afetado, ou irá confinar a eficácia de proteção do bem jurídico tutelado. *In: Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, 1258 p. Assim: “só deve falar-se de uma restrição de direitos quando há uma efectiva limitação do âmbito de proteção desse direito”. *Id.*, p. 446-447.

⁵ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, Tomo IV, p. 340.

mentação, modulação e concretização normativa, diante da falta de critérios sólidos para o exercício dessas faculdades pelos poderes públicos.

Nesse diapasão, a discussão sobre a possibilidade de conceder-se progressão de regime, no âmbito do Direito Penal Milicên, perpassa o inciso XLVIII do art. 5º da Magna Carta, donde se extrai dever ser a sanção “cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”.

Percorre, por igual, as disposições do Código Criminal Castrense, nomeadamente, os artigos 59 e 61. Vide:

Art. 59. A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional:
I – pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;
II – pela praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos.

E, ainda, o art. 61:

Art. 61. A pena privativa de liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

Da leitura dos articulados, extrai-se que a *mens legislatoris* buscou diferenciar o local destinado ao cumprimento da restrição privativa de liberdade, consoante a condição do apenado – oficial ou praça –, bem assim, levou em conta o *quantum* sancionatório aplicado, se superior ou não a um par de anos.

Com tal intuito, previu que o oficial condenado em até dois anos de detenção ou reclusão e cuja pena fosse convertida em prisão, responderia

pela medida constritiva em recinto militar. Também para a praça punida da mesma forma, determinou sua permanência em estabelecimento castrense.

Emerge, assim, da *lex* ordinária, qualquer diferenciação entre a detenção e a reclusão, restando ambas equiparadas pelo art. 59, e sobre elas não fazendo menção o art. 61.

Da *ratio* insculpida no art. 59 da Norma Penal Especial, descortina-se a possibilidade de incidência de qualquer uma das modalidades de início de cumprimento sancionatório, determinando-as o disposto no art. 33, § 3º do Código Penal Comum, no qual se prevê sua fixação com observância dos critérios estipulados pelo art. 59 do mesmo diploma legal.

Concernente ao art. 61 do CPM, restou estabelecido que se o militar for sentenciado à pena acima de dois anos e não houver penitenciária castrense para a constrição de liberdade, deverá ele cumpri-la em penitenciária civil. Por igual, fixou que, caso seja ele encarcerado em estabelecimento comum, poderá gozar das concessões previstas na legislação ordinária.

Por causa disso, procedeu a Justiça Militar da União viés interpretativo sobre o Código Criminal Castrense discriminar o tratamento dado a militar punido com agravo superior a dois anos, com base, tão só, no local onde se executará a reprimenda, quando deveria ter considerado o estabelecimento e a forma do regime inicial com supedâneo no agravo aplicado ao infrator⁶.

⁶ Anoto o julgado da Corte Superior Militar sobre o tema, *in verbis*: MILITAR DA ATIVA. CAPITÃO DO EXÉRCITO. CONDENAÇÃO. PRISÃO EM UNIDADE MILITAR. INAPLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. “Conforme iterativos julgados desta Corte, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) só é aplicável aos condenados pela Justiça Militar quando recolhidos a estabelecimento prisional sujeito à jurisdição ordinária. Inteligência do artigo 2º, parágrafo único, da supracitada Lei. Não é o caso dos autos. Conhecido do pedido e denegada a Ordem, por falta de amparo legal, restabelecendo-se o regime prisional inicialmente fechado. Decisão majoritária”. (Ape-
lação: 0000007-53.2010.7.00.0000/PE. Min. Rel. Olympio Pereira da Silva Junior. Data da Publicação: 14/6/2010).

Por óbvio, esta hermenêutica dissocia-se da nova ordem instituída em 1988, merecendo reformulação.

Agregue-se aos argumentos a ausência na positividade penal especial de qualquer previsão acerca da fixação de regime para o cumprimento da privação da liberdade; daí porque, em virtude do disposto no art. 5º, inciso XLVI, da CF, deve-se aplicar o Código Penal comum naquilo que lhe for pertinente.

Consoante lição de Vicente Ráo:

pelo fato de se afastar do direito comum, do qual se destaca adquirindo autonomia, que o direito especial, ou singular, é chamado impropriamente direito de exceção e não porque constitua um sistema de normas opostas aos princípios e regras do direito comum⁷.

4. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À MATÉRIA

Fato é que, para a adequada compressão de direitos ou garantias dos militares das Forças Armadas, faz-se necessária a previsão na Carta da República. Em que pesem os princípios constitucionais específicos norteadores do Exército, Marinha e Aeronáutica, vg – os garantidores da hierarquia e da disciplina –, não podem eles esbaterem-se, injustificadamente, naque-
loutros de igual envergadura, a saber: a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a individualização da sanção, a razoabilidade e a proporcionalidade, estes últimos imanentes da Norma *Normarum*.

Na lição de Uadi Lammêgo Bulos⁸: “quando alguém desigualava outrem, sem qualquer supedâneo constitucional, estamos diante das discriminações negativas”.

Como ficaria, então, a garantia do conteúdo essencial, mormente considerando que a Constituição Brasileira não outorga autorização geral de res-

⁷ RÁO, V. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 178, nota de rodapé n. 15.

⁸ BULOS, U. L. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 418.

trição de direitos, liberdades e garantias tal como o fazem a Constituição Alemã e a Espanhola?

A resposta está no sopesamento de valores, o mesmo que serviu para determinar a relevância das instituições que poderiam ensejar as limitações.

À vista da teoria relativa que propugna a concordância prática e a ponderação, possibilitada está a concreção dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais. Exurgindo conflitos aparentes, há de se aquilatar o que revela na espécie o maior peso, podendo ocorrer a cedência parcial ou mesmo total do conteúdo essencial da norma, a depender da situação.

Tem-se que, a finalidade legitimada das restrições é a salvaguarda de outros bens jurídicos ou interesses magnos. Às Forças Armadas incumbe a defesa da Pátria, a garantia dos Poderes da República, da lei e da ordem. Não se olvide, outrossim, que o desenvolvimento da política de segurança se insere, contemporaneamente, em um contexto político e estratégico mais alargado, em favor de uma defesa integrada para gerir crises no cenário internacional. Assim, o papel tradicional das Forças Armadas se vem transmutando para alcançar missões humanitárias, de manutenção ou de imposição de paz.

Tal como explanado, o princípio da proporcionalidade, conhecido como proibição do excesso, sublima a ideia de que as intervenções em preceitos pétreos são possíveis quando idôneas, necessárias e adequadas. Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe a proporcionalidade há de se revestir de um tríplice fundamento:

- a) a adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado;
- b) a necessidade, a se traduzir na existência de outro mecanismo menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público;
- c) a proporcionalidade estrito senso, a saber: as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens⁹.

⁹ CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005, p. 23. Para um maior desenvolvimento do

Está-se diante de um “controle de razoabilidade-coerência, de razoabilidade-adequação e de proporcionalidade-necessidade”¹⁰.

Há violação ao princípio, com ocorrência de arbítrio, nas hipóteses em que os meios destinados à realização de um fim não são, por si mesmos, apropriados, ou quando a desproporção entre eles é particularmente evidente. A proporcionalidade pretende balancear a justa medida do sacrifício imposto pela intervenção, a fim de possibilitar o controle do excesso. Ela propugna a menor ingerência possível, a alternativa menos gravosa, de modo a otimizar o grau de eficácia dos direitos individuais frente às constringências estabelecidas concretamente pelos poderes públicos; obriga a comparar as medidas restritivas aplicáveis que sejam aptas para a satisfação do objetivo perseguido e a eleger, dentre todas, aquela menos lesiva ao cidadão.

O ponto fulcral da presente análise cinge-se à indagação sobre os limites nos quais a hierarquia e a disciplina fundamentariam o limite. E sobre tal questionamento, o postulado invocado produz uma controvertida ascendência do juiz-executor da justiça material, sobre o legislador, na medida em que a Judicatura atua em espaço mais livre ao examinar e a perscrutar a válida aplicabilidade das leis.

Mas, sendo a proporcionalidade um princípio geral, constitui-se numa “fórmula vazia”, que consente ao aplicador do Direito toda uma latitude de apreciação, donde decorrem duas consequências: a primeira, independe de localização hierárquica (no Brasil, o postulado nem se encontra inscrito na Constituição); a segunda, tornar possível a justiça do caso concreto, rompendo com a rigidez das regras legislativas abstratas.

O juiz, legislador de terceiro grau, dirimirá os conflitos, legislando entre as partes. Intérprete normativo no caso da velha dogmática jurídica, desde o advento da Nova Hermenêutica, o magistrado passou a ser um o legislador casuísta; aquele que tanto na esfera tópica como sistemá-

tema, consultar: BONAVIDES, P. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: RCS Editora, 2005.

¹⁰ PIMENTEL, L. Op. Cit, p.179.

tica dissolve as antinomias do positivismo ou combina, na concretude social e jurisprudencial, a doutrina com a realidade, o dever-ser com o ser e integrado aos quadros teóricos da democracia participativa terá legitimidade para coibir eventuais excessos tanto do Executivo quanto do Legislativo¹¹.

Por consequência, infere-se transcender o exercício da jurisdição à égide do legalismo formal e rígido, para alcançar o legitimismo principiológico e material. Nesse caminhar, o Poder Judiciário, garante da supremacia constitucional, tem sobrelevada sua função de interpretação, construção e integração do Direito. É ele quem harmoniza a ordem jurídico-normativa, de forma a valorizar “a coesão, a congruência e a identidade do sistema”¹².

Na questão ora esbatida, carece motivação racional para o *jus puniendi* estatal promover tamanha desigualdade em matéria tão sensível ao indivíduo quanto à restrição do *jus libertatis*, concedendo aos civis e militares encarcerados em presídios comuns a progressão do regime, e negando-a àqueles custodiados em prisões castrenses. Especula-se que a desigualdade tentou evitar discrepâncias de tratamento entre os sentenciados militares que se encontrassem cumprindo medida restritiva de liberdade em estabelecimento prisional comum. Outra possibilidade é a notória precariedade dos cárceres no Brasil, a influenciar a concepção discriminatória.

Todavia, a solução encontrada fere o postulado da isonomia, uma vez que, ao pretender equiparar civis e militares custodiados no mesmo local, acabou por diferenciar os segundos, encarcerados em recinto das Forças Armadas, inobservando critério razoável ou justa medida.

A falsa ideia de obstaculizar-se das diferenças entre humanos acabou rejeitada, dando origem a uma situação incongruente onde, uma mera situação factual, totalmente desvinculada do agente ou das circunstâncias nas quais o delito fora perpetrado, é utilizada pelo Juízo para fins de concessão de garantias, devidas em princípio, a todos os condenados, indistintamente.

¹¹ In: BONAVIDES P. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 21.

¹² Id, p. 21.

Consabido extrair-se da equidade, o dever e a necessidade de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Na lição de Singer, “o preceito básico da igualdade não requer tratamento igual ou idêntico; ele requer igual consideração”¹³.

Para Uadi Lammêgo Bulos¹⁴:

Como limite ao legislador, a isonomia impede que ele crie normas veiculadoras de desequiparações ilícitas e inconstitucionais. Enquanto limite à autoridade pública, os presidentes da República não podem praticar ações discriminatórias e os membros do Poder Judiciário não devem dar azo, em suas sentenças, ao cancro da desigualdade.

À evidência, não se pode ignorar distinções legítimas, merecendo respeito as especificidades para a real e efetiva edificação do Estado Democrático. Mas, sem embargo das peculiaridades norteadoras das Forças Armadas, mormente no tocante aos prefalados preceitos da disciplina hierárquica, não guardam eles nenhuma correlação jurídica plausível com a fixação de regime para a execução penal de militar punido sob a égide da Justiça Penal Especializada.

E, neste ponto, justificativas não se alevantam para explicar a razoabilidade de se impor ao oficial ou à praça confinado em prisão militar, o regime fechado, retirando-lhe a possibilidade de progredir: a uma, por afrontar a individualização sancionatória; a duas, pela ausência de previsão legal autorizativa.

Incompreensível que, apesar de a *Lex Material Castrense* diferenciar as penas de detenção e reclusão apenas no tocante à gravidade do delito praticado para fins de aplicação do regime de cumprimento da sanção, haja prevalecido exegese em desfavor do réu, no sentido de dever ele, ao longo de toda constrição da liberdade, submeter-se ao cárcere fechado.

¹³ SINGER, P. *Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade*. Rio de Janeiro: Ediouro. 2002, p. 47.

¹⁴ Op. Cit, p. 419.

No escólio de José Frederico Marques¹⁵:

o Código Penal atual preferiu o sistema da pluralidade de formas de penas privativas da liberdade, no que andou acertado: além de ser esta a orientação que a ciência penal abraça na atualidade, ela atende melhor à regra programática da Constituição sobre a individualização da pena.

Mais desarrazoada sobreleva-se a relativização da garantia sob a perspectiva da possibilidade de vaga em presídio castrense; sabido que, em hipótese de sua inexistência, o condenado enviado a estabelecimento prisional civil fará jus à regime inicial diverso do fechado, bem como à progressão.

Indaga-se, pois: em não havendo penitenciárias castrenses disponíveis para a clausura, justificar-se-ia extrair do apenado sua condição de militar, ou, aplicar-se-ia o Código Penal Comum, em regra não aceito?

Segundo esse raciocínio, a ressocialização do criminoso subjaz em segundo plano, em virtude da desestruturação do sistema carcerário brasileiro.

Evidentes o contrassenso e a dissimilitude, na medida em que ora defende-se doutrinariamente não ser aplicável o Direito Penal ordinário à vista do Especial, ora é o primeiro utilizado para assegurar tratamento jurídico isonômico à civis e militares.

Diante de tal problemática, como defender a superveniência do critério da especialidade sem retirar de cena os princípios da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade e individualização? Como prevaleceria a equanimidade entre oficiais e praças condenados pelo mesmo crime, em reprimendas idênticas e análogas circunstâncias, se não houver vaga em penitenciária castrense para todos? Poder-se-ia considerar proporcional e razoável o cumprimento de detenção convertida em prisão fixada em seis meses, sob regime fechado, se comparada a outra estabelecida em quatro anos, inicialmente cumprida em regime aberto, pelo simplório argumento desta ser executada em cárcere civil?

¹⁵ MARQUES, J. F. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Millennium, 1999, p. 176.

É fato não poderem as normas jurídicas prever distinções desautorizadas pela Lei Maior. Na hipótese:

[...]os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. (...) isso porque, de ordinário, a Constituição federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente¹⁶.

Dito posicionamento foi o consagrado pela Segunda Turma do STF, no HC 104174/RJ, sob a relatoria do Ministro Carlos Ayres Brito:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR. POSSIBILIDADE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). LEI CASTRENSE. OMISSÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da “justa medida” entre a ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só

¹⁶ HC104174/RJ. Min. Relator Ayres Brito. Segunda Turma. Publicado em 18.05.2011.

que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso.

2. Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Nova amostragem está no preceito de que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares” (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142).

3. De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as Forças Armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à Defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (cabeça do art. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as “peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra” (inciso X do art. 142).

4. É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense.

HC 104174. Relator: Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 29/3/2011, DJe-093 DIVULG 17-5-2011 PUBLIC 18-5-2011 EMENT VOL-02524-01 PP-00118.

Relembre-se que o postulado da isonomia descortina-se como método interpretativo, porquanto: (...) “o juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz, assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei”¹⁷.

Inquestionável a supressão da liberdade afetar o ser humano, física e psicologicamente. Não é porque o sentenciado é militar que não sofrerá as idênticas penúrias da prisão, tal qual o civil. Imperiosa, portanto, a incidência dos benefícios garantistas da reinserção, a exemplo da progressão de regime, mormente considerando-se que o preso retornará ao convívio social.

Rememore-se a função pedagógica da reprimenda estatal, cujo escopo transcende a punição e a prevenção, para almejar a reeducação do detento. Decerto, esta última finalidade será melhor alcançada com a reintegração progressiva do excluído na sociedade.

Ademais, a individualização não se esgota na fixação do agravo propriamente dito; vai além e engloba as modalidades de seu cumprimento em observância à situação pessoal de cada um, de modo a autorizar a concessão de benesses ao agente infrator, quando lhe for de direito, ou retirar-lhe se desmerecedor.

Nesse diapasão, a Súmula nº 719 do STF, preceitua que : “a imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir, exige motivação idônea”.

Por certo, a existência de prisão castrense não configura argumentação jurídica idônea para a imposição de regime integralmente fechado ao sentenciado militar nela encarcerado. Tampouco, num raciocínio *a contrario sensu*, sua ausência, não justificaria conceder-lhe a progressão de regime automaticamente e sem a observância dos ditames normativos, apenas por ele encontrar-se em cárcere civil.

¹⁷ FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, 33. ed. rev. e atual., p. 282.

Para além, incongruente a impossibilidade da progressão diante da possibilidade do livramento condicional, autorizado pelo CPM.

Semelhante indignação, manifestou-a o Ministro Marco Aurélio nas bem lançadas razões de voto proferidas em sede do *habeas corpus* nº 69.657-1/SP, no qual suscitou-se a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/1990. Abaixo excerto da decisão, *in litteris*:

Por sinal, a Lei nº 8.072/90 ganha, no particular, contornos contraditórios. A um só tempo dispõe sobre o cumprimento da pena no regime fechado, afastando a progressividade, e viabiliza o livramento condicional, ou seja, o retorno do condenado à vida gregária antes mesmo do integral cumprimento da pena e sem que tenha progredido no regime. É que, pelo artigo 5º da Lei nº 8.072/90, foi introduzido no artigo 83 do Código Penal preceito assegurando aos condenados por crimes hediondos, pela prática de tortura ou terrorismo e pelo tráfico ilícito de entorpecentes, a possibilidade de alcançarem a liberdade condicional, desde que não sejam reincidentes em crimes de tal natureza – inciso V. Pois bem, a Lei em comento impede a evolução no cumprimento da pena e prevê, em flagrante descompasso, benefício maior, que é o livramento condicional. Descabe a passagem do regime fechado para o semi-aberto, continuando o incurso nas sanções legais a cumprir pena no mesmo regime. No entanto, assiste-lhe o direito de ver examinada a possibilidade de voltar à sociedade, tão logo transcorrido quantitativo superior a dois terços da pena.

De igual forma decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em processo sob a relatoria do Min. Gilson Dipp¹⁸. Leia-se:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL MILITAR. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE EXE-

¹⁸ HC 215765/RS. Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011.

CUÇÃO PENAL NOS CASOS OMISSOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o paciente, cumprindo pena em estabelecimento militar, busca obter a progressão de regime prisional, tendo o Tribunal a *quo* negado o direito com fundamento na ausência de previsão na legislação castrense.

II. Em que pese o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, indicar a aplicação da lei apenas para militares “quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”, o art. 3º do Código de Processo Penal Militar determina a aplicação da legislação processual penal comum nos casos omissos.

III. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n.º 104.174/RJ, afirmou que a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado em estabelecimento militar contraria, não só o texto constitucional, como todos os postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena.

IV. Pela observância deste princípio, todos os institutos de direito penal, tais como, progressão de regime, liberdade provisória, conversão de penas, devem ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade.

V. Deve ser cassado o acórdão combatido para reconhecer o direito do paciente ao benefício da progressão de regime prisional, restabelecendo-se a decisão do Juízo de 1º grau, que verificou a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei e fixou as condições para o cumprimento da pena no regime mais brando.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

5. CONCLUSÃO

Tal como colocado, incontestável a desconformidade hierárquica da exegese estigmatizante do artigo 61 do *Codex Milicien*, em face da Norma *Normarum*. Obstaculizar direito fundamental de progredir no cumprimento da sanção, impondo a permanência de sentenciado militar em

presídio castrense até o final da reprimenda, viola o conceito de justiça e individualização, bem como afronta princípios máximos clausulados como pétreos. A intervenção restritiva aos direitos dos cidadãos submetidos às relações especiais de sujeição, há de ser adequada à salvaguarda dos direitos, interesses ou valores de relevância constitucional; há de ser necessária à obtenção desse fim e há de conter a justa medida de modo a denotar equilíbrio em relação aos benefícios alcançáveis por meio da intervenção¹⁹.

Atente-se à condição dos réus com condenação menor de dois anos, aos quais não é dado, sequer, o livramento condicional, nas situações excepcionalíssimas do art. 88 do CPM. Aí, sem embargo da menor gravidade delitiva, deverão eles cumprir a condenação em “regime integral de permanência em estabelecimento militar”.

A propósito, o confinamento absoluto no cárcere teve a validade expurgada pela Suprema Corte, quando declarou a inconstitucionalidade da Lei 11.464/2007, que alterou a Legislação dos Crimes Hediondos, impedindo a progressão de regimes aos agentes nela condenados²⁰. Invalidada, jurisprudencialmente; inadmissível juízo hermenêutico tão desfavorável aos crimes militares, em tese menos ofensivos do que os hediondos, sem justificativa jurídica válida, a não ser, o local da prisão.

Em conclusão, imperativa interpretação inovadora sobre a inteligência do art. 61 do Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, para autorizar a prevalência das conquistas implementadas pela Lei de Execução Penal. Dita exegese sobrelevará a lógica que advém da racionalidade jurídica, uma vez que, ante a complexidade em demarcar as fronteiras das restrições nas relações especiais de sujeição, cabe ao Poder Judiciário salvaguardar o conteúdo essencial dos direitos coarctados.

Nesse universo, a atuação jurisdicional não só explicitará a normação legítima, como contribuirá para o rearranjo institucional do sistema político-

¹⁹ PIMENTEL, L. Op. Cit, p.178.

²⁰ HC 82959/SP, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00018 EMENT VOL-02245-03 PP-00510 RTJ VOL-00200-02 PP-00795.

democrático, sabido que o infrator – civil ou militar – permanece sendo um partícipe do Contrato Social.

6. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P. **Os Poderes Desarmados. À margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História.** Figuras do passado e do presente. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BONAVIDES, P. **Direito Constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BONAVIDES, P. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo.** 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005, p. 23.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

FRANCO, A. A. **Código de Processo Penal.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1960.

GRINOVER, A. P. **O processo em sua unidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GUERRA FILHO, W. S. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

- MARQUES, J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed. Atualizada. Campinas: Millennium, v. II, 2000.
- MIRABETE, J. F. **Código de Processo Penal Interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, tomo IV.
- NUCCI, G. **Código de Processo Penal Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, G. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PIMENTEL, L. **A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas**. Lisboa: AAFDL, 2008.
- RANGEL, P. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.
- RÁO, V. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- ROSA, B. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SINGER, P. **Vida ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- TOURINHO FILHO, F. C. **Processo Penal**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2007.
- TUCCI, R. L. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2. ed.

Garantismo penal à brasileira

Selma Pereira de Santana

Promotora de Justiça Militar

Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RESUMO: Este artigo apresenta uma avaliação crítica da interpretação majoritária brasileira a respeito do garantismo penal, ressaltando a circunstância de que esse contexto encontra-se marcado por uma forte tendência no sentido de conferir uma prevalência indiscriminada aos direitos fundamentais individuais sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais, ignorando a real necessidade de proteção de bens jurídicos, tanto individuais, como coletivos, bem como, a proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados.

PALAVRAS-CHAVES: Garantismo Penal. Direitos Individuais. Direitos Coletivos. Hipossuficiência. Ministério Público.

ABSTRACT: This article presents a critical appraisal of the Brazilian majority interpretation about the criminal garantism, emphasizing the circumstance that this context is marked by a strong tendency towards conferring an indiscriminate prevalence to individual fundamental rights instead to other rights, values, principles and constitutional rules, ignoring the real need for protection of legal rights, both individual and collective, as well as the active protection of the interests of the society and the investigated and /or prosecuted.

KEYWORDS: Criminal Garantism. Individual Rights. Collective Rights. Lack of Assets. Public Prosecutor.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contexto histórico para o surgimento do garantismo penal – 3. Aportes teóricos acerca da teoria garantista – 4. O garantismo penal à brasileira – 5. A hipossuficiência da proteção aos bens jurídicos supra-individuais: alguns fragmentos do discurso de resistência – 5.1. A suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção de punibilidade para os crimes de natureza tributária – 6. Conclusões – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Propomo-nos apresentar uma avaliação crítica da interpretação majoritária brasileira a respeito do garantismo penal – cujo marco histórico fundamental é a obra **Direito e Razão**, de Luigi Ferrajoli. De antemão, chamamos a atenção para a circunstância de que esse contexto encontra-se marcado por uma forte tendência no sentido de conferir uma prevalência indiscriminada aos direitos fundamentais individuais sobre os demais direitos, valores, princípios e regras constitucionais.

Essa realidade ignora a real necessidade de proteção de bens jurídicos tanto individuais, como coletivos, bem como, a proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Em suma, protegem-se majoritariamente direitos individuais fundamentais, concedendo-lhes um tratamento desproporcional em relação aos demais direitos fundamentais que compõem o conjunto de bens e valores que possuem proteção constitucional.

Para a concretização do nosso propósito, faremos um discurso e um percurso com passagem por nódulos emblemáticos, quais sejam: contexto histórico para o surgimento do garantismo penal; aportes teóricos acerca da teoria garantista; o garantismo penal à brasileira; alguns fragmentos do discurso de resistência; a suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção de punibilidade para os crimes de natureza tributária.

2. CONTEXTO HISTÓRICO PARA O SURGIMENTO DO GARANTISMO PENAL

Desde o final do feudalismo e durante os primórdios do liberalismo, a organização do Estado baseou-se na tese rousseauniana (ROUSSEAU, 1996) acerca da existência de uma espécie de contrato social, mediante o qual cada indivíduo abriria mão de uma parcela de sua autonomia a fim de que fosse viabilizada a convivência social.

Os indivíduos deixariam seu estado natural e passariam a viver, de forma vantajosa, em sociedade. Haveria uma limitação da vontade individual pelas regras ditadas pelo *pactum societatis*. A convivência social seria garantida pelo Estado, detentor, de forma exclusiva, do *jus puniendi* para controlar as condutas nocivas aos interesses da comunidade.

Tendo por base essas premissas, Beccaria¹ construiu seu pensamento que viria, mais tarde, ser a base do discurso criminal da atualidade.

O Direito Penal é, assim, visto por Beccaria (1998), um instrumento de limitação da liberdade dos indivíduos. Um instrumento legítimo, desde que em tais limitações se contemple o *quantum* necessário de modo a assegurar o bem comum. As limitações à afirmação da própria liberdade devem ser aquelas que, na sua ausência, impediriam a realização do objetivo pelo qual os homens se uniram em sociedade.

¹ “A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum; mas a ideia da utilidade comum emerge da necessidade de manter unidos os interesses particulares, superando a colisão e a oposição entre eles, que caracteriza o hipotético estado de natureza. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; sua função, que deriva da necessidade de defender a coexistência dos interesses individualizados no estado civil, constitui, também, o limite lógico de todo legítimo sacrifício da liberdade individual mediante a ação do Estado e, em particular, do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado. Foi, pois, a necessidade que constrangeu a ceder parte da própria liberdade; é certo que ninguém quer colocar senão a menor porção possível dela em depósito público, só o suficiente para induzir os demais a defendê-lo. A soma destas mínimas porções possíveis forma o direito de punir; tudo o mais é abuso e não justiça, é fato e não direito” (BARATTA, 2002, p. 33).

Os homens, na lógica interna das contrapartidas ínsitas na ideia de contrato, não cederam gratuitamente a sua liberdade. Fizeram-no tendo em vista um preciso fim: a defesa das condições essenciais da vida individual e coletiva.

O que implica, bom é ver, que todas as outras limitações do legislador penal que não estejam ligadas à efectivação daquele objectivo se devam considerar, pura e simplesmente, ilegítimas. É assim propugnado um uso parco, cauto e racionalmente fundamentado do direito penal. Aquela utilização que seja, na verdade, a expressão clara e inequívoca de *ultima et extrema ratio*².

A partir do final do século XVIII, os direitos fundamentais ascenderam politicamente, com o impulso provocado pelas revoluções liberais na França e nos EUA, aparecendo no cenário jurídico como setores impenetráveis da autonomia individual³. A percepção de que os indivíduos têm antes direitos e, somente depois, obrigações perante o Estado lançou os direitos fundamentais a um nível de imprescindibilidade na sociedade⁴.

Há quem entenda que o garantismo penal teria surgido na Europa continental como uma corrente da Criminologia Crítica. O garantismo, ressalte-se, teve como dado propulsor do seu surgimento e crescimento o uso flexível e circunstancial do Direito Penal pelo Poder Público, quando ele passou a ser utilizado como instrumento académico-doutrinário de reacção à forma de agir do governo.

² Conforme Faria Costa, em ensaio introdutório de Beccaria, 1998.

³ De acordo com José Carlos Vieira de Andrade, na perspectiva moderna de que as liberdades individuais não podem ser mais vistas de forma absoluta em relação aos demais direitos fundamentais, a liberdade contida nos direitos fundamentais não corresponde a uma emancipação anárquica, mas sim à autorresponsabilidade na atuação económica e social (2009, p. 156).

⁴ A deflagração da Revolução Francesa, amparada no ideário de liberdade individual e política, determinou o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, marcados pela característica da ausência do Estado nas questões individuais: os direitos civis e políticos. Posteriormente, os de segunda geração: os direitos sociais ou direitos à prestação, tais como o direito ao trabalho, à seguridade, à segurança, lazer, moradia; os de terceira geração: os de natureza difusa; e os de quarta geração: os direitos de minorias, ou ainda, os direitos humanos à democracia, ao pluralismo e à informação (SILVA NETO, 2010, p. 637-638).

O governo italiano, na década de 70, teve que enfrentar grupos políticos que se utilizavam de práticas terroristas para fazer prevalecer seus propósitos. Nesse contexto, surgiu o garantismo penal, como resposta à emergência da legislação antiterrorista então editada. O garantismo almejava impor limites às manifestações penais de regimes governamentais com caracteres fascistas.

Luigi Ferrajoli⁵ (ex-magistrado e professor de Filosofia do Direito na Universidade de Camerino) é considerado o maior representante do garantismo penal. Ele travou intensa luta por meio de artigos jornalísticos e debates políticos ocorridos durante a explosão de violência entre o governo italiano e grupos políticos opositores. Essa luta de Ferrajoli deu origem à sua tese a respeito do garantismo. Sua teoria, portanto, foi construída no contexto de uma legislação de emergência elaborada por um Estado que buscava reprimir os terroristas.

A teoria do garantismo penal não é adotada, de forma majoritária, na doutrina estrangeira, sobretudo, nos países da Europa Continental. Diferentemente, na América Latina, o garantismo encontrou ambiente propício ao seu acolhimento e expansão, em face dos governos autoritários que, a partir da década de 60, atuaram, em especial, no Brasil, desrespeitando os direitos individuais.

No Brasil, houve um período ditatorial longo (1964-1985), quando garantias foram desrespeitadas, sob a justificativa da busca de “segurança da sociedade” contra a “ameaça comunista”. Houve, nesse tempo, um sem número de mortos e desaparecidos, torturados, e uma passagem para a democracia marcada pela impunidade. Esse era, enfim, o ambiente propício para se justificar o garantismo, apenas, na proteção do indivíduo contra os abusos e arbitrariedades do Estado.

Como bem assinala Borges de Mendonça (2010, p. 179), o pêndulo que, na época da ditadura, estava todo voltado para a suposta proteção do Estado, em detrimento das garantias do acusado, não pode simplesmente os-

⁵ A teoria do garantismo penal é originária de um movimento do uso alternativo do direito nascido na Itália, nos anos setenta, por intermédio de juizes do Grupo Magistratura Democrática (dentre eles, Ferrajoli).

cular totalmente para o outro lado, descurando-se do interesse da sociedade e da proteção de bens jurídicos que se encontram, também, tutelados na Constituição. Em outras palavras, entre o hipergarantismo e o Direito Penal do Inimigo, o intérprete deve buscar o justo equilíbrio entre garantismo e eficiência, de sorte que o movimento pendular da história não se distancie do ponto médio entre a proteção à liberdade e a segurança da sociedade.

3. APORTES TEÓRICOS ACERCA DA TEORIA GARANTISTA

Ferrajoli sustenta que a divergência entre a normatividade do modelo penal garantista, a nível constitucional, e sua ausência de efetividade nos níveis hierárquicos inferiores fez surgir, no campo penal, a orientação conhecida como garantismo. Essa mesma divergência comporta o risco de fazer daquele modelo uma simples fachada, com “meras funções de mistificação ideológica do conjunto” (1997, p. 851). Para ele, é possível distinguir três acepções da palavra garantismo.

Segundo uma primeira acepção, garantismo designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao Direito Penal, o modelo da estrita legalidade, próprio de um Estado de Direito. Essa acepção, em um plano epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; em um plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e, em um plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. “En consecuencia, es ‘garantista’ todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva” (1997, p. 852).

Em uma segunda acepção, garantismo designa uma teoria jurídica de validade e da efetividade, como categorias distintas não somente entre si, mas, também, referentemente à existência ou à vigência das normas. Neste sentido, a palavra garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito.

Em uma terceira e última acepção, garantismo designa uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado a obrigação da justificação externa conforme os bens jurídicos e os interesses cuja tutela e garantia constitui precisamente a finalidade de ambos.

En este último sentido el garantismo presupone la doctrina laica de la separación entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre punto de vista interno y punto de vista externo en la valoración del ordenamiento, es decir, entre 'ser' y 'deber ser' del derecho. Y equivale a la asunción de un punto de vista unicamente externo, a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del derecho y del estado (1997, p. 853).

Essas três acepções de garantismo delinham os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; a distinção entre ponto de vista externo (ou ético político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade; a autonomia e a precedência do primeiro e um certo grau irredutível da ilegitimidade política das instituições vigentes com respeito a ele. “Estos elementos no valen solo en el derecho penal sino también en los otros sectores del ordenamiento” (1997, p. 854).

O sistema garantista tem suas bases firmadas em dez axiomas fundamentais, não deriváveis entre si. Esses axiomas, aliás, garantias penais e processuais penais, são, respectivamente:

- a) princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em face do delito cometido;
- b) princípio da legalidade, em sentido lato ou estrito;
- c) princípio da necessidade ou de economia do direito penal;
- d) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato;
- e) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- f) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;

- g) princípio da jurisdicionalidade⁶, em sentido lato ou estrito⁷;
- h) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação;
- i) princípio do encargo da prova;
- j) princípio do contraditório.

Estes dez princípios, ordenados e conectados sistematicamente, definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal. Para Ferrajoli (1997, p. 93), o conjunto pode parecer algo complicado. Na realidade, há que se observar que esses princípios elencados funcionam como guias na configuração de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente para se viabilizar a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

4. O GARANTISMO PENAL À BRASILEIRA

Estabelecido o marco histórico que justificou a adoção da teoria garantista pelo Brasil, bem como as premissas caracterizadoras de sua essência, cumpre-nos demonstrar que, sem significar um retorno à maximização da tutela penal⁸, diversamente do que tem sido interpretado, no sentido de que ele dirige-se, tão somente, à proteção de interesses e direitos fundamentais individuais, o garantismo tem, como tese central, a necessária observância dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), como, outrossim, os deveres fundamentais (sejam do Estado, sejam do cidadão), fixados na Constituição.

⁶ Os princípios da legalidade estrita e da estrita jurisdicionalidade alicerçam a base epistemológica garantista com vistas a assegurar o máximo grau de segurança jurídica e, por conseguinte, otimizar a tutela dos valores e direitos assegurados aos cidadãos, afastando a arbitrariedade estatal (especificamente, no âmbito judicial).

⁷ O princípio da jurisdicionalidade estrita, segundo Ferrajoli, enquanto vetor das garantias processuais penais, assegura a verificação imparcial dos casos concretos, devendo ser observadas questões ligadas ao ônus da prova (à carga da acusação) e aos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório (garantidos ao acusado) no âmbito de uma relação processual regida pelo princípio do devido processo legal.

⁸ Mister se faz lembrar o pensamento da “Escola de Frankfurt” que critica severamente o entendimento de que o Direito Penal estenda seu objeto além dos limites que tradicionalmente têm sido dados à proteção dos bens jurídicos clássicos. Por trás dessa crítica existe a ideia de que a intervenção do Direito Penal a novos setores, dentre os quais, a economia, sacrificaria garantias essenciais do Estado de Direito.

Importa ressaltar que os marcos teóricos dos quais partiram as ideias e conclusões a serem apresentadas foram o Garantismo Penal⁹ (integral) e a nova tendência interpretativa constitucional, que se pauta nas diretivas assumidas no âmbito do Estado Constitucional de Direito (paradigma neoconstitucionalista).

O Garantismo Penal Integral decorre da necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e/ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas, também, os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição¹⁰.

O Neoconstitucionalismo¹¹ pretende a superação do Positivismo Jurídico em sede de interpretação constitucional. Este novo paradigma caracteriza-se por apresentar proposta de hermenêutica constitucional com nova concepção de norma jurídica, do problema das fontes do direito e dos métodos de interpretação; defender a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social; entender o direito como instrumento de transformação da realidade física, em vez de se converter em simples reprodutor desta realidade¹².

De acordo com entendimento de Susanna Pozzolo¹³, os caracteres do Neoconstitucionalismo, no âmbito interpretativo podem ser sintetizados nas seguintes formulações: princípios *versus* normas: com isso, defende-se

⁹ No entanto, o certo é que, independentemente de certas divergências teóricas, o garantismo penal é um segmento teórico que encontra supedâneo no paradigma do neoconstitucionalismo, configurando tal aproximação legítima justificativa para propugnar um Garantismo Penal Integral. Ou seja, o pano de fundo neoconstitucionalista, nos quadros de um modelo garantista penal integral, traduz a necessária tutela abrangente dos valores fundamentais (individuais e sociais - coletivos) – característica das mais marcantes do neoconstitucionalismo (qual seja: a proteção irrenunciável dos direitos fundamentais individuais e coletivos).

¹⁰ Neste sentido, Douglas Fisher (2010 p. 48).

¹¹ Écio Oto Ramos Duarte (2009, p. 67).

¹² Conforme Johnson Barbosa Nogueira (2006, p. 6).

¹³ **Neoconstitucionalismo y Especificidad de la interpretación Constitucional**, p.340-342 (apud Manoel Jorge e Silva Neto, 2010, p.107).

que o ordenamento jurídico não se compõe somente de normas, mas de normas e princípios; ponderação *versus* subsunção: diante da existência de princípios, exige-se uma teoria interpretativa diferente da clássica subsunção, quando malgrado a antinomia entre eles, devem ser sopesados mediante o juízo de ponderação; Constituição *versus* independência do legislador: significa dizer que a norma constitucional deve funcionar, sempre, como um guia ao legislador a partir e com fundamento no qual promove as suas escolhas políticas, quando da edição da lei; juízes *versus* liberdade do legislador: ultrapassada que está a técnica da subsunção diante da presença de princípios constitucionais (ou normas-princípio), ao juiz se impõe o encargo de contígua adequação da lei às prescrições constitucionais.

A propósito, e já fazendo o enquadramento do tema, Ferrajoli (2007, p. 19) propõe a seguinte definição teórica (formal) de direitos fundamentais:

(...)son «derechos fundamentales» todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por «status» la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Explicando melhor, para Ferrajoli, como bem assinala Miguel Carbonell¹⁴, a expressão “garantia” refere-se a uma técnica normativa de tutela de um direito subjetivo (sem destaque que seria, exclusivamente, um direito subjetivo individual). Enfatiza que direitos subjetivos fundamentais individuais são aqueles relacionados com os direitos negativos, aos quais correspondem proibições de “não lesionar”, como, outrossim, direitos positivos,

¹⁴ Para Ferrajoli, pode haver garantias positivas e garantias negativas; as primeiras obrigariam a abstenções por parte do Estado e dos particulares em relação a algum direito fundamental, enquanto que as segundas gerariam obrigações de atuação positiva para realizar a expectativa que derive de algum direito (CARBONELL, 2005, p. 182).

como aqueles de natureza social ou difusa, aos quais correspondem obrigações de prestações por parte dos poderes públicos.

Estado de Direito, segundo Ferrajoli, é sinônimo de “garantismo” (1997, p. 856), designando não somente um Estado legal ou regulado pela lei, senão um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado, no plano substancial, pelo funcionamento de todos os poderes do Estado para garantir os direitos fundamentais do cidadão, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, ou seja, das proibições de lesar os direitos de liberdade e as obrigações de dar satisfação aos direitos sociais.

Sob uma perspectiva liberal, concebeu-se o Estado de Direito como limitado, tão somente, por proibições, em garantia dos direitos do cidadão de não ser privado de bens pré-políticos da vida e das liberdades. Com efeito, as garantias liberais ou negativas consistem, unicamente, em deveres públicos negativos de não fazer, que tem como conteúdo prestações negativas ou não prestações.

Enfatiza Ferrajoli (1997, p. 861) que as Constituições mais recentes têm reconhecido outros direitos vitais ou fundamentais, paralelos aos tradicionais direitos de liberdade: direitos à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação, à moradia, à informação. À diferença dos direitos de liberdade que, na realidade, são direitos aos quais correspondem proibições, ou deveres públicos de não fazer, os direitos sociais são direitos que deveriam corresponder obrigações, ou deveres públicos de fazer.

La noción liberal de ‘estado de derecho’ debe ser, en consecuencia, ampliada para incluir también la figura del estado vinculado por obligaciones además de por prohibiciones. Diremos por consiguiente que cuando un ordenamiento constitucional incorpora solo prohibiciones que requieren prestaciones negativas en garantía de los derechos de libertad, se le caracteriza como estado de derecho liberal; cuando por el contrario incorpore también obligaciones que requieren prestaciones positivas en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como estado de derecho social¹⁵.

¹⁵ “O paradigma constitucional inclui, de acordo com Ferrajoli, os seguintes grupos de direitos fundamentais: direitos políticos (ou de autonomia pública), direitos civis (ou

O Estado de direito liberal deve não piorar as condições de vida dos cidadãos. Por sua vez, o Estado de direito social deve também melhorá-las. Essa diferença corresponde à diferença da natureza dos bens assegurados pelos dois tipos de garantias. As garantias liberais ou negativas, baseadas em proibições, servem para defender ou conservar as condições naturais ou pré-políticas da existência: a vida, as liberdades, as imunidades, frente aos abusos do poder e hoje, há que ser acrescentado, a nocividade do ar, da água e, em geral, do meio ambiente. As garantias sociais ou positivas, baseadas em obrigações, permitem, diferentemente, pretender ou adquirir condições sociais de vida: a subsistência, o trabalho, a saúde, a moradia, a educação, etc. As primeiras estão dirigidas ao passado e têm uma função conservadora; as segundas estão dirigidas para o futuro e têm um alcance inovador. *“Todo esto justifica, a mi entender, una redefinición del concepto de ‘democracia’. Llamaré democracia sustancial o social al ‘estado de derecho’ dotado de garantías efectivas, tanto liberales como sociales”* (FERRAJOLI, 1997, p. 863-864).

Ademais, ressalta o autor (2004, p. 31) não ser possível se falar em democracia, garantias, direitos humanos e universalidade de direitos se não for considerada a Declaração Universal dos Direitos da ONU, bem como os Pactos sobre os Direitos de 1966.

O texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁶, que serviu de base para muitos dos dispositivos da Constituição brasileira, revela que há obrigatoriedade de proteção a direitos individuais e coletivos e que seja considerada a existência, também, de deveres fundamentais.

Na Constituição brasileira de 1988 os direitos fundamentais apresentam-se num amplo rol de direitos previstos expressamente no texto constitucional, conquanto sejam favorecidos por uma cláusula de abertura material.

de autonomia privada), direitos liberais (ou de liberdade) e direitos sociais” (MARTÍ MARMOL, 2005, p. 384).

¹⁶ Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 26 de agosto de 2011.

Nos termos do artigo 4º, II, da Carta Federal, a República brasileira rege-se-á “pelo princípio da prevalência dos direitos humanos e que a dignidade humana é um dos seus fundamentos” (CF, art. 1º, III). A cláusula de abertura material encontra-se expressa no parágrafo 2º do artigo 5º da CF (os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte).

Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 97) aponta que não é demais lembrar que a Constituição de 1988 consagrou a ideia de abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Em outras palavras, isto quer dizer que, para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados, em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), sendo também acolhidos aos direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos. Admite o autor a existência e a admissibilidade de direitos não escritos, ou de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados¹⁷.

A Constituição Federal brasileira é garantista e tem suas bases nos princípios ordenadores de um Estado Social e Democrático de Direito. Tal opção é revelada, por exemplo, na opção pela estrutura dialética do processo judicial, do contraditório, da ampla defesa, do princípio da culpabilidade, etc. Ocorre, contudo, que a prática no âmbito do Direito Penal¹⁸ e do Direito Processual Penal, ignorando que normas de hierarquia inferior

¹⁷ Há controvérsia na doutrina e na jurisprudência sobre a exata extensão da cláusula da abertura material dos direitos fundamentais, como, ainda, a possibilidade de reconhecimento de direitos fundamentais não escritos ou implícitos, como defende Sarlet.

¹⁸ Exemplo disso é a Lei brasileira 10.684/2003 (altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências) na qual se percebe que bens jurídicos representativos de interesses coletivos são rebaixados axiologicamente e equiparados a outros bens de relevância individual, privilegiando-se o individual em detrimento do coletivo. Essa Lei estabeleceu a extinção de punibilidade quando a pessoa jurídica efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios. Tal previsão demonstra que para os Poderes Executivo e Legislativo é mais grave furtrar e praticar estelionato do que sonegar tributos e contribuições sociais, já que para aqueles inexistente semelhante benefício legal.

ou decisões judiciais não podem restringir o que já se encontra delineado constitucionalmente, em termos de direitos e deveres fundamentais, como, ainda, que os comandos constitucionais funcionam como ordenadores¹⁹ aos criadores²⁰ e aplicadores das leis, tem demonstrado que não há consenso acerca do alcance do garantismo, revelando, todavia, uma forte tendência por considerar que ele se dirige, tão somente, à defesa dos direitos fundamentais individuais, desprezando os de natureza coletiva. Tal opção só pode ser justificada por uma racionalidade gadameriana, no sentido de que a compreensão do texto constitucional decorre de uma pré-compreensão que, por sua vez, é pré-figurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus pré-juízos.

A Constituição brasileira foi promulgada em 1988 e, entretanto, persistimos apegados a um modelo liberal-individualista, sem reunirmos condições suficientes para o trato de conflitos envolvendo bens jurídicos coletivos²¹, que, aliás, integram, de forma majoritária, o cenário do contexto

¹⁹ (...) a Constituição quem define as obrigações essenciais do legislador perante a sociedade. Ora, esta função de proteção activa da sociedade configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas promotor de bens, direitos e valores (MARIA FERNANDA PALMA, 2006, p. 106-107)

²⁰ A eficácia jurídica imediata que hoje se reconhece aos direitos fundamentais traduz a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos do cidadão: de direitos fundamentais apenas no âmbito da lei transitou-se para a idéia de lei apenas no âmbito dos direitos fundamentais. De imediato, e de acordo com a concepção liberal de direitos fundamentais como direitos de defesa perante os poderes, a “actualidade vinculante” significava indisponibilidade (pelo menos no seu cerne essencial) desses direitos pelo legislador e possibilidade de invocação dos mesmos contra as próprias entidades legiferantes. Todavia, quando se fala em violação dos direitos fundamentais pelo legislador pensa-se em actos positivos de legiferação, não se colocando o problema da lesão através de comportamento omissivo. Mas, como grande parte das “ações constitucionais” e dos movimentos sociais demonstram, o problema da violação de direitos prende-se também com a “falta de prestações” e com a inércia normativa dos órgãos de direcção política (CANOTILHO, 1994, p. 363).

²¹ Como ressalta Lenio Streck, o que tem ocorrido de concreto nesse aspecto e dado margem ao aquecimento do debate entre penalistas de apego exacerbado ao liberalismo e os que buscam a guarida penal de bens supra-individuais, é que estes sempre buscam introjetar na concepção de bem jurídico penal a ideia de que uma série de valores constitucionais de feição coletiva necessita de proteção penal, enquanto aqueles (apegados às concepções do liberalismo clássico), resistem a tanto, obstaculizando a extensão da função de proteção penal aos bens de interesse da comunidade, sob o argumento de que tal concepção implicaria uma “indesejada ampliação das barreiras do direito penal”. Por isso, em pleno século XXI e sob os auspícios do Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)

pelo qual atravessa a sociedade brasileira. Encontramo-nos no século XXI, contudo, lidamos com estruturas valorativas típicas do início dos séculos XVIII e XIX, sem identificarmos, de forma adequada, os novos valores decorrentes das novas necessidades individuais e sociais²².

No cotidiano do aplicador do Direito, muitas das manifestações e posicionamentos lastreiam-se em juízos e conceitos equivocados, ou deturpados, ao se reportarem ao garantismo penal, consubstanciando-se, por exemplo, em teses de defesa que representam um verdadeiro apanágio à impunidade, sobretudo, dos agentes integrantes dos grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social²³, acabando por gerar uma desproteção sistêmica.

Admitimos que, possivelmente, nos primeiros contatos, a obra de Ferrajoli possa transmitir a ideia de que a teoria garantista teria como pressuposto a proteção dos direitos fundamentais individuais estabelecidos na Constituição. Ocorre, contudo, como ficou demonstrado, e ao nosso entender, embora reconhecamos que há proposições contrárias ao pensamento que desenvolvemos, que o garantismo penal, na realidade, não se lastreia exclusivamente nessa ideia, como se houvesse apenas a exigência de um não-fazer por parte do Estado²⁴.

a função transformadora – continuam a falar na mítica figura do Leviatã, reprecinando – para mim de forma equivocada – antiga problemática que contrapõe o Estado (mau) à (boa) sociedade (sic). Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em 27 de agosto de 2011.

²² Adverte Pacelli (2010, p. 19) que a questão garantista, ainda, vem sendo posta ao nível de um patrulhamento ideológico, do qual emerge sempre a pergunta, tida como definitiva e soberana: você é ou não é garantista? Se a resposta for tão singela quanto a indagação, o alinhamento é automático: vanguarda do bem ou retaguarda do mal. Sem meio termo, sem meia verdade, sem dúvida alguma.

²³ Costuma-se ignorar o alerta feito por Ferrajoli no sentido de que o Estado deve preocupar-se notadamente com as infrações cometidas pelos *caballeros* – corrupção, balanços falsos, valores sem origem e ocultos, fraudes fiscais ou lavagem de dinheiro (2008, p. 200). A realidade revela que a ação interventiva do Direito Penal volta-se, quase que exclusivamente, à proteção de bens jurídicos de cunho liberal-iluminista, e tenta neutralizar a conduta delitiva das massas. Some-se a isso um discurso de resistência presente nos âmbitos legislativo, doutrinário e jurisprudencial no que se refere à integral tutela penal de bens jurídicos de relevância social, marcados pela nota da supraindividualidade.

²⁴ Canotilho chama a atenção para a circunstância de que, com base na dimensão

Nesse sentido, se de um lado existe a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro, há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Não existe, apenas, o garantismo negativo, a partir da garantia de proibição do excesso, mas, outrossim, um garantismo positivo que, na perspectiva de Baratta (1999, p. 110), aponta para a resposta às necessidades de assegurar a todos os direitos, inclusive, os de prestação por parte do Estado (direitos econômicos, sociais e culturais), e não apenas aqueles que podem ser denominados de direitos de prestação de proteção, em particular, contra agressões provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas^{25,26}. Ressalte-se que a ordem jurídico-constitucional prevê direitos coletivos e sociais, como, ainda, deveres, conclusão esta facilmente alcançada quando se realiza uma interpretação sistêmica dos enunciados da Carta Federal brasileira.

O Estado deve deixar ser perspectivado como inimigo dos direitos fundamentais, passando a ser encarado como auxiliar do seu desenvolvimento. Ao Estado não pode ser atribuída a ideia de que ele representa um guardião tão somente de liberdades negativas, pela circunstância de que ele passou a ter a função de proteger a sociedade: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, o compromisso de concretizar direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger²⁷ os

subjativa dos direitos sociais, afirma-se a existência de direitos originários a prestações quando: (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos (1999, p. 447).

²⁵ No mesmo sentido, João Baptista Machado, para quem o princípio do Estado de Direito, nesse momento histórico, não exige tão somente a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado: exige, também, a defesa dos mesmos contra quaisquer poderes sociais de fato. Dessa maneira, é possível afirmar que a ideia de Estado de Direito demite-se da sua função quando se abstém de recorrer aos meios preventivos e repressivos que se mostrem indispensáveis à tutela da segurança, dos direitos e liberdades dos cidadãos (1998).

²⁶ Roxin, ao se reportar às finalidades do Estado de Direito e ao Estado Social, afirma que o Direito Penal serve, ao mesmo tempo, para limitar o poder de intervenção do Estado e para combater o crime. Ao tempo que protege o indivíduo de uma repressão desmedida por parte do Estado, protege, da mesma forma, a sociedade e os seus membros dos abusos do indivíduo (1998).

²⁷ Na Alemanha, o dever de proteção pode ser classificado da seguinte maneira: a) o *Verbotspflichy*, ou seja, o dever de se punir uma determinada conduta; b) o *Sicherheits-*

indivíduos contra agressões advindas de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança²⁸ passa a fazer parte dos direitos fundamentais²⁹. Intitulado de garantismo positivo, esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica a obrigação do Estado, nas hipóteses em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

Como acentua Douglas Fischer (2010, p. 48), de uma compreensão integral dos postulados garantistas decorre a conclusão da necessidade de proteção de bens jurídicos (individuais e também coletivos) e de proteção ativa dos interesses da sociedade e dos investigados e /ou processados. Integralmente aplicado, o garantismo impõe que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição. “O Estado não pode agir desproporcionalmente: deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção de todos os bens jurídicos, princípios, valores e interesses que possuam dignidade constitucional, sempre acorrendo à proporcionalidade quando necessária a restrição de algum deles”.

5. A HIPOSSUFICIÊNCIA DA PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUAIS: ALGUNS FRAGMENTOS DO DISCURSO DE RESISTÊNCIA

A Constituição brasileira acolheu os direitos sociais, coletivos e difusos, a partir de uma perspectiva do Estado Social e Democrático de Direito – fato esse que por si só justificaria a superação da visão do Direito Penal alicerçado na tutela de conflitos de índole eminentemente individual. Ocorre, entretanto, que não há uma preocupação legislativa, dogmática e jurisprudencial tendente a fortalecer a tutela daqueles valores. Assiste-se a um movimento de resistência da tutela de bens jurídicos supraindividuais.

pflcht, o Estado tem o dever de proteger o cidadão contra ataques provenientes de terceiros, tendo que tomar medidas de defesa; c) o Risikopflcht, o Estado além do dever de proteção, deve atuar com o objetivo de evitar riscos para o indivíduo (INGO RICHTER, SCHUPPERT, GUNNAR FOLKE, 1986).

²⁸ Nesse sentido, Luciano Oliveira (2000, p. 244-245).

²⁹ Disponível em: <http://www.leniostreck.com.br>. Acesso em 27 de agosto de 2011.

A exemplificação pode ser elucidativa do que pretendemos demonstrar a respeito dessa realidade.

5.1. A suspensão da pretensão punitiva do Estado e a extinção de punibilidade para os crimes de natureza tributária

Dispõe a Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009 (altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica e institui regime tributário de transição)³⁰, no seu artigo 68º:

Art. 68³¹. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.

Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

Parágrafo único. Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

Os artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 referem-se a crimes contra a ordem tributária:

³⁰ Antes desta lei, existiram as Leis 9.964/2000, 10.684/2003 e a Medida Provisória 303/2006 que dispunham sobre pagamentos e refinanciamentos.

³¹ Esse artigo 68 foi revogado pela Lei 12.382/2011, artigo 6º que estabelece que, atualmente, no parcelamento, a ação penal só é suspensa se ele ocorrer antes do recebimento da denúncia. Ressalte-se, contudo, que a jurisprudência tem-se manifestado no sentido de que se trata de hipótese de *novatio legis in pejus* e, portanto, não retroage, ampliando-se, tão somente, aos crimes cometidos após o advento dessa nova lei.

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

E os artigos 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal brasileiro, referem-se aos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária, respectivamente:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Fazendo uma visão comparativa, sobretudo quando se tem em mente quem, via de regra, pratica esses delitos, compreende-se o significado político da Lei 11.941/2009, como instrumento de estratégia de controle social, na medida em que protege interesses e necessidades de grupos sociais hegemônicos da formação econômico-social, com a correspondente exclusão ou redução dos interesses e necessidades dos grupos sociais subordinados, haja vista que, para os crimes que “ocorrem na rua”, tais como furto, ou outros como apropriação indébita simples e estelionato, igualmente crimes de feição patrimonial não diretamente violentos, inexistente semelhante favor legal.

A existência desses dispositivos legais revela uma indiferença aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade, conduzindo à irremediável conclusão de que é mais grave furtrar e cometer estelionato do que sonegar tributos e contribuições previdenciárias. Por outro lado, dever-se-ia, da mesma forma, permitir que o ladrão e o estelionatário devolvessem o quanto subtraído, extinguindo-se, dessa maneira, a punibilidade.

Quando se tem em mente o grau de sonegação existente no Brasil, bem como a repercussão dessas condutas no erário, concluímos inexistir justificativa, numa perspectiva da necessidade de proteção dos bens jurídicos de feição transindividual, para se abrir mão da proteção daqueles outros que estão abarcados pelo recolhimento dos tributos e contribuições previdenciárias³². Conquanto o Direito Penal deva ser utilizado, apenas, como *ultima ratio*, torna-se evidente, nessa situação, que o bem jurídico não se encontra suficientemente protegido. Despreza-se aspecto relevante como a dignidade penal para se manter a estratégia de controle social.

A dignidade penal, entendida, segundo Costa Andrade (1992, p. 185), como a expressão de um juízo de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade.

Num plano sistemático, a dignidade penal assegura eficácia à ideia de que somente os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela (*Schutzwürdigkeit*) devem gozar de proteção penal. Nesta medida, e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão guarida ao princípio da proporcionalidade.

Num plano axiológico-teológico, o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a poten-

³² Vale a pena trazer à colação uma outra previsão legal, no mesmo sentido, disposta no artigo 20 da Lei 10.522/2002, que estabelece que serão arquivados, sem baixa ou distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais ou débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

cial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos.

Num plano jurídico-sistemático, a dignidade penal mediatiza e atualiza o postulado, segundo o qual o ilícito penal se distingue e se singulariza em face das demais manifestações de ilícito conhecidas da experiência jurídica.

Hoje, contudo, é pacífico o entendimento de que a dignidade penal de uma conduta não decide por si só, e de forma definitiva, a questão da criminalização. Como, ainda, acentua Costa Andrade (1992, p.186), à legitimação negativa, mediatizada pela dignidade penal, deve-se acrescentar a legitimação positiva, mediatizada pelas decisões em matéria de técnica de tutela (*Schutztechnik*). É a redução dessa complexidade excedente que se espera do conceito e do princípio da carência de tutela penal.

Segundo o autor, no plano transistemático, que empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal dá expressão ao princípio da subsidiariedade e de *ultima ratio* do Direito Penal. A afirmação da carência de tutela penal significa que a tutela penal é, também, adequada e necessária (*geeignet und erforderlich*) à prevenção da danosidade social, e que a intervenção do Direito Penal, no caso concreto, não desencadeia efeitos secundários, desproporcionadamente lesivos.

A carência de tutela penal analisa-se, assim, a partir de um duplo e complementar juízo: em primeiro lugar, um juízo de necessidade (*Erforderlichkeit*), por ausência de alternativa idônea e eficaz de tutela não penal; em segundo lugar, um juízo de idoneidade (*geeignetheit*) do Direito Penal para assegurar a tutela e para fazer margem a custos desmesurados no que toca ao sacrifício de outros bens jurídicos, principalmente a liberdade.

A previsão legal, como ficou demonstrado, viola o princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*). Afinal, a essência de um Estado Democrático de Direito caminha no sentido de que deve ser observada uma proporcionalidade no dever de proteger bens jurídicos fundamentais através do Direito Penal.

6. CONCLUSÕES

Os marcos teóricos dos quais partiram as ideias apresentadas foram o Garantismo Penal (integral) e a nova tendência interpretativa constitucional, que se pauta nas diretivas assumidas no âmbito do Estado Constitucional de Direito (paradigma neoconstitucionalista).

O Neoconstitucionalismo constitui a tendência em efetivar, ao máximo, o conteúdo material das normas constitucionais. Inaugura ele um novo período pós-positivismo ou antipositivismo, defendendo a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as de cunho social; entendendo o Direito como instrumento de transformação da realidade física, ao invés de se converter em simples reprodutor desta realidade.

Tendo em vista a consagração, em sede constitucional (de inúmeros países, inclusive, o Brasil), do Estado Constitucional de Direito, apresenta-se flagrantemente contrária à Carta Maior qualquer investida, seja de ordem legislativa, seja de natureza jurisdicional, tendente à inobservância de direitos fundamentais assegurados à ordem social (sob uma perspectiva individual e coletiva).

Diferentemente do que tem sido entendida, no Brasil, a teoria garantista não defende, tão somente, a necessidade de proteção dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos. Ferrajoli sustenta que não se pode falar de democracia, igualdade, garantias e direitos humanos se não forem levados em consideração a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948, bem como os Pactos sobre os Direitos de 1966, que em seus textos expressam, de forma clara, a obrigatoriedade de proteção a direitos individuais e coletivos. O garantismo impõe que sejam observados não só os direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas, também, os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos) previstos na Constituição.

O Estado, por sua vez, no exercício do seu múnus, através de seus representantes, e para evitar uma desproteção sistêmica, deve evitar excessos e, ao mesmo tempo, não incorrer em deficiências na proteção dos bens

jurídicos, princípios, valores e interesses com dignidade constitucional, devendo, sempre, se utilizar a proporcionalidade para promover, quando necessária, a restrição de qualquer deles.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Almedina: Coimbra.

ANDRADE, M. C. A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 2, fasc. 2, 1992, p. 173-205.

BARATTA, A. La Política Criminal y el Derecho penal de la Constitución: Nuevas Reflexiones Sobre el Modelo Integrado de las Ciencias Penales. **Revista de La Facultad de Derecho de Granada**, 1999, n. 2, p.110.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e Crítica ao Direito Penal**. 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONELL, M. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, M.; SALAZAR, P. **Garantismo: estúdios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajolo**. Madrid: Trotta, 2005, p. 182.

DUARTE, É. O. R.; POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. São Paulo: Landy Editora, 2009, p. 67.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razon. Teoría del garantismo penal**. Prólogo de Norberto Bobbio. 2. ed. Traduzido por Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta S.A., 1997.

FERRAJOLI, L. **Derechos e Garantias: la ley del más débil**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, L. Derechos fundamentales. *In*: CABO, A.; PISARELLO, G. (editores). **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2007, p. 19.

FERRAJOLI, L. **Democracia y Garantismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

FISCHER, D. O que é garantismo penal (integral)? **Garantismo penal integral**. Organizado por Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Juspodium e Esmpu, 2010, p. 25-50.

MACHADO, J. B. **Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MARTÍ MÁRMOL, J. L. El fundamentalismo de Luigi Ferrajolo: un análisis crítico de su teoría de los derechos fundamentales. *In*: CARBONELL, M.; SALAZAR, P. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005, p. 384.

MENDONÇA, A. B. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. **Garantismo penal integral**. Organizado por Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Juspodium e Esmpu, 2010, p. 171-192.

NOGUEIRA, J. B. **Neoconstitucionalismo e Efetivação dos Direitos Sociais**. Trabalho de Conclusão da Disciplina Teoria da Constituição do Curso de Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2006.

OLIVEIRA, L. Segurança: um direito humano para ser levado a sério. *In: Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, n. 11. Recife, 2000.

PALMA, M. F. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 106-107.

OLIVEIRA, E. P. A reforma do Código de Processo Penal, sob a ótica do garantismo integral. **Garantismo penal integral**. Organizado por Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. Salvador: Juspodium e Esmpu, 2010.

RICHTER, I.; SCHUPPERT; FOLKE, G. **Casebook Verfassungsrecht**. 3. ed. München, 1996.

ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**. 3. ed. Tradução de António de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SILVA NETO, M. J. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

ROXIN, C. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 3. ed. Lisboa: Coleção Veja Universitária, 1998.

SARLET, I. W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2001.

http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 26 de agosto de 2011.

<http://www.leniostreck.com.br>.

As infrações graves do

Direito Internacional Humanitário, os processos legislativos para sua implementação a nível nacional na América Latina e a contribuição do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)

Gabriel Pablo Valladares

Assessor Jurídico da Delegação Regional do CICV para Argentina, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai

RESUMO: Nos parágrafos a seguir, apresenta-se, de forma sucinta, a obrigação dos Estados de legislar para procurar as pessoas acusadas de ter cometido ou ordenado cometer infrações graves do Direito Internacional Humanitário (doravante denominado DIH) e seu dever de fazê-las comparecer frente aos próprios tribunais, seja qual for sua nacionalidade, ou, se o preferir e, segundo as disposições previstas na própria legislação, entregá-las para que sejam julgadas por outro Estado Parte nas Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949 (doravante denominado Convenções de Genebra) e o Protocolo Adicional I a tais Convenções de 1977 (doravante denominado Protocolo Adicional I), se esta formulou contra elas cargos suficientes. Uma introdução ao DIH servirá para uma melhor compreensão das bases da obrigação jurídica mencionada precedentemente, fazendo referência aos instrumentos internacionais que a contêm e os institutos jurídicos que necessariamente deve conhecer o legislador para que a obrigação seja cumprida adequadamente quando legisla na matéria. Por último, far-se-á referência ao trabalho de assessoria do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (doravante denominado CICV) para os processos legislativos na América Latina.

PALAVRAS-CHAVES: Conflitos Armados. Graves violações. Crimes Reputados como mais Abomináveis para a Comunidade Internacional em seu Conjunto. Direito Internacional Humanitário. Jurisdição Universal. Responsabilidade dos Superiores. Conformação do Direito Penal Interno com as Obrigações Contidas no Direito Internacional Humanitário. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Colaboração e Assessoria. Dever do Estado Legislar. Tipificação das Infrações Graves nos Conflitos Armados. Prevenção de Violações. Redução das Vítimas. Elisão da Impunidade.

ABSTRACT: In summary, the article presents the obligation of the States to investigate, prosecute and bring to the their Courts people accused of having committed serious violations of the International Humanitarian Law (hereinafter IHL) whatever their nationality, or, in accordance to their own legislation, to authorize another State party in the August 12, 1949 Geneva Conventions (hereinafter the Geneva Conventions) and the Additional Protocol I (hereinafter Protocol I) to do it. In addition, the article presents a brief introduction to the IHL as the basis to a proper legislation in that matter. Finally, the article presents the contribution of the International Committee of the Red Cross (hereinafter ICRC) to legislative procedures in Latin America.

KEYWORDS: Armed Conflicts. Serious Violations. Abominable Crimes against International Comunity. International Humanitarian Law. Universal Jurisdictional. Responsibility of Superiors. Accordance of Criminal Law with the Obligations included in IHL. International Committee of the Red Cross. Collaboration and Advisement. State Legislative Duty. Specification of the Serious Offense in the Armed Conflicts. Prevention of the Violations. Reduction of the Victims. Avoidance of the Impunity.

SUMÁRIO: 1. Breve introdução ao Direito Internacional Humanitário – 2. A obrigação dos Estados de perseguir judicialmente as infrações graves do DIH – 2.1. As Convenções de Genebra de 1949 e seu Protocolo Adicional I, aplicáveis nos conflitos armados internacionais – 2.2. Violações do Artigo 3 comum das Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional II, aplicáveis nos conflitos armados sem caráter internacional – 2.3. O Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, que cria a Corte Penal Internacional – 2.4. Outros tratados de DIH que exigem adotar legislação

penal interna – 2.4.1. Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado (La Haya, 1954) – 2.4.2. Segundo Protocolo da Convenção de La Haya de 1954 para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado (1999) – 2.4.3. Convenção sobre a proibição de desenvolvimento, produção e armazenamento de armas bacteriológicas (biológicas) e tóxicas e sobre sua destruição (1972) – 2.4.4. Convenção sobre a proibição de utilizar técnicas de modificação ambiental com fins militares ou outros fins hostis (1976) – 2.4.5. Protocolo sobre proibições ou restrições do emprego de minas, armadilhas e outros artefatos, segundo foi emendado em 3 de maio de 1996 (Protocolo II, segundo foi emendado em 3 de maio de 1996) e outros protocolos da CCAC 1980 – 2.4.6. Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, a produção, o armazenamento e o emprego de armas químicas e sobre sua destruição (1993) – 2.4.7. Convenção sobre a proibição do emprego, armazenamento, produção e transferência de minas antipessoal e sobre sua destruição (1997) – 2.4.8. Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à participação de crianças nos conflitos armados, de 25 de maio de 2000 – 2.4.9. Convenção sobre as Municiones de Racimo, Dublin, maio de 2008 – 3. Responsabilidade dos superiores – 4. Jurisdição Universal – 5. Direito Internacional Humanitário e prescrição – 6. As infrações graves do Direito Internacional Humanitário e sua tipificação nas legislações nacionais da América Latina. A contribuição do CICV – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. BREVE INTRODUÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

O DIH faz parte do Direito Internacional Público. Trata-se de um corpo de normas jurídicas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, que limita o direito das partes em conflito a escolher livremente os métodos e os meios utilizados nos conflitos armados, o que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito¹.

¹ Conf. Gutiérrez Posse, Hortensia D.T. **Moderno derecho internacional y seguridad colectiva**. Buenos Aires: Zavalía editor, 1995, pág. 347.

Suas origens remontam-se às normas ditadas pelas civilizações e religiões antigas. A guerra sempre tem estado sujeita a certas leis e costumes. Este direito não tem a pretensão de proibir a guerra, nem a ambição de definir sua legalidade ou sua legitimidade, senão de se aplicar quando o recurso à força infelizmente se impôs e o que fica é limitar os sofrimentos das pessoas que não participam ou que deixaram de participar nas hostilidades. Daí a sua qualificação de *ius in bello* ou direito aplicável na guerra; trata-se de um direito de orientação tipicamente humanitária, diferente do *ius ad bellum*, ou direito de fazer a guerra.

A codificação deste direito no âmbito universal começou no século XIX e, desde então, os Estados têm aceitado um conjunto de normas baseadas na experiência surgida dos conflitos armados, que intenta manter um cuidadoso equilíbrio entre as preocupações de caráter humanitário e as exigências militares.

O DIH convencional só é aplicável em caso de conflito armado e aplica-se por igual a todas as partes envolvidas sem levar em conta quem deu início às hostilidades. O DIH não cobre as situações de tensões internas nem de distúrbios interiores, como são alguns atos isolados de violência que ocorrem em um Estado, sem constituir um conflito armado sem caráter internacional.

A maioria das normas fundamentais deste ordenamento tem adquirido o caráter de imperativas *Ius cogens*, em razão de sua aceitação e reconhecimento pelos Estados, porque são regras fundamentais de caráter humanitário cuja derrogação não é possível sem se negar as considerações básicas de humanidade que se pretende proteger.

Nos conflitos armados internacionais, enfrentam-se dois ou mais Estados. Também entram dentro desta categoria, os casos de ocupação total ou parcial de um território, ainda sem encontrar resistência armada e os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas, no exercício do direito dos povos à livre determinação, consagrada na Carta das Nações Unidas e na Declaração sobre os Princípios do Direito Internacional referentes às relações de amizade e à cooperação entre os Estados de conformidade com a Carta

das Nações Unidas. Durante esta classe de conflitos, devem observar-se as normas das quatro Convenções de Genebra, o Protocolo Adicional I, o Protocolo Adicional III de 2005 e outros tratados de DIH sobre restrições ou proibições de armas ou métodos de combate, proteção de bens culturais, o direito consuetudinário e os princípios gerais do DIH.

Nos conflitos armados sem caráter internacional, enfrentam-se partes em conflito no território de um mesmo Estado, por exemplo, as forças armadas regulares e grupos armados dissidentes ou grupos armados organizados entre si. Em todos os conflitos armados sem caráter internacional, aplicam-se as disposições do artigo 3 comum às quatro Convenções de Genebra. Se o Estado, além de ser Parte nas Convenções de Genebra, é também Estado Parte do Protocolo Adicional II de 1977 e no conflito, são dados os supostos que descreve seu artigo 1º, então, este tratado internacional também deverá ser observado, também deve respeitar-se o Protocolo III Adicional de 2005, o direito consuetudinário e os princípios gerais do DIH.

Nos conflitos armados sem caráter internacional também resultam de aplicação alguns outros tratados de DIH tais como, por exemplo, o Protocolo II emendado, no dia 3 de maio de 1996, à Convenção Sobre Restrições e Proibições de Certas Armas Convencionais que Causam Danos Excessivos, de 1980, e aqueles Estados que aceitaram a emenda ao artigo 1º da citada Convenção observarão a aplicação em todos seus protocolos.

As normas do DIH protegem as pessoas que não tomam parte nas hostilidades, como os civis e o pessoal médico e religioso. Protege, assim, mesmo as pessoas que já não participam nos combates, por exemplo, os combatentes feridos ou doentes, os náufragos e os prisioneiros de guerra, entre outros. As pessoas que integram estas categorias de “pessoas protegidas” têm o direito a que se respeite a sua vida, sua integridade física e sua dignidade, para que, no caso de serem levadas aos tribunais de justiça, possam se beneficiar das garantias fundamentais do devido processo. Serão, em todas as circunstâncias, protegidas e tratadas com humanidade, sem distinção alguma de índole desfavorável.

Em particular, está proibido matar ou ferir a um adversário que tenha deposto as armas ou que esteja fora de combate. Os feridos e os doentes devem ser retirados e assistidos pela parte beligerante que os tenha. Deve-se respeitar o pessoal e o material médico, os hospitais e as ambulâncias.

Normas específicas regulam também, as condições de detenção dos prisioneiros de guerra e o tratamento devido aos civis que se encontrem sob a autoridade da parte adversa, o que inclui, em particular, sua manutenção, atenção médica e o direito a manter correspondência com seus familiares.

O DIH prevê também, alguns sinais distintivos que se possam usar para identificar as pessoas, os bens e os lugares protegidos. Trata-se principalmente dos emblemas da Cruz Vermelha, Crescente Vermelho e o emblema adotado pelo Protocolo Adicional III às Convenções de Genebra de 1949, mais conhecido como “Cristal Vermelho”, assim como os sinais distintivos específicos dos bens culturais, da proteção civil e das instalações ou obras que contêm forças perigosas.

O DIH proíbe, entre outras coisas, as armas e as táticas militares que não distinguem entre as pessoas que participam nos combates e as pessoas que não tomam parte nas hostilidades, a fim de respeitar a vida da população civil, das pessoas civis e os bens civis; também proíbe as armas ou métodos de combate que causam danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários ou as que causam danos graves, extensos e duradouros ao meio ambiente.

Este direito tem proibido, pois, o uso de muitas armas, incluídas as balas explosivas, as armas químicas e biológicas, as armas a laser que causam especificamente cegueira, as minas antipessoal e certas munições de racimo, entre outras.

Há vários meios para garantir a aplicação do DIH. Existem os que podemos denominar de preventivos, cujo objeto é fazer cumprir aos Estados a obrigação contraída ao ratificar ou aderir aos tratados de DIH para respeitar e fazer respeitar este ramo do Direito Internacional Público. Exemplos destes meios preventivos são a difusão e a integração do DIH nos

planos de estudos, o treinamento, a logística, a doutrina militar e a sanção; a formação de pessoal qualificado com vistas a facilitar sua aplicação e a nomeação de assessores jurídicos nas forças armadas; a adoção em tempo de paz de medidas legislativas e regulamentárias que permitam garantir o respeito de suas normas e a tradução dos textos convencionais às línguas vernáculas para sua melhor compreensão.

Entre os âmbitos onde se requer a adoção de medidas de aplicação, conta-se, entre outras, a proteção dos emblemas da Cruz Vermelha, do Crescente Vermelho e o “Cristal Vermelho”; a proteção de certos bens substanciais para a sobrevivência da população civil; a proteção dos bens culturais; a proteção de obras e instalações que contenham forças perigosas; a proibição ou restrição do emprego, uso ou transferência ou fabricação de certas armas, como também sua destruição; a proteção dos civis e áreas neutralizadas, sanitárias ou outras.

Algumas medidas requerem a aprovação de leis ou regulamentos. Outras, o desenvolvimento de programas educativos, a seleção e/ou treinamento de pessoal, a produção de carteira de identidade e de outros documentos, a instalação de estruturas especiais e a introdução de procedimentos administrativos e de planejamento.

Por outro lado, existem meios de controle que são destinados para toda a duração do conflito, a fim de assegurar a observância do Direito Internacional Humanitário. Por exemplo, o compromisso de proteger os poderes ou a presença de uma organização independente e imparcial como o CICV, que possa cumprir com a obrigação daquelas. Nós também incluímos nesta categoria, a Comissão Internacional de Inquérito ou certas medidas que podem tomar o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) se determina que as violações do Direito Humanitário Internacional constituam uma ameaça para a paz ou para a segurança internacional, no âmbito da sua Carta fundadora em uma determinada situação a que tenha sido submetida.

Finalmente, os Estados acordaram também vários meios para perseguir judicialmente suas violações. É essencial que os Estados busquem e tra-

gam aos tribunais todos os suspeitos de terem cometido ou que deram ordem para cometer uma infração grave do DIH.

O DIH tem convergências e também diferenças com outros ramos do Direito Internacional Público, tais como o direito do desarme, o direito de refugiados e em especial com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A finalidade tanto do DIH como do Direito Internacional dos Direitos Humanos é proteger a vida, a saúde e a dignidade das pessoas, mas desde pontos de vista próprios e diferentes.

2. A OBRIGAÇÃO DOS ESTADOS DE PERSEGUIR JUDICIALMENTE AS INFRAÇÕES GRAVES DO DIH

2.1. As Convenções de Genebra de 1949 e seu Protocolo Adicional I, aplicáveis nos conflitos armados internacionais

Quando se trabalha em um projeto de lei sobre tipificação das infrações graves do DIH na legislação penal interna, em primeiro lugar, deve-se conhecer quais são os instrumentos internacionais que se devem levar em conta na matéria. Para isso deverá ser verificado em quais tratados de DIH, ou com quais conteúdos deste direito o Estado é parte.

Em um segundo passo, é necessário conhecer quais destes tratados contêm exigências para que se adote a legislação penal pertinente que permita julgar suas violações. É óbvio que, se a matéria a tratar é o DIH, os principais tratados que devem ser levados em conta são as Convenções de Genebra e o Protocolo Adicional I e II.

Vamos tratar primeiro dos tratados aplicáveis em caso de conflito armado internacional. Desde o momento da recepção no direito nacional das quatro Convenções de Genebra e o Protocolo Adicional I, pesa sobre o Estado Parte a obrigação incondicional, convencionalmente assumida em seu artigo 1, comum, de respeitar e fazer respeitar tais instrumentos internacionais em todas as circunstâncias, confirmando e reforçando, com relação a eles, a virtualidade do princípio geral do Direito dos Tratados

pacta sunt servanda contido no artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Tal obrigação convencional de natureza incondicional comporta, entre outros extremos, que cada Estado Parte tenha o dever de fazer, o quanto seja possível, para que aquelas disposições convencionais sejam rigorosamente observadas por seus órgãos judiciais e administrativos e pelas pessoas que se encontrem sob sua jurisdição.

Quando um Estado expressa seu consentimento em se obrigar por aqueles tratados internacionais, pesará sobre este a obrigação imperativa contida nos respectivos parágrafos primeiros dos artigos 49 (I), 50 (II), 129 (III), 146 (IV): “tomar todas as medidas legislativas necessárias para fixar as adequadas sanções penais que tenham de ser aplicadas a pessoas que cometam, ou deem ordem de cometer, qualquer das infrações graves”.

As infrações graves do DIH são enunciadas no 50 (I), 51 (II), 130 (III) e 147 (IV), impondo, por sua parte, o Protocolo Adicional I, no seu artigo 86.1, como dever dos Estados Partes neste e nas Convenções, ou de reprimir as infrações graves de uns e de outros, que são anunciadas nos artigos 11.4 e 85.2, 3 e 4 a respeito das que, em seu artigo 85.5, se estabelece que se considerarão “crimes de guerra”.

Trata-se das seguintes condutas, a saber: homicídio intencional; tortura ou tratamentos desumanos; experimentos biológicos; o fato de causar deliberadamente grandes sofrimentos; atentados graves contra a integridade física ou à saúde; destruição e apropriação de bens não justificadas por necessidades militares e efetuadas em grande escala, ilícita e arbitrariamente; o fato de forçar um prisioneiro de guerra ou uma pessoa protegida pela Quarta Convenção de Genebra a servir nas forças armadas da Potência inimiga; o fato de privar intencionalmente um prisioneiro de guerra, ou uma pessoa protegida de seu direito, a ser julgado legítima e imparcialmente segundo as prescrições das Convenções; a deportação ou o traslado ilegal; a detenção ilegal de uma pessoa protegida; a tomada de reféns; colocar gravemente em perigo, mediante uma ação ou omissão deliberada, a saúde ou a integridade física ou mental das pessoas em poder da parte adversária ou que estejam internadas, detidas ou privadas de qualquer outra forma

de liberdade a causa de um conflito armado, em particular as mutilações físicas, os experimentos médicos ou científicos, as extrações de tecidos ou órgãos para transplantes que não estejam indicados pelo seu estado de saúde ou que não estejam de acordo com as normas médicas, geralmente reconhecidas, que se aplicariam em circunstâncias médicas análogas aos cidadãos não privados de liberdade da parte que realiza o ato.

Os seguintes atos, quando cometidos intencionalmente e que causem a morte ou atentem gravemente à integridade física ou à saúde: fazer objeto de ataque a população civil ou pessoas civis; lançar um ataque indiscriminado que afete a população civil ou bens de caráter civil, sabendo que este ataque causará mortos ou feridos entre a população civil ou danos a bens de caráter civil que sejam excessivos; lançar um ataque contra obras ou instalações que contenham forças perigosas, sabendo que este ataque causará mortos ou feridos entre a população civil ou danos a bens de caráter civil que sejam excessivos; fazer objeto de ataque localidades não defendidas e zonas desmilitarizadas; fazer objeto de ataque uma pessoa que está fora de combate; fazer uso perverso do sinal distintivo da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho ou de outros sinais protetores.

Os seguintes atos, quando cometidos intencionalmente e em violação das Convenções de Genebra ou do Protocolo Adicional I: o traslado, pela Potência ocupante, de partes de sua própria população civil ao território que ocupa, ou a deportação ou o traslado, no interior ou fora do território ocupado, da totalidade ou de parte da população desse território; a demora injustificável na repatriação de prisioneiros de guerra ou de pessoas civis; as práticas do *apartheid* e, além disso, práticas desumanas e degradantes, com base na discriminação racial, que impliquem um ultraje contra a dignidade pessoal; o fato de dirigir um ataque a monumentos históricos, obras de arte ou lugares de culto claramente reconhecidos que constituem o patrimônio cultural ou espiritual dos povos e aos que se lhes tenha conferido proteção especial, causando como consequência extensas destruições dos mesmos, quando tais bens não estejam situados na imediata proximidade de objetivos militares ou utilizados pela parte adversa em apoio de seu

esforço militar; o fato de privar uma pessoa protegida pelas Convenções e o Protocolo I de seu direito a ser julgada regular e imparcialmente.

2.2. Violações do Artigo 3 comum das Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional II, aplicáveis nos conflitos armados sem caráter internacional

A obrigação de castigar as violações do artigo 3 comum às quatro Convenções de Genebra e do Protocolo Adicional II não está prevista explicitamente nos tratados. Ainda mais, é claro que quando as Convenções de Genebra de 1949 dispõem em seus artigos 49 (I), 50 (II), 129 (III) e 146(IV) que cada “Parte Contratante tomará as oportunas medidas para que cessem, além das infrações graves definidas no artigo seguinte, os atos contrários às disposições da presente Convenção”, exigem uma sanção, a qual não pode ser outra que uma de tipo penal que abrange, inclusive, o caso de violações graves do artigo 3 comum². A isto se deve somar que existe um direito reconhecido de caráter consuetudinário pelo qual os Estados podem perseguir penalmente os autores de tais violações, invocando o princípio de jurisdição universal³.

² Por exemplo, o Tribunal para a Antiga Iugoslávia notou ao respeito que “[t]he Appeals Chamber is in no doubt that the acts enumerated in common Article 3 were intended to be criminalised in 1949, as they were clearly intended to be illegal within the international legal order. The language of common Article 3 clearly prohibits fundamental offences such as murder and torture.” (ICTY, Prosecutor v. Delalic, IT-96-21-A, par. 163). Esta interpretação está sustentada pelos comentários às Convenções de Genebra de 1949 que explicam com relação as “medidas para que cessem” que “there is no doubt that what is primarily meant is the repression of breaches other than the grave breaches listed and only in the second place administrative measures to ensure respect for the provisions of the Convention.” (Commentary ad article 146 CG IV). O Tribunal adiciona que “[t]he absence of such legislation providing for the repression of such violations would, arguably, be inconsistent with the general obligation contained in common Article 1 of the Conventions.” (ibid, par. 167).

³ Ver, por exemplo, ICTY, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 134: “All of these factors confirm that customary international law imposes criminal liability for serious violations of common Article 3, as supplemented by other general principles and rules on the protection of victims of internal armed conflict, and for breaching certain fundamental principles and rules regarding means and methods of combat in civil strife.” Também: Jean-Marie Henckaerts / Luis Doswald Beck, Customary International Humanitarian Law, v. I, Cambridge University Press, 2005, p. 551 ss.

As mencionadas violações se incluem na definição de crimes de guerra, contida no artigo 8 do Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998, que cria a Corte Penal Internacional, e se observa uma tendência crescente a incorporar sanções ao respeito nas legislações nacionais.

2.3. O Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, que cria a Corte Penal Internacional

O Estatuto de Roma de 1998 estabelece uma Corte Penal Internacional que tem competência a respeito dos crimes de guerra, entre outros.

É importante recordar que tal Corte não se substitui às jurisdições nacionais. São antes de tudo os Estados a quem incumbe à obrigação e a responsabilidade de ajuizar os supostos criminosos de guerra.

Cabe notar que o Estatuto de Roma não obriga explicitamente aos Estados Partes de castigar os crimes da competência da Corte. Mas sim o supõe, posto que o mecanismo de complementaridade que prevê depende da possibilidade dos Estados de reprimir tais crimes no âmbito nacional.

Isso acarreta consequências legislativas a respeito da tipificação dos crimes e, inclusive, pelo que diz respeito às regras gerais que regem a improcedência do cargo oficial, a responsabilidade dos superiores, a imprescritibilidade ou as circunstâncias excludentes de responsabilidade penal.

A adequação do direito penal ao Estatuto de Roma não deve menosprezar as obrigações que emanam das Convenções de Genebra e seu Protocolo Adicional I. Trata-se, pelo contrario, de harmonizar o regime estabelecido nestes dois últimos com aquele estipulado pelo Estatuto. Significa assegurar-se que a legislação penal permite, como mínimo indispensável e obrigatório, castigar os crimes de guerra definidos pelas Convenções de Genebra e seu Protocolo Adicional I, de acordo ao sistema imposto por tais tratados. As regras do Estatuto podem fortalecer, mas não devem debilitar a arquitetura assim erguida, quanto à definição dos crimes de guerra, assim como pelo que diz respeito às regras sobre a responsabilidade penal e o exercício da ação penal.

O Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional codifica também uma série de crimes de guerra que nem sempre correspondem a uma infração grave no sentido das Convenções de Genebra ou do Protocolo Adicional I.

De fato, o artigo 8 do Estatuto de Roma define cinquenta crimes de guerra distribuídos em quatro categorias, ou seja:

- a) infrações graves das Convenções de Genebra;
- b) outras violações graves das leis e usos aplicáveis nos conflitos armados internacionais;
- c) violações graves do artigo 3 comum das Convenções de Genebra;
- d) outras violações graves das leis e os usos aplicáveis nos conflitos armados internos.

Ao comparar os Convenções de Genebra e seu Protocolo Adicional I com o Estatuto de Roma, resulta que este identifica uma série de crimes de guerra que não constam na lista das infrações graves dos tratados mencionados.

Por outro lado, convém destacar que o Protocolo Adicional I enumera alguns crimes que não aparecem no Estatuto de Roma. Trata-se, em particular, dos ataques contra obras e instalações que contêm forças perigosas, dos ataques contra localidades não defendidas e zonas desmilitarizadas, e da demora injustificável na repatriação dos prisioneiros de guerra ou de pessoas civis, definidos pelos artigos 85(3) (c), 85(3) (d) e 85(4) (b) do Protocolo Adicional I, respectivamente.

2.4. Outros tratados de DIH que exigem adotar legislação penal interna

Os tratados a que se refere este capítulo são:

2.4.1. Convenção para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado (La Haya, 1954)

Na Convenção obriga-se aos Estados Partes a adotar, no marco de seu sistema de direito penal, todas as medidas necessárias para perseguir e impor sanções penais ou disciplinárias àquelas pessoas que, com independência de sua nacionalidade, tenham cometido ou ordenado cometer atos tipificados como infração a tal Convenção.

2.4.2. Segundo Protocolo da Convenção de La Haya de 1954 para a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado (1999)

Os Estados Partes na Convenção de 1954 e no Segundo Protocolo têm a obrigação em caso de conflito armado internacional ou não internacional, de estabelecer sanções penais para, em particular, castigar aquelas pessoas que:

- a) façam objeto de um ataque um bem cultural sob proteção reforçada;
- b) utilizem os bens culturais sob proteção reforçada ou seus arredores imediatos em apoio de ações militares;
- c) causem destruições importantes nos bens culturais protegidos, pela Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (La Haya, 1954) e pelo Segundo Protocolo da Convenção de La Haya de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1999), ou se apropriar deles em grande escala;
- d) façam objeto de um ataque um bem cultural protegido pela Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (La Haya, 1954) e pelo Segundo Protocolo da Convenção de La Haya de 1954 para a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1999);
- e) roubem, saqueiem ou façam uso indevido dos bens culturais protegidos pela Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (La Haya, 1954); e perpetrar atos de vandalismo contra eles.

2.4.3. Convenção sobre a proibição de desenvolvimento, produção e armazenamento de armas bacteriológicas (biológicas) e tóxicas e sobre sua destruição (1972)

Os Estados Partes têm a obrigação de adotar as medidas necessárias para proibir e prevenir, sobre seu território ou em qualquer outro lugar sob sua jurisdição ou controle, o desenvolvimento, a fabricação, o armazenamento, a aquisição ou a conservação de agentes, toxinas e armas biológicas, assim como de equipamentos e vetores destinados a seu emprego (art. 4). Esta proibição se observa em qualquer circunstância (art. 1)⁴.

2.4.4. Convenção sobre a proibição de utilizar técnicas de modificação ambiental com fins militares ou outros fins hostis (1976)

Os Estados Partes têm a obrigação de tomar as medidas que considerem necessárias para proibir e prevenir toda atividade contrária às disposições da Convenção em qualquer lugar sob sua jurisdição ou controle (art. 4); a não utilizar técnicas de modificação ambiental com fins militares ou outros fins hostis, que tenham vastos efeitos, duradouros ou graves, como meios para causar destruições, danos ou prejuízos a outro Estado Parte (art. 1).

2.4.5. Protocolo sobre proibições ou restrições do emprego de minas, armadilhas e outros artefatos, segundo foi emendado em 3 de maio de 1996 (Protocolo II, segundo foi emendado em 3 de maio de 1996) e outros protocolos da CCAC 1980

Os Estados Partes devem adotar todas as medidas pertinentes, em particular as de caráter legislativo, para prevenir e reprimir as violações das disposições do Protocolo cometidas por pessoas ou em territórios sujeitos a sua jurisdição ou controle (art. 14, par.1).

Os Estados Partes têm, além disso, que impor sanções penais às pessoas que, de forma deliberada, causem a morte ou feridas a civis no marco de um conflito armado, em contravenção das disposições do Protocolo (art.

⁴Ver também a resolução 1540 do Conselho de Segurança da ONU, de 5 de novembro de 2004.

14, par. 2). Esta obrigação é aplicável nos supostos de pessoas ou territórios colocados sob a jurisdição ou o controle do Estado em questão, quando se cometa o ato constitutivo de violação durante um conflito armado internacional ou não internacional (art. 1, par. 2).

2.4.6. Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, a produção, o armazenamento e o emprego de armas químicas e sobre sua destruição (1993)

Os Estados Partes devem adotar medidas pertinentes para cumprir as obrigações derivadas da Convenção; em particular, promulgar legislação penal pela qual se sancione as violações da Convenção, cometidas estas por pessoas físicas ou jurídicas que se encontrarem em seu território ou em qualquer lugar sob sua jurisdição ou controle, ou por nacionais, com independência do lugar dos fatos (art. 7, par. 1).

Os Estados devem igualmente cooperar com os demais Estados Partes: oferecer ajuda judicial mútua para facilitar, em particular, o cumprimento das obrigações em matéria de repressão (art.7, par. 2). A proibição, contida nesta Convenção, de desenvolver, fabricar, adquirir por outro meio, armazenar, transferir e empregar armas químicas, e de iniciar preparativos militares para o emprego de tais armas, se mantém em qualquer circunstância (art. I).

2.4.7. Convenção sobre a proibição do emprego, armazenamento, produção e transferência de minas antipessoal e sobre sua destruição (1997)

Os Estados Partes têm a obrigação de adotar todas as medidas legislativas, regulamentares e de outra índole que procedam, inclusa a imposição de sanções penais, para prevenir e reprimir qualquer atividade proibida pela Convenção, levada a cabo por pessoas ou em território sob sua jurisdição ou controle (art. 9). A proibição de empregar, desenvolver, produzir, adquirir de um modo ou de outro, armazenar, conservar ou transferir minas antipessoal se observa em qualquer circunstância (art. 1)⁵.

⁵ Ver também a Resolução 1540 do Conselho de Segurança da ONU de 5 de novembro de 2004.

2.4.8. Protocolo facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, relativo à participação de crianças nos conflitos armados, de 25 de maio de 2000

O tratado em menção obriga os Estados Partes a adotar todas as medidas possíveis para que nenhum membro das forças armadas menor de 18 anos participe diretamente nas hostilidades (art. 1º) e também proíbe que se recrutem obrigatoriamente em suas forças armadas pessoas da idade citada (art. 2º). Também se proíbe aos grupos armados distintos das forças armadas de um Estado que, em nenhuma circunstância, recrute ou utilize em hostilidades menores de 18 anos (art.4º). Entre as medidas jurídicas que o Estado deve tomar, encontram-se aquelas que persigam penalmente os infratores deste Protocolo Facultativo.

2.4.9. Convenção sobre as Munições de Racimo, Dublin, maio de 2008

A Convenção estabelece uma proibição geral das munições de racimo; proíbe seu emprego, produção, armazenamento e transferência. Além disso, proíbe aos Estados Partes assistir, alentar ou induzir a terceiros a realizar qualquer das atividades proibidas pelas disposições do tratado. Por outro lado, os Estados que possuem ou que sejam afetados pelas munições de racimo têm a obrigação específica de destruir as reservas, eliminar os restos de munições de racimo e prestar assistência às vítimas.

Cada Estado Parte tem a obrigação de adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra índole que procedam para aplicar a Convenção, incluída a imposição de sanções penais para prevenir e reprimir as violações que hajam sido cometidas por pessoas ou no território sob a jurisdição ou controle desse Estado.

3. RESPONSABILIDADE DOS SUPERIORES

O Direito Internacional Humanitário estabelece uma responsabilidade penal às pessoas que exercem uma autoridade superior sobre subordinados que houvessem cometido crimes de guerra.

A questão da responsabilidade do superior é um tema inexcusável para aqueles que têm de legislar sobre esta matéria.

Os superiores podem ser responsáveis por haver ordenado os crimes, mas também por haver omitido tomar as medidas para prevenir que os crimes se cometam. Trata-se de uma responsabilidade por falta de controle e supervisão bem arraigada no direito internacional⁶.

Assim, o sistema para perseguir penalmente as infrações graves estabelecidas pelas Convenções de Genebra inclui as “pessoas que hajam cometido, ou ordenado cometer”, qualquer uma dessas infrações. Normalmente, não se apresentam maiores problemas para estabelecer a responsabilidade penal de um superior que ordenou a comissão de um crime de guerra cometido por um subordinado, posto que os ordenamentos jurídicos nacionais preveem regularmente diferentes formas de participação.

Outro caso se apresenta quando o superior não contribuiu ativamente à comissão do crime. A respeito, o Protocolo Adicional I estipula em seu artigo 86, parágrafo 2, uma responsabilidade do superior por omissão:

O fato de que a infração das Convenções ou do presente Protocolo haja sido cometida por um subordinado não exime de responsabilidade penal ou disciplinaria, segundo o caso, a seus superiores, se estes sabiam ou possuíam informação que lhes permitisse concluir, nas circunstâncias do momento, que esse subordinado estava cometendo ou ia a cometer tal infração e se não tomaram todas as medidas factíveis que estiveram ao seu alcance para impedir ou reprimir essa infração.

O artigo 86.2 do Protocolo Adicional I contém vários elementos que o Direito Penal nacional tem que considerar. A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia esclareceu tais elementos à luz do artigo 7.3 de seu Estatuto, que estabelece a responsabilidade do

⁶Ver ICTY, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-T, par. 343: “*On the basis of the foregoing, the Trial Chamber concludes that the principle of individual criminal responsibility of superiors for failure to prevent or repress the crimes committed by subordinates forms part of customary international law.*” Confirmado pela Câmara de Apelações em IT-96-21-A, par. 182 ss. Ver também o caso Yamashita, 4 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1946).

superior em termos diferentes, mas aplicando os mesmos conceitos que o Protocolo Adicional I⁷. Tais elementos se referem à relação entre os responsáveis, a *mens rea* do superior e a falta de atuar⁸.

Assim, para poder estabelecer a responsabilidade penal do superior no sentido do artigo 86.2, o Direito Penal tem que contemplar, em primeiro lugar, uma relação de superior ao subordinado entre os responsáveis do crime. A respeito, o Comentário do Protocolo Adicional I enfatiza que:

Não se trata de uma noção puramente teórica que cubra a qualquer superior na cadeia de comando; refere-se somente a um superior que tenha uma responsabilidade pessoal com relação ao autor das atuações em questão, porque este último, ao ser seu subordinado, está sob seu controle. A relação direta que deve existir entre o superior e o subordinado se desprende claramente do “dever de atuar” estipulado no parágrafo 1. Além disso, só esse superior está normalmente em situação de dispor da informação que lhe permita concluir, nas circunstâncias do momento, que esse subordinado cometeu ou irá a cometer uma infração. Contudo, não há que concluir disto que a presente disposição só se refere ao chefe a cujas ordens diretas está o subordinado. [...] A noção de superior é mais ampla e há de tomar-se se numa perspectiva hierárquica que engloba a noção de controle⁹.

O Tribunal para a antiga Iugoslávia sustentou que o conceito do controle efetivo sobre um subordinado significa ter a capacidade material para

⁷ O artigo 7(3) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia dispõe: “O fato de que qualquer dos atos contemplados nos artigos 2 a 5 do presente Estatuto tenha sido cometido por um subordinado, não libera seu superior de sua responsabilidade penal se sabia ou tinha razões para saber que o subordinado se prestava a cometer esse ato ou já o fez, e que o superior não tomou as medidas necessárias e razoáveis para impedir que tal ato não fosse cometido, ou para castigar aos autores.”

⁸ Comentário do Protocolo I, par. 3543: “Segundo os termos da presente disposição, três condições devem ser cumpridas para que os superiores sejam responsáveis por omissão de um delito cometido ou a ponto de ser cometido por um subordinado:

- a) trata-se dos superiores desse subordinado [...];
- b) sabiam ou possuíam informação que lhes permitiam concluir que havia se cometido ou que ia a cometer uma infração;
- c) não tomaram as medidas a seu alcance para impedi-lo”.

⁹ Comentário do Protocolo I, par. 3545.

prevenir ou castigar os delitos, sem importar de que maneira se exerce o controle. Neste sentido o conceito de controle define o limite a partir do qual existe a relação entre o superior e o subordinado¹⁰.

Cabe concretizar que tal relação pode existir tanto entre superiores e subordinados militares como entre civis. O que é ultimamente decisivo é o poder que permite ao superior de efetivamente prevenir ou reprimir o crime.

4. JURISDIÇÃO UNIVERSAL

As Convenções de Genebra de 1949 impõem a obrigação aos Estados de garantir que suas leis penais contenham as disposições necessárias para buscar as pessoas acusadas de ter cometido, ou ordenado cometer infrações graves do DIH ou crimes de guerra, e se for o caso, fazê-las comparecer ante seus próprios tribunais ou entregá-las a outro Estado interessado em julgá-las. Além disso, os tratados não se satisfazem com a adoção de tais leis, senão que exigem expressamente aos Estados, buscar ativamente aos suspeitos e julgá-los efetivamente¹¹. Isto faz claramente que os legisladores devam conhecer profundamente os alcances e o significado do princípio da Jurisdição Universal.

Estas regras não toleram nenhum limite quanto à nacionalidade dos autores ou das vítimas, nem com respeito ao lugar onde se cometeram os crimes. Portanto diferem da jurisdição com base na territorialidade, a personalidade ativa ou passiva, ou o interesse nacional do Estado.

As Convenções de Genebra estabelecem, então, uma jurisdição universal a qual está reforçada pelo fato de que 194 Estados são partes em tais Con-

¹⁰ Ver ICTY, *Prosecutor v. Delalic*, IT-96-21-A, par. 256: “*The Appeals Chamber agrees that this supports the Trial Chamber’s interpretation of the law on this point. The concept of effective control over a subordinate - in the sense of a material ability to prevent or punish criminal conduct, however that control is exercised - is the threshold to be reached in establishing a superior-subordinate relationship for the purpose of Article 7(3) of the Statute.*”

¹¹ Artigos 49, 50, 129 e 146 das quatro Convenções de Genebra de 1949, respectivamente.

venções e se comprometeram, por conseguinte a aplicar suas disposições, o que significa que não deveria ser possível evitar o castigo para quem viola tais tratados.

O motivo pelo qual os Estados se comprometeram a exercer uma jurisdição tão ampla em matéria de crimes de guerra provém da convicção de que tais crimes atentam contra a consciência do mundo civilizado e ameaçam a ordem jurídica internacional. Quer dizer que se considera o criminoso de guerra como *hostis humani*. Portanto a repressão de seus crimes responde a um interesse de todos os Estados e não unicamente o daqueles diretamente afetados. Para citar um exemplo a respeito, a Corte Suprema do Canadá explicou que quanto aos crimes de guerra a persecução extraterritorial é uma necessidade prática porque, com frequência, o Estado, onde se cometeu o crime, abstém-se de ajuizá-lo. Além disso, existiria uma tendência dos culpados de fugir a lugares inclusive muito afastados. Então, seria fácil para eles evitar o castigo porque poderiam mover-se fora da jurisdição territorial do Estado do crime. A Corte concluiu que tal possibilidade era precisamente rejeitada pela comunidade internacional¹².

5. DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E PRESCRIÇÃO

No direito internacional não se conhece, no geral, a prescrição. As Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais não abordam o tema, mas sim o faz o Estatuto de Roma de 17 de julho de 1998, que cria a Corte Penal Internacional. O legislador que trabalha na incorporação dos crimes de guerra na legislação penal interna de seu país deve levar em conta este instituto jurídico também.

No que se refere aos crimes de guerra e aos crimes contra a humanidade, a imprescritibilidade se afirmou também mediante a Convenção das Na-

¹²Ver Supreme Court of Canada (R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701): “*Extraterritorial prosecution is thus a practical necessity in the case of war crimes and crimes against humanity. Not only is the state where the crime took place unlikely to prosecute; following the cessation of hostilities or other conditions that fostered their commission, there also is a tendency for the individuals who perpetrated them to scatter to the four corners of the earth. Thus, war criminals would be able to elude punishment simply by fleeing the jurisdiction where the crime was committed. The international community has rightly rejected this prospect.*”

ções Unidas, de 26 de novembro de 1968, relativa à Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade.

Essa Convenção abrange tanto a prescrição da ação pública como a prescrição das sanções. Os crimes contemplados são os crimes de guerra, incluídas expressamente as infrações graves das Convenções de Genebra, os crimes contra a humanidade, cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, incluído o *apartheid* e o genocídio. Esta Convenção tem efeitos retroativos na medida em que tende a abolir qualquer prescrição que intervenha em virtude de uma lei ou de qualquer outra norma.

6. AS INFRAÇÕES GRAVES DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E SUA TIPIFICAÇÃO NAS LEGISLAÇÕES NACIONAIS DA AMÉRICA LATINA. A CONTRIBUIÇÃO DO CICV

O CICV é uma organização imparcial, neutra e independente cuja missão exclusivamente humanitária é proteger a vida e a dignidade das vítimas dos conflitos armados e de situações de violência, assim como prestar-lhes assistência. Assim mesmo, procura prevenir o sofrimento mediante a promoção e o fortalecimento do DIH e dos seus princípios universais. Em situações de conflito, dirige e coordena as atividades internacionais de socorro do Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, que também é composto com a Federação Internacional das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho e as próprias Sociedades Nacionais. Presente nos teatros de operações bélicas, o CICV procurou sempre adaptar sua ação às novas realidades dos conflitos armados. Também, identificou os problemas e formulou propostas concretas com vistas a melhorar a aplicação do DIH. Por sua vez, contribuiu com o processo de codificação para examinar as propostas que oportunamente os grupos de *experts* governamentais e independentes concordam em suas reuniões. Por sua vez, por meio de seu Serviço de Assessoria em Direito Internacional Humanitário, colabora com os Estados para que possam implementar no âmbito nacional as medidas necessárias para a aplicação dos tratados de DIH.

Na XXVI Conferência Internacional da Cruz Vermelha e Crescente Vermelho, que se reuniu em Genebra em 1995, se lembrou a importância da aplicação a nível nacional do DIH. Mediante a aprovação das recomendações do grupo intergovernamental de *experts* para a proteção das vítimas da guerra, a Conferência colocou em destaque a imperiosa necessidade de que os Estados adotem medidas legislativas e regulamentos de aplicação a nível nacional que permitam garantir o respeito dos tratados de DIH, e para isto incitou a criação de comissões nacionais de aplicação deste direito. Para esse mesmo ano, a América Latina contava com algumas Comissões que iniciaram processos legislativos para incorporar os crimes de guerra nas legislações penais internas.

Em toda a América, e em especial nos países latino-americanos, tem-se trabalhado muito pela aplicação do DIH, mas não em todos os âmbitos onde isso é exigido pelos tratados pertinentes. Por um lado é a região do mundo que nos últimos quinze anos ratificou a maior quantidade de tratados internacionais e também, ainda em forma menor e mais lenta, esforçou-se por adotar medidas nacionais.

A América Latina incluiu o DIH em seu debate nas agendas dos fóruns regionais tais como a Organização de Estados Americanos (OEA), o Parlamento Latino-americano (PARLATINO) e o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) entre outros. Em tais fóruns o DIH está presente através do debate político, humanitário e isto pode verificar-se diante da profusa adoção de declarações e resoluções, como também, da organização de seminários e cursos.

Para isto é preciso acrescentar que, durante os últimos anos, as declarações finais das reuniões de Ministros de Defesa da região fizeram eco da importância da integração do DIH nas Forças Armadas tanto na doutrina, no ensino, no treinamento e também na sanção.

Por outra parte, na América Latina o DIH é objeto de estudo sistemático na maioria das Universidades que formam a liderança política e os líderes de opinião e também nas Escolas militares.

Até o ano de 1996 apenas dois Estados da América tinham uma legislação penal sistematizada sobre infrações graves do DIH: Estados Unidos da América e Canadá. Outros países da região também possuíam algumas normas dispersas em códigos penais militares ou de justiça militar que, basicamente, incriminavam condutas ilícitas relacionadas com o estatuto de prisioneiro de guerra. Podemos dizer então que, na década de noventa, a intenção dos Estados da região em matéria de redação de projetos de leis para punir as infrações graves do DIH pode reputar-se, ao menos, como precária.

O primeiro relatório do Serviço de Assessoria em Direito Internacional Humanitário do CICV dá conta sobre o ponto em questão, que em 1996 a Assessoria Presidencial para os Direitos Humanos da Colômbia estava trabalhando em um projeto de lei para incorporar na legislação penal nacional a repressão das violações ao DIH¹³. Também comenta que Costa Rica, no âmbito do processo de revisão do Código Penal, do código de procedimento penal e da lei de justiça para menores, estudava a possibilidade de incorporar os crimes de guerra. O Ministro da Justiça instaurava um grupo de trabalho e convidava ao CICV para colaborar e assessorar os redatores do projeto.

Por outra parte, Guatemala, como Costa Rica, aproveitava um processo de revisão do Código Penal e recebia com beneplácito a sugestão do Serviço de Assessoria em Direito Internacional Humanitário do CICV para incorporar as infrações graves do DIH. Para isso o Colégio de Advogados esteve encarregado de preparar um projeto de revisão da legislação penal e o CICV prestou assessoria a seus membros.

No Cone Sul, Argentina, então, a instância da Auditoria-Geral das Forças Armadas, trabalhava arduamente em um projeto de reforma do Código de Justiça Militar que incluía um capítulo completo sobre as infrações graves do DIH. O CICV pôde revisar o projeto e fazer as sugestões do caso. No entanto, o projeto não foi tratado pelo Parlamento e as infrações graves do DIH foram incorporadas em uma lei penal sobre implementação do Esta-

¹³ Aplicação a nível nacional do Direito Internacional Humanitário, Relatório Anual 1996, CICV Genebra, 1997.

tuto de Roma, promulgada sob o nº 26.200 em 2006, cujos autores foram assessorados pelo CICV.

Seguindo as informações contidas no Relatório de Participação dos Tratados de Relevância para o Direito Internacional Humanitário e sua aplicação a nível nacional, apresentado pelo CICV à OEA, para o biênio 2008/2009, quinze anos depois do primeiro relatório *ut supra* mencionado, em 2010, existiam oito Estados da região que haviam incorporado em seu direito penal normas que lhe permitem sancionar a maioria ou a totalidade das infrações graves do DIH e outras violações. Estes Estados são: Argentina, Canadá, Colômbia, Chile, Estados Unidos da América, Nicarágua, Panamá e a República Oriental do Uruguai. O CICV assessorou aos Estados oportunamente.

Na atualidade, a grande maioria dos países da América tem projetos de lei que procuram incorporar na legislação penal interna as infrações graves do DIH, seja como parte de uma reforma integral do Código Penal – por exemplo, o anteprojeto de lei de reforma do Código Penal brasileiro (2012)–, ou através de uma lei penal especial,– anteprojeto da Comissão Paraguai, para implementar o Estatuto de Roma (2010).

No Brasil, na última década, houve vários projetos de lei que procuraram incorporar as infrações graves do DIH na legislação penal interna. Só para mencionar exemplos, podemos citar o anteprojeto de lei redigido por uma Comissão presidida por quem foi Vice-Procuradora-Geral de Justiça Militar, a Dra. Adriana Lorandi, cujo propósito era programar o Estatuto de Roma. Essa Comissão deu continuidade aos trabalhos realizados por outra Comissão presidida pelo Professor Tarciso Dal Maso Jardim. Ambos os projetos continham a tipificação de todas as infrações graves ao DIH. Ambas as comissões compartilharam o texto com o CICV para que, em sua condição de guardião e promotor do DIH, emitisse sua opinião, o que assim fez oportunamente.

7. CONCLUSÃO

Para finalizar, desejamos recordar que as sugestões e assessorias que o CICV dá aos Estados quando iniciam seus processos legislativos, têm como propósito ajudar a conformar o Direito Penal interno com as exigências do DIH de uma forma adequada e eficaz.

Legislar sobre infrações graves do DIH a nível nacional, ajuda a dissuadir e evitar violações nos conflitos armados e, com isso, a reduzir as vítimas destas situações, como também, a fortalecer a luta contra a impunidade dos crimes reputados como os mais abomináveis para a Comunidade Internacional em seu conjunto.

8. REFERÊNCIAS

GUTIÉRREZ, P.; HORTENSIA D. T. **Moderno derecho internacional y seguridad colectiva**. Zavalía editor, Buenos Aires:1995, p. 347.

HENCKAERTS, J. M.; DOSWALD BECK, L. **Customary International Humanitarian Law**. Cambridge University Press, v. I, p. 551 ss, 2005.

Conselho de Segurança da ONU, **Resolução 1540**, de 5 de novembro de 2004.

Supreme Court of Canada (R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701).

GENEVA, **Relatório Anual 1996**, CICV Genebra, 1997.



o princípio da complementaridade

positiva no Direito Penal Internacional

Raphael Ramos Passos

Oficial do Exército Brasileiro

Especialista em Direito Militar pela Universidade Gama Filho (UGF)

RESUMO: O presente estudo tem por finalidade analisar o princípio da complementaridade positiva no âmbito do Direito Penal Internacional. Tem por objetivo estudar a relação existente entre o Tribunal Penal Internacional, os Estados-Partes e os organismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Indicará a importância da assistência mútua entre esses atores para evitar o cometimento de crimes capitulados no Estatuto de Roma.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Internacional Público. Direito Penal Internacional. Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional. Cooperação Internacional.

ABSTRACT: This study aims to analyze the principle of positive complementarity under the International Criminal Law. Aims to study the relationship between the International Criminal Court, the States Parties and international organizations for the protection of human rights. Indicate the importance of mutual assistance between these actors to prevent the commission of crimes capitulated to the Rome Statute.

KEYWORDS: Public International Law. International Criminal Law. Human Rights. International Criminal Court. International Cooperation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Prevenção e complementaridade – 3. Complementaridade estritamente legal e complementaridade positiva – 4. O gabinete do procurador do Tribunal Penal Internacional e a complementaridade positiva – 5. O papel das instituições externas – 6. Complementaridade positiva e prevenção – 7. Conclusão – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico pretende analisar o princípio da complementaridade positiva no contexto do Direito Penal Internacional.

O princípio da complementaridade positiva vem ganhando destaque cada vez maior no cenário internacional, o que se reflete nas relações entre os Estados, a sociedade civil e o Tribunal Penal Internacional. Está previsto no preâmbulo e nos artigos 1º e 17 do Estatuto de Roma.

Este assunto sinaliza grande importância no contexto atual, inserido no panorama de preservação dos direitos humanos. Figurou como exemplo de tema relevante por ocasião da resposta à consulta formulada diretamente ao Tribunal Penal Internacional, por mensagem eletrônica, em 26 de outubro de 2011, e respondida, em 31 de outubro do mesmo ano, pela Seção de Informação Pública e Documentação:

*Dear Raphael Ramos Passos,
Thank you for your email and interest in the International Criminal Court.*

I have forwarded your question to a legal colleague and he had the following suggestions:

1) Probably complementarity might be a good thesis subject as complementarity has two accepted definitions up to now; the strictly legal complementarity, and the positive complementarity. There are references about it in many texts and there are even ASP declarations. Please see our website for more information:

An extended data resource is our Legal texts and tools page: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ICC/Legal+Texts+and+Tools/>

The website for the Assembly of States Parties: <http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/>

[...]

I hope this information is useful to you and wish you the best of luck with your research.

All information that we have available to the public is available on our website.

Should there be anything else we may be of assistance with, please do not hesitate to contact us.

Kind regards,

D. Jorien Witkam

*International Criminal Court - Cour Pénale Internationale
Maanweg 174, 2516 AB The Hague/La Haye The Netherlands/Pays-Bas*

www.icc-cpi.int

Public Information and Documentation Section

Section de l'information et de la documentation

Protocol and Events Assistant

Assistante Protocole et Evènements¹

2. PREVENÇÃO E COMPLEMENTARIDADE

Desde a sua criação, o Tribunal Penal Internacional tem sido o centro de alguns dos mais antigos e complexos debates no âmbito do Direito Internacional – debates versando desde questões eminentemente práticas, tais como o uso da força e a soberania estatal e, também, questões ligadas à ideologia, como as relativas a valores de paz e justiça universais. Uma questão crucial é a que diz respeito à prevenção: a capacidade do Tribunal Penal Internacional de pôr fim à impunidade e prevenir futuras atrocidades. Os sustentadores do Tribunal Penal Internacional têm constantemente enfatizado o impacto de seu potencial preventivo e afirmado que este é um dos objetivos centrais das atividades da Corte.

Estes elevados objetivos tornaram difícil para o Tribunal Penal Internacional atender às expectativas da comunidade internacional, e uma infinidade de preocupações e críticas vêm surgindo ao longo dos anos no tocante à sua capacidade de fazer contribuições para a prevenção de violação a direitos humanos e, talvez, trazer a paz. Alguns argumentam que o Tribunal Penal Internacional está paralisado por considerações políticas, enquanto outros afirmam que as questões políticas, na realidade, desempenham um papel não tão relevante. No momento da acusação do presidente sudanês, Omar Al Bashir², muitos previram

¹ Mensagem de correio eletrônico de propriedade do autor.

² TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Situations and Cases. O caso Gabinete do Procurador *versus* Omar Hassan Ahmad Al Bashir está disponível em <<http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/icc02050109>> Acesso em 28 de março de 2012.

que o envolvimento do Tribunal Penal Internacional iria, na verdade, agravar o conflito e levar a uma reação violenta. Outros sugerem que a ameaça de acusação simplesmente não tem o condão de dissuadir os crimes internacionais e que o Tribunal Penal Internacional só vai servir para atrasar e dificultar as negociações de paz.

A ideia de justiça e punição como um impedimento para o crime tem sido debatida e discutida ao longo da história jurídica. No entanto, a aplicação do referencial teórico dessa discussão para o caso de atrocidades em massa não é uma tarefa simples. Atrocidades em massa são cometidas em um tempo quando a realidade é significativamente alterada e as normas sociais estão todas suspensas. O fato de o líder de uma nação à beira do genocídio poder ser considerado um ator racional que temeria o risco de uma acusação do Tribunal Penal Internacional é muito debatida, e com razão.

Enquanto a ameaça de uma acusação em si pode não ter o efeito dissuasório imediato e esperado em relação a um panorama envolvendo criminosos domésticos, o potencial preventivo do Tribunal Penal Internacional vai muito além do debate sobre a dissuasão. Processos individuais de nível internacional dos principais responsáveis pelas atrocidades são essenciais ao interesse da justiça e têm um grande valor simbólico para a comunidade internacional como um todo, mas a maior contribuição da Corte não é provável que surja a partir de tais processos. Os processos podem ter serventia para trazer as partes à mesa de negociação, como no caso de Uganda, mas o impacto maior do Tribunal Penal Internacional, com respeito à prevenção, será no momento de sua interação com os sistemas internos.

O Tribunal Penal Internacional existe como uma instituição modelar, impondo os padrões ideais para a persecução de crimes internacionais. A Corte irá, sem dúvida, ter um impacto sobre as mudanças de normas e a forma como se é enfocada a justiça penal internacional e a prestação de contas das autoridades, simplesmente como resultado de sua existência. No entanto, para, sozinho, estimular uma mudança radical na maneira como reagimos e lidamos com as atrocidades, seria quase impossível. O Tribunal Penal Internacional apenas possui a capacidade de proporcionar o exemplo, o paradigma, mas a cooperação de outras instituições internacionais, Organizações Não-Governamentais (ONGs) e, mais importante, os Estados-Partes do Estatuto de Roma, é essencial para a execução mais ampla deste objetivo. O que o Tribunal Penal Internacional pode fazer é adotar um papel mais ativo no engajamento destes grupos, em particular, dos Estados-Partes.

Complementaridade, um conceito que evoluiu significativamente desde que foi inicialmente introduzido no mundo jurídico e, finalmente, incluído no Estatuto de Roma, apresenta um meio pelo qual o Tribunal Penal Internacional pode aumentar seu potencial impactante positivamente nas justiças criminais nacionais e internacional, e na prevenção de violações de maneira duradoura. Engajando-se proativamente e com a assistência das instituições legais domésticas, o Tribunal Penal Internacional será capaz de fortalecer o Estado Democrático de Direito em nações que sofrem conflitos violentos e instabilidade política. Atrocidades em massa são cometidas quando a realidade foi adulterada de tal forma que reconhecidos imperativos morais e normas jurídicas não mais vinculam os membros de uma sociedade. Esta “realidade alterada” da guerra e dos conflitos cria um ambiente no qual alguns crimes como o genocídio são mais fáceis de cometer com a garantia de impunidade. Uma sociedade que possui, por outro lado, instituições legais fortes e um arraigado Estado Democrático de Direito, pode ser menos suscetível a chegar a este panorama extremo.

3. COMPLEMENTARIDADE ESTRITAMENTE LEGAL E COMPLEMENTARIDADE POSITIVA

O Preâmbulo (“sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais”) e o artigo 1º do Estatuto de Roma preconizam que o Tribunal Penal Internacional será complementar às jurisdições penais internacionais:

Artigo 1º. O Tribunal. É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional (“o Tribunal”). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

Tribunais nacionais permanecem como sendo a primeira instância para o julgamento de casos de atrocidades em massa. Somente em circunstâncias específicas, enumeradas no artigo 17 do Estatuto de Roma, os casos são admissíveis no Tribunal Penal Internacional:

Artigo 17. Questões Relativas à Admissibilidade

1. Tendo em consideração o décimo parágrafo do preâmbulo

bulo e o artigo 1º, o Tribunal decidirá sobre a não admissibilidade de um caso se:

- a) O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer;
- b) O caso tiver sido objeto de inquérito por um Estado com jurisdição sobre ele e tal Estado tenha decidido não dar seguimento ao procedimento criminal contra a pessoa em causa, a menos que esta decisão resulte do fato de esse Estado não ter vontade de proceder criminalmente ou da sua incapacidade real para o fazer;
- c) A pessoa em causa já tiver sido julgada pela conduta a que se refere a denúncia, e não puder ser julgada pelo Tribunal em virtude do disposto no parágrafo 3º do artigo 20;
- d) O caso não for suficientemente grave para justificar a ulterior intervenção do Tribunal.

2. A fim de determinar se há ou não vontade de agir num determinado caso, o Tribunal, tendo em consideração as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, verificará a existência de uma ou mais das seguintes circunstâncias:

- a) O processo ter sido instaurado ou estar pendente ou a decisão ter sido proferida no Estado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, nos termos do disposto no artigo 5º;
- b) Ter havido demora injustificada no processamento, a qual, dadas as circunstâncias, se mostra incompatível com a intenção de fazer responder a pessoa em causa perante a justiça;
- c) O processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de maneira independente ou imparcial, e ter estado ou estar sendo conduzido de uma maneira que, dadas as circunstâncias, seja incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa perante a justiça;

3. A fim de determinar se há incapacidade de agir num determinado caso, o Tribunal verificará se o Estado, por colapso total ou substancial da respectiva administração da justiça ou por indisponibilidade desta, não estará em condições de fazer comparecer o acusado, de reunir os meios de prova e depoimentos necessários ou não estará, por outros motivos, em condições de concluir o processo.

Por sua vez, a ideia de complementaridade quer significar o equilíbrio entre interesses aparentemente conflitantes, a saber: a competência de uma corte com jurisdição universal e a soberania estatal. Um determinado caso é admissível no Tribunal Penal Internacional unicamente quando o Estado que detém a jurisdição original é incapaz ou não possui vontade de conduzir as investigações ou a persecução penal. Em todas as demais situações, tribunais domésticos mantêm a sua competência, não sendo suplantados pelo Tribunal Penal Internacional.

Os detalhes da chamada “jurisdição complementar” não estão explicitamente descritos no Estatuto de Roma. O artigo 17 proporciona as linhas gerais para o entendimento do princípio da complementaridade, mas deixa lacunas acerca da utilização do conceito na prática. Para que o Tribunal Penal Internacional avoque a jurisdição, um Estado precisa mostrar-se incapaz ou sem vontade de, genuinamente, investigar ou iniciar a ação penal. A Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional sustenta que, quando abordado o tema da admissibilidade, a Corte necessita primeiramente verificar em quais condições estão ocorrendo as investigações e os julgamentos, ou como casos semelhantes foram tratados no passado. Somente nos casos de insuficiência (em casos presentes ou pretéritos) o Tribunal passará a analisar as questões de vontade ou capacidade para agir. Se o Estado com jurisdição sobre um alegado crime capitulado no Estatuto de Roma mostrar-se incapaz de conduzir uma investigação ou julgamento, o caso será admissível no Tribunal Penal Internacional.

Quando de sua criação, o Tribunal Penal Internacional foi agraciado com um grande número de tarefas e prerrogativas impostas pelo Estatuto de Roma e obteve grande impacto na expectativa em ver-se um Estado Democrático de Direito nascer em toda a comunidade internacional. Como a Corte tem ingressado tempestivamente nos casos apresentados à sua investigação, o desafio em superar as expectativas vem-se tornando bastante claro. Membros da comunidade internacional, inclusive o ex-Procurador-Chefe do Tribunal Penal Internacional, Luis Moreno-Ocampo³, têm sugerido que o Gabinete do Procurador possa ser capaz de resolver algumas das questões interagindo mais próxima e ativamente das cortes nacionais, fortalecendo uma política que vem sendo chamada pela doutrina de “complementaridade positiva” ou, ocasionalmente, “complementaridade proativa”.

³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. The Prosecutor. Biografia disponível em < <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Biographies/The+Prosecutor.htm> > . Acesso em 28 de março de 2012.

O princípio da complementaridade positiva encontra definição nas palavras proferidas pelo Procurador do Tribunal Penal Internacional, Luis Moreno-Ocampo, na Conferência de Revisão ocorrida entre 31 de maio e 11 de junho de 2010, em Kampala – Uganda:

Complementaridade positiva é como os Estados assistem uns aos outros, recebendo suporte adicional tanto do Tribunal Penal Internacional quanto da sociedade civil para cumprir as obrigações contraídas em virtude do Estatuto de Roma⁴.

Sang-Hyun Song, Juiz-Presidente do Tribunal Penal Internacional, na mesma oportunidade, discorreu sobre o instituto:

A domesticação dos crimes do Tribunal Penal Internacional nos códigos nacionais oferece uma primeira medida do comprometimento dos Estados com o princípio da complementaridade. Com relação à importância do desenvolvimento das capacitações nacionais, esta é a responsabilidade inicial dos Estados. O Tribunal tem, no máximo, um papel limitado como catalisador ou facilitador do compartilhamento de informações [...] O trabalho já realizado por organizações internacionais, Estados e ONGs em muitos aspectos cumprem a promessa de complementaridade, em particular, provendo especialistas, treinamento e recursos materiais⁵.

Complementaridade positiva é, genericamente, a ideia de que o Tribunal Penal Internacional e, particularmente, o Gabinete do Procurador e o Procurador-Chefe, deve trabalhar para engajar as jurisdições nacionais em persecuções penais, utilizando vários métodos para encorajar os Estados a investigar casos domésticos, sempre que possível. O objetivo supremo desta política é fortalecer a capacidade interna dos países, que acarretará em um impacto positivo significativo para a prevenção de atrocidades no futuro. Complementaridade positiva sugere que uma relação mais ativa e cooperativa entre os Estados-Partes e o Tribunal Penal

⁴ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Review Conference. Haia – Holanda, 03 de junho de 2010. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/menus/asp/reviewconference/pressreleaserc/review%20conference_%20icc%20president%20and%20prosecutor%20participate%20in%20panels%20on%20complementarity%20and%20co_oper> Acesso em 28 de março de 2012.

⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Review Conference. Haia – Holanda, 03 Jun 2010. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/menus/asp/reviewconference/pressreleaserc/review%20conference_%20icc%20president%20and%20prosecutor%20participate%20in%20panels%20on%20complementarity%20and%20co_oper> Acesso em 28 de março de 2012.

Internacional é crucial para o sucesso do Estatuto de Roma, particularmente no que diz respeito ao fator preventivo de longa duração.

Enquanto a ideia tradicional de complementaridade, ou complementaridade em sentido estrito, encontra significado na proteção à soberania estatal, e foi construída sobre a máxima de que os Estados devem conduzir as investigações no âmbito interno sob a ameaça de intervenção pelo Tribunal Penal Internacional, complementaridade positiva vislumbra uma relação mais cooperativa entre as jurisdições nacionais e a Corte. Mesmo que isto possa parecer, simplificativamente, uma aproximação paternalista, significa também que o Tribunal Penal Internacional atuará no sentido de incrementar a capacidade dos Estados em proceder a verdadeiras investigações e julgamentos. Esta atitude pode significar qualquer iniciativa válida, tal como uma maior comunicação com as nações nas quais atrocidades podem estar ocorrendo ou na iminência de ocorrer, proporcionando mecanismos de cooperação e treinamento para as práticas judiciais necessárias em um sistema legal deficiente, bem como o monitoramento de processos que seriam da alçada do Tribunal Penal Internacional.

Esta aproximação aparentemente paternalista é muito similar à concepção original de complementaridade, baseada na ideia de que a ameaça de uma intervenção pelo Tribunal Penal Internacional motivará os países a conduzir sua própria investigação e julgamento no âmbito interno. A diferença, no que diz respeito à complementaridade positiva, é no sentido de que o Gabinete do Procurador irá procurar um engajamento maior diretamente com os Estados-Partes, utilizando os canais diplomáticos ou quaisquer outros, oficiais e públicos, para expressar sua preocupação com determinada situação em particular, encorajando o Estado a agir. A maior efetividade desta conduta ocorre nos casos em que os Estados não demonstram vontade, ou capacidade, de punir. Abrir os canais de comunicação e engajar os Estados em um diálogo franco acerca da situação poderá compeli-los a atuar.

Complementaridade positiva pode significar, em certas circunstâncias, trabalhar para incrementar ativamente a habilidade de determinada nação em conduzir investigações e processar e julgar crimes capitulados no Estatuto de Roma, atingindo padrões internacionais de qualidade. Este tipo de aproximação pode ser mais útil em casos onde um país não demonstra vontade ou capacidade para agir. Este método demanda uma quantidade considerável de recursos humanos e financeiros e, considerando que o Tribunal Penal Internacional os possui de forma limitada, o Gabinete do Procurador necessitará da assistência dos outros Estados-Partes e de organismos internacionais. O Tribunal Penal Internacional e

o Gabinete do Procurador podem, de fato, ser instrumentos hábeis a estabelecer e manter uma rede transnacional com a finalidade de fortalecer o Direito Penal Internacional.

4. O GABINETE DO PROCURADOR DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E A COMPLEMENTARIDADE POSITIVA

O Procurador-Chefe do Tribunal Penal Internacional, Luis Moreno-Ocampo, reconheceu a importância da complementaridade na persecução doméstica de crimes internacionais. Segundo ele, como consequência do princípio da complementaridade positiva, o número de casos que são admitidos no Tribunal Penal Internacional não serve de parâmetro para dimensionar a sua eficiência. Pelo contrário, a abstenção de julgamentos perante a Corte, como consequência do funcionamento regular das instituições nacionais, são seu maior triunfo. Pode-se descrever como uma regra geral da complementaridade a admissibilidade de casos pelo Tribunal Penal Internacional somente quando está claro que há falhas na atuação estatal. A maior parte do relacionamento externo e da própria estratégia do Gabinete do Procurador é a de encorajar e facilitar os Estados a cumprir suas obrigações primárias no sentido da responsabilidade de investigação e processamento de crimes. Isto indica que o Gabinete do Procurador, desde cedo, desenvolveu a ideia de uma complementaridade em sua acepção positiva ou proativa.

O Gabinete do Procurador, portanto, infere que o ideal é que haja uma aproximação positiva do princípio da complementaridade. A política e estratégia do Gabinete do Procurador define que tal aproximação significa o encorajamento de procedimentos genuinamente nacionais sempre que possível, a sustentação em redes de colaboração nacionais e internacional e a participação efetiva em um sistema de cooperação transnacional. Em um modelo de complementaridade positiva, o Tribunal Penal Internacional comunica-se abertamente com os Estados, acerca de situações que ensejam preocupação, e trabalha na assistência para o fortalecimento dos sistemas jurídicos domésticos de forma a conduzir investigações e proporcionar punições, ainda internamente. O Gabinete do Procurador reconhece que o apoio de todos os Estados-Partes no sentido de formar uma rede internacional de proteção aos direitos humanos é crucial para o sucesso de seu trabalho.

Outra face da aproximação positiva, que guarda conexão direta com o trabalho do Gabinete do Procurador, é a política de auto-encaminhamento ou auto-submissão. Neste caso, o Tribunal Penal Internacional e um Estado que esteja (parcialmente) incapacitado de agir, em virtude do cometimento de atrocidades em

massa, podem acordar em uma divisão consensual dos trabalhos, por ser a abordagem mais lógica e efetiva em casos como este. Os grupos internos divididos, como consequência de um conflito, podem se opor a investigações e julgamentos pela parte contrária, mas podem concordar que o Tribunal Penal Internacional faça este trabalho, por tratar-se de órgão neutro e imparcial.

Mesmo que os idealizadores do Estatuto de Roma não vislumbrassem tais políticas, o auto-encaminhamento representa um argumento importante para a criação de uma parceria entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados-Partes, em vez de uma relação de competitividade ou de complementaridade em sentido meramente formal ou estrito.

5. O PAPEL DAS INSTITUIÇÕES EXTERNAS

Dentre os desafios que o Tribunal Penal Internacional enfrenta, dois principais se destacam: a falta de recursos (humanos e financeiros) e a falta de credibilidade. Ambos são problemas que podem ser superados com o auxílio de instituições externas. A complementaridade positiva requer que o Tribunal Penal Internacional interaja com os Estados-Partes. De forma a providenciar os recursos e suporte necessários, a Corte necessitará se aproximar de instituições e organismos internacionais tanto quanto angariar a cooperação dos países signatários do Estatuto de Roma.

O Direito Penal Internacional permanece como um campo do conhecimento humano em constante desenvolvimento, e a participação ativa das nações é crucial para a sua evolução. Certamente, as ações estatais em determinada situação de vulnerabilidade jurídica tornam mais visível o duplo papel a ser desempenhado: como sujeito (parte) e como criador da norma internacional penal. Como tal, Estados que experimentam uma justiça de transição aplicam as leis existentes e, ao fazê-lo, contribuem para o seu refinamento. Os países terão mais confiança no escopo do Tribunal Penal Internacional se observarem que este opera não como uma instituição isolada, mas como parte de um sistema, de uma comunidade internacional que sustenta um corpo de normas internacionais comumente aceitas.

No que concerne à complementaridade positiva, o objetivo mais ambicioso em verdadeiramente apoiar os sistemas domésticos com capacitação parece somente agravar o problema da falta de recursos. A fim de realmente fazer progresso no que diz respeito à complementaridade positiva, o Tribunal Penal Internacional,

e especificamente o Gabinete do Procurador, precisam procurar assistência e suporte oriundos tanto dos Estados-Partes quanto das Organizações Não-Governamentais e da comunidade internacional. O Tribunal Penal Internacional pode servir como facilitador no intento de constituir uma rede transnacional de organizações, trabalhando na área do Direito Penal Internacional. Várias Organizações Não-Governamentais concentram-se na divulgação e instituição de um Estado Democrático de Direito⁶. Trabalhando em coordenação com tais grupos, o Tribunal Penal Internacional pode ajudar estas Organizações Não-Governamentais a focar seu trabalho nas regiões do planeta onde há mais necessidade, e dirigir a atenção da comunidade internacional para os conflitos que poderiam ser subdimensionados. Esta manobra tem o condão de carrear recursos e apoio para as situações que necessitam de maior atenção, mas que não seriam normalmente alcançadas pelo Tribunal Penal Internacional sem ajuda.

O Gabinete do Procurador tem reconhecido o valor do relacionamento com as instituições externas. Reconhece que continuará a expandir sua rede de contatos com atores não-estatais, instituições internacionais e Organizações Não-Governamentais, com a finalidade de promover um ambiente de suporte. Também se salienta a solidificação do relacionamento do Tribunal Penal Internacional com a Organização das Nações Unidas e a elaboração de um plano específico para alcançar organizações regionais, tais como a União Europeia e a União Africana de Países. É objetivo do Gabinete do Procurador estabelecer formas de cooperação com os Estados e organizações de forma a maximizar a contribuição com a luta contra a impunidade e a prevenção de crimes.

Uma crítica consistente em relação ao Tribunal Penal Internacional é a falta de credibilidade, decorrente de vários problemas enfrentados ao longo de sua existência (como o fato de admitir casos somente de países pobres⁷). Uma abordagem para lidar com as críticas é angariar o suporte dos Estados-Partes e outras instituições de forma a estabelecer, mais concretamente, tanto o lugar do Tribunal Penal Internacional como a aplicação do Direito Penal Internacional em geral. Outro problema relacionado à credibilidade diz respeito ao fato de julgamentos realizados em tribunais ou cortes internacionais terem sido criticados por estarem distantes do conflito, tanto geograficamente quanto ideologicamente. As nações possuem diferentes entendimentos acerca do conceito de justiça, e os críticos do Tribunal Penal Internacional observam que não há possibilidade de levar em conta tais particularidades, enfraquecendo a sua credibilidade aos olhos dos criminosos e das vítimas.

⁶ São exemplos a Anistia Internacional e a Human Rights Watch.

⁷ YOU TUBE. Luis Moreno-Ocampo: **The World's Prosecutor**. Aos 9 minutos e 34 segundos do vídeo <<http://www.youtube.com/watch?v=UyR84PawEJo>> . Acesso em 28 de março de 2012.

Primordialmente, os tribunais nacionais são as vias mais eficientes e efetivas para o processo e julgamento de atrocidades em massa que ocorrem em seus territórios. Os benefícios englobam desde questões práticas – acesso ao conjunto probatório e vítimas – às mais abstratas – julgar os criminosos dentro do próprio Estado pode propiciar uma justiça de transição mais efetiva, haja vista que os julgamentos mantêm uma relação de proximidade com as vítimas e outros indivíduos e instituições afetados pelos crimes em questão, além de prover uma maior conexão entre os Estados e os cidadãos, trabalhando em prol da paz e reconciliação. Adotar uma abordagem positiva ou proativa acerca da complementaridade e encorajar julgamentos domésticos pode rechaçar as críticas que o Tribunal Penal Internacional vem sofrendo no sentido de mostrar-se distante para proporcionar a eficiente prevenção e a persecução penal de crimes puníveis pelo Estatuto de Roma.

A Resolução ICC-ASP/9/Res.9, adotada na 10ª reunião plenária da Assembleia dos Estados-Partes do TPI, ocorrida em 25 de março de 2010, traz a importância do engajamento das organizações internacionais e sociedade civil como atores em uma política de complementaridade positiva:

A experiência tem mostrado que o progresso na luta contra a impunidade somente pode ser alcançada através da colaboração de toda a comunidade internacional. Há certas limitações práticas no papel que os Estados-Partes podem desempenhar, incluindo não poder estar presente em campo ou não possuir capacidade prática suficiente para implementar suas atividades. A necessidade de minimizar a administração e burocracia é um princípio norteador para muitos Estados. Além disso, diferentes Estados têm diferentes áreas de especialização e habilidades⁸.

6. COMPLEMENTARIDADE POSITIVA E PREVENÇÃO

Ao encorajar tribunais nacionais a estabelecer sistemas pelos quais sejam capazes de processar e julgar crimes definidos no Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional está proporcionando uma contribuição essencial para a prevenção de atrocidades. Complementaridade positiva incentiva os Estados a construir e fortalecer seus sistemas jurídicos domésticos. Uma nação que conta com um forte sistema judicial e que respeita o Estado Democrático de Direito é considera-

⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Resolução ICC-ASP/8/Res.9**, 25 Mar 2010. Disponível em < http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/ICC-ASP-8-Res.9-ENG.pdf > Acesso em 28 de março de 2012.

velmente menos propensa a atingir o nível de sublevação social no qual os crimes internacionais são mais comumente cometidos.

O conceito de prevenção dentro de um contexto de atrocidades em massa é necessariamente diferente da ideia de dissuasão em um ambiente doméstico. O valor da punição como dissuasão é debatido mesmo no nível nacional, com frequentes discordâncias sobre questões como: se a certeza ou severidade da punição tem significativo impacto sobre o fator dissuasório. Quando este tipo de teoria é aplicado a crimes internacionais como o genocídio e crimes contra a humanidade, deve-se também levar em conta a situação específica em que ocorrem.

Atrocidades em massa ocorrem a um tempo em que a ordem social normal está quebrada. Conflitos civis, por definição, estão situados em um ambiente de colapso da ordem pública. Devido ao desaparecimento das normas cotidianas em tais situações, o argumento da dissuasão com respeito a crimes individuais tais como roubo, ou mesmo, homicídio, necessariamente sofre mudanças.

Noções tradicionais acerca da dissuasão são baseadas na ideia de que a previsibilidade da punição irá impedir que os indivíduos ajam de encontro à lei. A teoria da dissuasão recai em dois aspectos: dissuasão geral e dissuasão específica. A dissuasão específica concentra-se nos indivíduos, e a dissuasão geral focaliza-se na prevenção do crime na sociedade em sentido amplo. Uma das principais críticas ao Tribunal Penal Internacional é que a suposição de que criminosos em potencial envolvidos em conflitos armados sopesam as consequências de suas ações e podem ser dissuadidos pela ameaça de persecução penal parece frágil. Em outras palavras, a mera suposição da racionalidade dos criminosos durante o cenário de caos gerado em um ambiente de intensa violência, propaganda incendiária, e ordem social desconstituída, seria uma utopia.

Enquanto persecuções individuais em nível internacional possuem mérito em casos específicos, quando estimulam negociações e servem como uma importante ferramenta para estabelecer precedentes, o Tribunal Penal Internacional detém uma maior capacidade de prevenção em larga escala através do impacto causado nos sistemas jurídicos internacionais.

Pela adoção da estratégia da complementaridade positiva, e lançando mão tanto da pressão oficial exercida quanto da comunicação diplomática entre o Tribunal Penal Internacional e os Estados-Partes, bem como facilitando a manutenção de uma rede transnacional de apoio dedicada à prevenção e repressão a crimes

internacionais, o Gabinete do Procurador, juntamente com a Corte, pode estimular grande respeito pelo Estado Democrático de Direito nas esferas nacional e internacional. Instituições legais fortes estabilizam a sociedade, impõem respeito pelas estruturas governamentais e jurídicas, e acarretam o fortalecimento do Estado, reduzindo a probabilidade de que atrocidades ocorram. Demonstrando que não há setores sociais acima da lei, persecuções penais de crimes internacionais estimulam as instituições democráticas e, assim, aprofundam a cultura democrática.

Podem ser identificadas algumas condições precedentes à violência em massa, tais como o silêncio generalizado, a aquiescência dos espectadores não envolvidos diretamente e a complacência dos países vizinhos que evitam comprometimento. Ao trabalhar com vários corpos internacionais – desde a Organização das Nações Unidas até as Organizações Não-Governamentais e outros Estados-Partes – o Gabinete do Procurador e o Tribunal Penal Internacional, em conjunto, são capazes de tornar estas condições mais difíceis de se configurar. Dirigir a atenção internacional para a situação pode inspirar os países vizinhos a exercer pressão diplomática ou encorajar indivíduos a manifestarem-se acerca de certas violações dos direitos humanos que, de outra forma, seriam ignoradas.

Pela implementação de uma política de complementaridade positiva pelo Gabinete do Procurador, engajando os países e direcionando a atenção internacional tanto dos Estados-Partes quanto das organizações externas para situações e crises específicas, isto pode efetivamente transformar outrora espectadores em guardiães. Estes espectadores podem agir para prevenir atrocidades não porque eles próprios temem por punição, mas porque têm um imperativo moral para agir. A longo prazo, este cenário pode ser concebido se o Tribunal Penal Internacional apoiar e pressionar os Estados-Partes a prosseguir com prevenção e persecução de crimes internacionais graves, auxiliando na criação de instituições mais fortes e no fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Assim, a maior contribuição do Tribunal Penal Internacional pode não estar nas persecuções individuais. O momento mais importante pode não ocorrer quando a Corte inicia a investigação ou impõe o cumprimento de penas. Em vez disso, pode ocorrer posteriormente, quando o trabalho do Tribunal Penal Internacional já delineou a estigmatização das condutas reprováveis, carregou a atenção internacional para a situação crítica, e catalisou o aumento da pressão política para conduzir as negociações.

Isto, por sua vez, poderia estimular o Estado a agir, a procurar assistência de organizações internacionais e a trabalhar mais cerradamente com o Tribunal Penal Internacional, configurando a noção de complementaridade positiva.

7. CONCLUSÃO

A prevenção das atrocidades em massa é, ao mesmo tempo, uma questão altamente debatida e muito enaltecida pelos ditames do Tribunal Penal Internacional. Não somente a prevenção é um fenômeno questionado, também o é a impossibilidade de medição de sua eficiência. Enquanto a existência da Corte e sua atuação servem como exemplo e auxiliam a criar padrões necessários para o desenvolvimento do Direito Penal Internacional, talvez a contribuição mais direta possa ser no sentido de proporcionar o engajamento dos Estados-Partes para fortalecer os sistemas judiciais domésticos.

O artigo 17 do Estatuto de Roma permite ao Tribunal Penal Internacional, e ao Gabinete do Procurador em particular, a flexibilidade necessária para adotar uma política de complementaridade positiva, trabalhando para encorajar e apoiar os países a implementar persecuções penais em ambiente doméstico. Os Estados-Partes podem tomar a frente dos processos penais e delinear os seus contornos considerando as particularidades de cada caso, o que, em longo prazo, poderá levar a um cenário de paz mais duradoura e de um Estado Democrático de Direito mais fortalecido.

Ao trabalhar em parceria com os Estados para fortalecer suas instituições judiciais domésticas, o Tribunal Penal Internacional pode estimular respeito pelo Estado Democrático de Direito e os órgãos governamentais, criando uma sociedade mais estável que, por sua vez, será menos suscetível de recair em um panorama de atrocidades em massa no futuro. Através da cooperação com outras instituições externas e Organizações Não-Governamentais, o Tribunal Penal Internacional poderá ser capaz de proporcionar o apoio necessário aos Estados que procurem por assistência. Ao passo que persecuções penais individuais realizadas pela Corte possuem seu valor pela sua representatividade e exemplo, bem como pelo modelo que inspiram, o impacto duradouro no sentido de prevenção que o Tribunal Penal Internacional proporciona através da complementaridade positiva será mais visível, em sua interação com as jurisdições locais.

Há relação significativa entre o princípio da complementaridade positiva e a prevenção e repressão às graves violações dos Direitos Humanos. Houve graves

violações dos Direitos Humanos ao longo do século XX, mas, em contrapartida, a humanidade desenvolveu mecanismos de prevenção e proteção, sobremaneira após o fim da 2ª Guerra Mundial. O desenvolvimento e difusão do Direito Penal Internacional vieram como uma necessidade de cooperação entre os países com vistas à repressão à criminalidade. O Tribunal Penal Internacional é um órgão eficiente no contexto do Direito Internacional Penal, tanto pelo caráter repressivo quanto preventivo.

O princípio da complementaridade é um dos mais importantes do Estatuto de Roma, pois informa o caráter subsidiário do Tribunal Penal Internacional em homenagem à soberania estatal, bem como delinea as hipóteses de admissibilidade de julgados. A doutrina destaca a complementaridade estritamente legal da complementaridade positiva. O princípio da complementaridade positiva é uma solução para o eficiente estabelecimento de uma política de cooperação internacional em matéria de prevenção e repressão às graves violações dos Direitos Humanos.

A complementaridade positiva engloba a participação de três atores: Estados-Partes, sociedade civil e Tribunal Penal Internacional. A relação entre eles influenciará na eficiência da cooperação internacional em matéria criminal. O caso Uganda é um clássico exemplo de implementação de uma efetiva política de complementaridade positiva.

Desta forma, concluímos que o posicionamento do Gabinete do Procurador do Tribunal Penal Internacional, favoravelmente à implantação de uma política de complementaridade positiva no âmbito dos Estados-Partes, contribui proativamente para a prevenção do cometimento de crimes previstos no Estatuto de Roma, bem como para a repressão às graves violações dos Direitos Humanos.

8. REFERÊNCIAS

AMBOS, K. **A Parte Geral do Direito Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2008.

AMBOS, K. **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: RT, 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan et al. (organizadores). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo, RT, 2000.

CUNHA, G. As Dimensões Política e Humanitária da Criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**, n. 11, p. 15-18, Brasília, CJP, 2000.

DELGADO, I. L. **La Corte Penal Internacional**. Barcelona: Ariel, 2001.

MAZZUOLI, V. O. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: RT, 2010.

MIRANDA, J. A Incorporação ao Direito Interno de Instrumentos Jurídicos de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos. **Revista CEJ**, n. 11, p. 23-26, Brasília, CJP, 2000.

PALMA, N. N. **Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2011.

PIOVESAN, F. Princípio da Complementaridade e Soberania. **Revista CEJ**, n. 11, p. 71-74. Brasília: CJP, 2000.

REZEK, F. Princípio da Complementaridade e Soberania. **Revista CEJ**, n. 11, p. 66-69. Brasília: CJP, 2000.

SABÓIA, G. V. A Criação do Tribunal Penal Internacional. **Revista CEJ**, n. 11, p. 6-13. Brasília: CJP, 2000.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. International Criminal Court. Haia – Holanda. Disponível em <<http://www.icc-cpi.int>> . Acesso em: 28 de março de 2012.



Justiça Militar, escabinato e o acesso à justiça justa

Fernando José Armando Ribeiro

Vice-presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais e Professor da PUC-Minas
Pós-doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA)

RESUMO: A temática do acesso à Justiça está diretamente ligada à construção e efetividade do Estado Democrático de Direito. Todavia, as dimensões estrutural, procedimental e material do acesso à Justiça seriam destituídas de sentido se não concebêssemos a possibilidade de acesso a uma justiça justa. É que a ampliação do sistema formal de acesso à Justiça por si só seria insuficiente e gerador de números falaciosos, se o Judiciário não se estruturar de forma a produzir decisões que se adequem efetivamente às situações de vida e à visão de mundo daqueles a que elas se destinam. A especialização de conhecimentos que do Judiciário se exige não deve ser apenas do conhecimento técnico-jurídico (dito “dogmático”) ou normativo. Mas exige-se também uma aproximação visceral com o mundo existencial do qual emergem os conflitos que será chamado a resolver. A moderna hermenêutica nos ensina que o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. O caso concreto reflete uma nova situação na qual o intérprete tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente com a busca de reconstrução da intenção original do legislador, mas da mais correta apropriação das pré-compreensões envolvidas no contexto de aplicação. Considerando-se o círculo herme-

nêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, pois seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete, em termos gadamerianos, remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições. A prática dos julgamentos na Justiça Militar (Federal e Estadual) tem demonstrado a grande importância das pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna. Deixar que o militar seja julgado por pares não é dar-lhe tratamento privilegiado, mas garantia de ordem, de correção e de justiça. Sobretudo se considerarmos que na estrutura do escabinato brasileiro, do julgamento também tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico.

PALAVRAS-CHAVES: Acesso à Justiça. Adequação. Hermenêutica. Pré-compreensão.

ABSTRACT: The issue of access to justice is straightly connected to the construction and effectiveness of the democratic rule of law. However, structural, material and procedural conditions to the access to justice would be meaningless unless we conceived the access to a fair Justice. The mere expansion of the formal system of access to justice by itself would be insufficient and fallacious if the judiciary is not structured to produce decisions that fit effectively to the situations of life and worldview of the parties. The specialization of knowledge that is required of the judiciary should not be just technical legal knowledge (called “dogmatic”) or normative. But it is also required visceral approach to the existential world in which the conflicts emerge. Modern hermeneutics teaches us that the interpreter of law accesses the normative text already provided with certain possibilities of meaning, of the pre-comprehensions that, far from revealing subjectivism or relativism in the interpretation, stand as conditions of possibility of all understanding. The case reflects a new situation in which the interpreter has to renew the effectiveness of the legal norm. Such effectiveness is not achieved simply by searching for reconstruction of

the legislature original intention , but the most correct appropriation of the pre-comprehensions involved in the application context. Considering the hermeneutic circle, the interpreter of the law does not return from the fusion with the case or with the normative text in the same way that it came before. As their original precomprehensions can consolidate, modify, or even completed changed. Therefore, the hermeneutic circle brings us a better interpreter of the law. And better interpreter according to Gadamer is intrinsically related to the extent descriptions are available and the higher integration between them. The trials in military courts (Federal and State) has demonstrated the importance of the pre-comprehensions brought by military judges stemming from their vast experience in the barracks. Letting the military to be judged by peers is not to give him special treatment but guarantee the order, correction and justice. Especially if we consider that in the structure of Brazilian escabinato of the trial will also take part civilian judges endowed with proven experience and legal knowledge.

KEYWORDS: Access to Justice. Appropriateness. Hermeneutics. Pre-comprehension.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A compatibilidade entre o escabinato e a moderna teoria do Direito – 3. O escabinato e o acesso à justiça justa – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Justiça Militar, como ramo especializado do Poder Judiciário, é ainda uma desconhecida da maior parte dos cidadãos e mesmo dos profissionais do Direito. Assim, faz-se alvo de críticas que, na maioria das vezes, apenas atestam este desconhecimento. A incompreensão começa pelo nome. Ao confundir o adjetivo militar com militarismo, e este com autoritarismo e autocracia, muitos são levados a pensar que a Justiça Militar seja um legado de regimes despóticos que se instalaram no Brasil. Nada mais falso! A Justiça Militar federal, que possui jurisdição sobre as forças armadas nacionais, é na verdade o mais antigo órgão do Poder Judiciário no Brasil, tendo sido criado 4 anos antes do próprio Supremo Tribunal Federal, quando da vinda da família real para o Brasil em 1808. No que diz respeito às Justiças

Militares estaduais, foi com a Constituição (democrática) de 1934 que foi lançado o fundamento normativo para a sua criação.

Merece destaque especial o fato de que, já sob a égide da Constituição de 1988, além de terem sido expressamente inscritas como órgão do Poder Judiciário, tanto a Justiça Militar federal quanto a estadual, houve um notável fortalecimento desta última, com a substancial ampliação de sua competência advinda da EC/45, de 2004. A partir de então, além de processar e julgar os crimes militares previstos no CPM, a Justiça Militar estadual assumiu também competência cível, antes pertencente à Varas da Fazenda Pública e Autarquias da Justiça Comum, passando a julgar ações judiciais contra atos disciplinares militares. Foi profunda a transformação operada na Justiça Militar estadual desde então. Com o crescimento geométrico do número de processos, terminou por ser também alterado o próprio perfil dos Tribunais de Justiça Militar, que deixaram de ser Cortes de feições tipicamente penais, para tornarem-se também tribunais de caráter civil-administrativo. Todavia, como campeia o desconhecimento sobre a Justiça Militar, muitos ainda não se deram conta desta realidade, 8 anos depois e, quando se referem aos números da Justiça Militar estadual, fazem menção apenas a seus feitos criminais.

2. A COMPATIBILIDADE ENTRE O ESCABINATO E A MODERNA TEORIA DO DIREITO

Nos últimos anos, os juristas brasileiros têm podido assistir e tomar parte em ricas e profundas transformações no Direito. Dentre os fatores responsáveis por tal fenômeno hão de ser destacados os novos parâmetros normativos democráticos trazidos pela Constituição republicana de 1988 e a busca por novos vetores da racionalidade jurídica. Após o chamado giro hermenêutico-linguístico-pragmático, os juristas passam a se dar conta da necessária complementaridade entre filosofia e ciência. Se antes, tanto jusnaturalistas quanto positivistas assumiam como pressuposto uma “racionalidade naturalista totalizadora”, em nossos dias, as dimensões dialógica e aplicativa apresentam-se como postulados centrais do pensamento jurídico.

A partir dos estudos de Heidegger (1967; 1997), Hans-Georg Gadamer consubstancia um tratamento paradigmático capaz de radicar em novas bases a questão hermenêutica. Com Gadamer (1997, p. 442), a tarefa hermenêutica não é mais desenvolver um procedimento para a compreensão, mas “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão”. Portanto, tem-se uma nova e definitiva lição: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é investir as categorias a partir das quais ocorre a compreensão.

O pensamento jurídico deve abrir-se então para uma hermenêutica jurídica crítica, compreendendo que o intérprete aplicador é responsável também pela atualização permanente do Direito, visto em toda a sistematicidade e abrangência inerentes a seu modo de ser no mundo. Pela hermenêutica de Gadamer, a questão interpretativa deixa de colocar-se enquanto um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser condição de possibilidade, à medida que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. A partir da obra “Verdade e Método”, a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como este sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende e pelos horizontes de sentido. Assim, as questões levantadas por Gadamer atingem profundamente os marcos teóricos e/ou práticos da Ciência do Direito. Os métodos interpretativos, ainda tão em voga no estudo do Direito, não conseguem filtrar a situação hermenêutica do intérprete. No próprio modo de utilizar-se dos métodos interpretativos já se manifesta aquele que se propõe a deles lançar mão. Ressalte-se, todavia, que a Hermenêutica de Gadamer (1998, p. 489) não pretende negar que o Direito possui uma delimitação de sentido. Ele próprio esclarece que:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto.

Considerando o Giro Hermenêutico operado por Gadamer, pode-se dizer que o intérprete é produto da linguagem, que envolve os pré-conceitos advindos da tradição. A linguagem em Gadamer é pensada a partir de uma reflexão da filosofia analítica, tendo como aporte teórico, mais especificamente, a teoria dos atos de fala de Austin. Apreciando os estudos de Austin, Gadamer afirma que “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”. Só pela linguagem se pode compreender, salientando que não se entende por linguagem apenas a descrição dos objetos. É pela linguagem que se compreende, na medida em que é através dela que se relacionam velhas descrições com outras novas, portanto, é por meio dela que se cria e age (GADAMER, 1998, p. 566).

É isso que permitirá a Gadamer entrelaçar a dialeticidade intrínseca à relação entre pensamento e fala, como conversação, na dialética da pergunta e da resposta pertinente à interpretação de qualquer texto. Neste sentido, chega o autor a dizer que “a lingüisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual” (GADAMER, 1998, p. 567). Não apenas a tradição, mas a própria compreensão tem natureza linguística, portando uma relação fundamental com a lingüisticidade. Como diz Gadamer (1998, p. 647), o próprio mundo “é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade linguística, e, mais ainda, formam linguagem”. A mundanidade linguística do mundo em que desde sempre nos movemos constitui então condição de todas as nossas concepções. Não há um ponto de observação fora da história, assim como não há história sem linguagem. Compreende-se aí o caráter especulativo inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com o todo do ser.

Se a compreensão é lingüisticamente mediada, essa mediação é feita através de pré-compreensões. Nos termos de Gadamer (1998, p. 709), “não existe compreensão que seja livre de toda pré-compreensão, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossas pré-compreensões”. A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos,

é o produto da relação intersubjetiva que o hermeneuta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Deste modo, como assevera Pereira (2001, p. 28) não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito”.

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encaminha a um objeto com um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada, é sempre representado. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo.

Não obstante, Gadamer ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. Como coloca Pereira (2001, p. 28), a consciência do horizonte histórico permite melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto. Pela noção do horizonte histórico chega-se à consciência da múltipla possibilidade de sentidos em que se reconhece “uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época” (PEREIRA, 2001, p. 44).

Neste sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz (2001, p. 232), que, aludindo ao giro linguístico, explica que, como fruto da linguagem social o “magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)”. Como fruto da linguagem o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos, desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes etc. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, dele para com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que são precípuos o contraditório e a ampla defesa.

Tanto o autor quanto o réu, ao se manifestarem no processo em simétrica paridade, participam da interpretação-compreensão-aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento juris-

dicional, as partes, o dito e o contraditado já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões, as quais densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura das normas.

A revelação da atividade interpretativa, enquanto indissociável da pré-compreensão do intérprete, impõe-se à exigência de que o processo de interpretação seja aberto. Neste sentido, torna-se ainda mais imprescindível a necessidade de aqueles que são legitimados participarem do processo para que venham a ser consideradas as suas próprias pré-compreensões, uma vez que sofrerão as consequências da compreensão/aplicação que se fizer da norma.

A lei, o processo e toda formação jurídica e de vida do hermeneuta compõem suas pré-compreensões, às quais se fundem as novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como a análise do caso concreto que surgir, as teses empregadas pelas partes, num círculo hermenêutico onde o saber do Direito não se fecha. Dessa forma, os métodos de interpretação devem ser entendidos como uma orientação aberta, incumbindo a eles salientar os aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas consciente de que eles não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete. Neste sentido, para Gadamer (2003, p. 41), a compreensão do Direito não significa apenas um projetar do intérprete em direção a um significado, mas precipuamente a aquisição pela compreensão de novas e numerosas possibilidades, as relações nele implícitas, as conclusões que dele advém.

Na esteira de Gadamer, o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. Nesse sentido, para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide porque encontrou o fundamento. Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões – e neste momento já se tem a decisão. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que neste momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos

tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado testar e aprimorar o fundamento, e revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Daí advém o possível elo entre a hermenêutica e a teoria da argumentação. É que, se a decisão jurídica deve ser construída argumentativamente, não devem ser apenas as compreensões e pré-compreensões do Juiz que devem conformá-la. Para esses casos a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o direito devidamente interpretado, pode valer-se do duplo grau de jurisdição, que encontra aí um de seus mais sólidos fundamentos.

É relevante explicitar que, numa leitura gadameriana, mesmo após o aprofundamento de sentido, não se pode falar de uma verdade na interpretação como se fosse um conhecimento fixo. Para Gadamer pode-se ter num dado momento uma melhor interpretação, considerando a história efetual da norma, seu contexto, sua construção dialógica e processual. Todavia, esta interpretação não pode ser considerada como definitiva, uma vez que a interpretação acontece de forma circular e espiralada, em que a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir.

Destarte, uma interpretação só pode ser melhor em relação a um dado contexto, e nesse sentido o caso concreto ganha relevo. O caso concreto que reflete uma nova situação na qual o intérprete (o juiz é antes de tudo um intérprete) tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente na tentativa de reconstrução da intenção original do legislador, mesmo porque é ela uma tentativa fadada ao fracasso, considerando que a pré-compreensão daquele que interpreta faz parte do processo interpretativo. Renovar a efetividade da norma significa que, ante um caso concreto, o horizonte do intérprete, com todas as suas pré-compreensões (suas experiências de vida, seu estudo e vivência do Direito), funde-se com o horizonte legado pelas dimensões do próprio caso. E do inter-relacionamento do horizonte próprio do intérprete com o do caso concreto nasce um novo, que, obviamente, como já pontuado, necessita ser aprofundado pelo intérprete sob o risco de expressar equívocos e pré-conceitos inautênticos. Dessa forma, a pretensão reguladora

da norma é apenas o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do suposto sentido original do texto.

Não obstante, considerando o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, porquanto seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Destarte, a cada caso concreto, ou a cada nova leitura do texto jurídico tem-se um novo intérprete, seja mais convicto de sua posição jurídica, seja dela reticente.

Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete em termos gadamerianos remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições. Em termos mais gerais, compreender melhor o Direito é ter consciência efetiva da historicidade de sua aplicação, é ter mais a dizer sobre ele, é ser capaz de abrir-se para conjugar ditames normativos, institutos, experiências e teorias de uma maneira sempre renovada e ao mesmo tempo integrada a uma correta reconstrução da própria tradição.

3. O ESCABINATO E O ACESSO À JUSTIÇA JUSTA

A partir da segunda metade do século XX o tema do acesso à Justiça ganha grande importância nos debates mundiais sobre o Direito, tanto na academia quanto nas instâncias públicas e mais especialmente no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, a Constituição democrática de 1988 veio a trazer toda uma renovação do pensamento jurídico no que tange às possibilidades de acesso à justiça. Tal ampliação, trouxe em seu bojo um profundo desafio aos órgãos vocacionados à aplicação do Direito, trazendo especialmente ao Judiciário uma situação paradoxal de crise e de crescente importância, na qual ele ainda se encontra imerso. De fato, a tradição “judiciária” da história republicana brasileira nunca foi tão incrementada.

Tal fenômeno foi muito bem reconhecido e destacado pelo Min. Sepúlveda Pertence (1995, p. 46) em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, quando assim se manifestou:

Desconheço outro texto constitucional – sejam os que a precederam, no Brasil, sejam os de direito comparado – que haja confiado, mais que a Constituição de 88, na solução judicial dos conflitos individuais e coletivos de toda ordem e aberto formalmente com tanta generosidade as vias de acesso à jurisdição aos cidadãos, às formações sociais intermediárias e ao Ministério Público, como instrumento de toda a sociedade.

Numa de suas configurações mais concretas, acesso à justiça significa acesso aos valores constitucionais, numa extensão que permita a que os jurisdicionados introjetem em suas práticas e vidas as premissas do sistema constitucional democrático. Trata-se pois de uma das dimensões da ideia de *living constitution* (a constituição viva), tão apregoada pela doutrina estadunidense, e que se torna irrealizável, ou mero artifício retórico, sem o pressuposto do acesso à Justiça. Permitir a vivência dos valores constitucionais implica na maior ampliação e efetividade do acesso dos cidadãos à Justiça, a fim de que estes possam levar-lhe seus anseios, suas angústias e, sobretudo, sua particular visão acerca do direito e dos valores por ele protegidos. Não há como chegar à constituição viva sem o efetivo acesso à Justiça. Mas não há sentido em se falar em acesso à Justiça se esta não puder manifestar-se de forma Justa. É que a ampliação do sistema formal de acesso à Justiça por si só seria insuficiente e gerador de números falaciosos se o Judiciário não se estruturar de forma a produzir decisões que se adequem efetivamente às situações de vida e à visão de mundo daquelas a que elas se destinam.

Trata-se do conceito mesmo de adequação, apanágio dos nossos tempos. É que a preocupação com o plano da aplicação leva os juristas de hoje a compreenderem, um pouco como Carlos Drummond de Andrade (1992, p. 102), que “as leis não bastam, os lírios não nascem das leis”. Mas não são apenas os lírios que delas não brotam, não brotam também a justiça nem a efetivação de seus desideratos. Exige-se pois mais, exige-se sobretudo a valorização das instâncias voltadas a interpretação e aplicação do Direito.

Não, todavia, com a ingenuidade dos que pretendem fazer do Judiciário um “alter ego da sociedade”, tampouco dos que pretendem fazer dos juízes justiceiros ou heróis, fonte por excelência do Direito ou parâmetro exclusivo da justiça. Nada disso pode encontrar sustentação nos tempos em que vivemos, onde a razão se assenhoreia das práticas jurídicas, e a intersubjetividade torna-se elemento imprescindível à realização do imperativo democrático. Os postulados do Realismo Jurídico norte-americano e da Escola do Direito Livre não mais devem encontrar ecos na vivência jurídica das sociedades democráticas hodiernas.

É grande a importância atribuída por nossos tempos ao Poder Judiciário. Mas dele espera-se mais e ao mesmo tempo menos do que o pretendido pelas aventadas escolas antiformalistas. Da Justiça espera-se que tenha estrutura e formação técnica e humana suficiente para a realizar justiça! Pois de nada adiantaria ao cidadão que lhe fossem franqueadas as portas abertas das Casas de Justiça, se estas não puderem atender adequadamente aos seus reclamos, não compreender a extensão de seus conflitos, se não puder vislumbrar, com experiência e conhecimento, a vastidão dos elementos que permeiam os seus dramas. O tempo do *da mihi factum dabo tibi jus* resta superado, e hoje a produção do direito exige uma participação conjunta e mais efetiva dos destinatários dos provimentos jurisdicionais em sua produção. Como nos lembra Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 113-114),

[...] o processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles. Chega-se assim, ao processo como espécie de procedimento realizado através do contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes.

É tempo de quebra de antigas dualidades, entre as quais se encontra a separação entre situação de fato e situação de Direito. Não há mais sentido em sustentá-las, pois ambas coexistem e são condição de possibilidade

uma da outra. Logo, a especialização de conhecimentos que do Judiciário se exige não deve ser apenas do conhecimento técnico-jurídico (dito “dogmático”) ou normativo. Mas exige-se também uma aproximação visceral com o mundo existencial do qual emergem os conflitos que será chamado a resolver. Este é o pressuposto de sustentação de antigos e imprescindíveis institutos como o Tribunal do Júri e o Escabinato (ou escabinado), todos representantes de um gênero tão antigo quanto fundamental na história humana: os tribunais populares.

As origens dos tribunais populares são bastante remotas e não encontram consenso entre os historiadores, havendo muitos que as remetam às conformações primitivas do Direito grego, com o instituto das Dikastas. Outros, contudo, atribuem sua origem às *Judice Juratis* do Direito Romano. (SANTOS, 2013)

Pelas fontes históricas que nos chegam, dúvidas não remanesçam sobre as fundações do tribunal popular na Magna Charta inglesa de 1215. De fato, este documento emblemático na história do constitucionalismo, para muitos o primeiro esboço histórico das constituições modernas, parece conter uma notável explicitação dos pressupostos que regem o conceito de tribunal popular e de juiz natural. Dentre seu vasto rol de matérias e disposições, podemos destacar as seguintes cláusulas:

20. Um homem livre não será punido por um delito menor a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (...) e nenhuma das penas citadas será aplicada, a não ser mediante juramento de homens probos da vizinhança.

21. Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido.

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*per legem terre*). (*apud* COMPARATO, 1999, p. 70-71).

Cabe frisar que a expressão *per legem terre*, que aparece tão frequentemente nos preceitos relativos ao Juiz Natural e ao devido processo legal nos prenúncios do constitucionalismo moderno, pode ser vista também como pressupostos estruturantes do conceito de escabinato, uma vez que são conceitos basilares para o instituto dos tribunais populares. É que, na acepção conceitual do preceito do *per legem terre* – radicado na origem e na estrutura do conceito de Constituição na modernidade – situa-se, com grande destaque, a ideia segundo a qual os jurisdicionados devem ter assegurada a garantia de que seus julgadores compartilhem de um mesmo espectro de vivências, ações e sentidos historicamente partilhados, ou seja, de um mesmo “mundo da vida”, se quisermos usar a expressão habermasiana.

São estes sentidos partilhados condição de possibilidade para se obter um julgamento justo, uma vez que, sem os mesmos, faltar-lhes-ia o elemento adequabilidade. Assim, por mais conhecimento técnico-normativo que tivessem os julgadores, a falta de compreensão mais precisa da extensão de sentidos partilhados, constitutiva das vivências às quais aquela normatividade se destina, levaria a que as decisões pudessem resultar em profundas injustiças. Neste sentido, é importante destacarmos que a temática da adequação entre o preceito normativo e as situações fáticas a que ele se destina tem sido uma tônica de nossos tempos, os tempos do pensamento pós-positivista (ou não positivista). Mas sua importância já foi detectada muito antes, nos primórdios do pensamento ocidental na antiguidade clássica e na Idade Média, em que não podemos desconsiderar as importantes contribuições dadas por Aristóteles e por São Tomás de Aquino, ao falarem na *phronesis* e na *prudentia* como virtudes sapienciais imprescindíveis ao julgador.

No Livro VI da “Ética a Nicômaco”, Aristóteles (2007, *passim*) define a *phronesis* como uma capacidade racional de agir e decidir em face de situações que são boas ou más para o homem. Segundo Berti (1998, p. 146), a *phronesis*,

[...] para Aristóteles é uma virtude, ou melhor, a mais elevada virtude da parte calculadora da alma racional, isto é, a razão prática. Ela, com efeito, é por ele concebida como

a capacidade de deliberar bem, ou seja, de calcular os meios necessários para alcançar um fim bom.

Ademais, conforme lembra Salgado (1995, p. 44), justiça expressa pela lei positiva é uma justiça abstrata, já que a lei tem de prevenir casos futuros sem consideração das particularidades que envolvem cada fato, podendo, com isso, sua aplicação mecânica não corresponder à justiça, resultando pois na célebre afirmação de Cícero, segundo a qual, *summum ius, summa iniuria*.

São Tomás de Aquino (2004), por sua vez, reelabora o conceito aristotélico ao escrever sobre a prudência (*prudentia*) na parte II-II, questões 47 a 56 da Suma Teológica. Segundo o escolástico, a prudência diz respeito à reta razão aplicada ao agir, tendo seu âmbito de aplicação nas questões de razão prática. Nas suas palavras, “este é o papel da prudência: aplicar os princípios universais às conclusões particulares do âmbito do agir.

Resta pois evidenciada a imprescindibilidade do senso de equidade no momento de aplicação da lei como requisito para uma decisão justa. Este senso de equidade, na visão dos citados pensadores do mundo antigo e medieval, era fundado em elementos de caráter moral, residindo em uma virtude do próprio julgador. Sabemos que esta é uma diferença marcante para com as teorias contemporâneas que trabalham com o denominado senso de adequabilidade (GÜNTHER e HABERMAS) no momento da aplicação. Ambas têm em comum a valorização do momento de aplicação e a convicção de que a justiça só se torna concreta e efetiva a partir da conjunção dos parâmetros normativos abstratos com as premissas particulares e argumentativas do caso. Todavia, as teorias contemporâneas procuram outro fundamento normativo para tal juízo de adequação, que não seja de natureza moral.

Neste sentido, Günther (2003) afirma que a metáfora do olhar é provavelmente uma das mais citadas na teoria do Direito, e que ela significa que, no momento do discurso de aplicação normativa, é preciso considerar todas as características relevantes da situação para a construção de uma decisão justa. Contudo, Günther aponta que quase todos os critérios para uma decisão justa levam ao contexto do pano de fundo confeccionado pela tra-

dição e pelas ideologias jurídicas que funcionam como um tipo de “pré-compreensão” para a escolha de uma norma em face do caso concreto. Essa pré-compreensão reside na interpretação de normas, justificações e preconceitos que, de alguma maneira, são ordenados de forma coerente. E é a partir daí que realizamos nossa escolha ao procurarmos uma norma relevante para a solução de um caso concreto.

A extensão e importância conceitual do princípio do juiz natural é tamanha que, na visão de ilustres processualistas, “o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este, sem aquele não tem finalidade útil”. (apud SANTOS, 2013) Segundo Nucci (apud SANTOS, 2013),

[...] é certo que o princípio do juiz natural tem por finalidade, em último grau, assegurar a atuação de um juiz imparcial na relação processual. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração de leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos de um magistrado parcial. Essa falta de isenção pode decorrer de fatores variados: corrupção, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes, ligação com objeto do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado, etc.

O acesso à justiça justa para os militares só se torna possível graças a esta construção notável, portadora de algumas das melhores e mais vanguardistas concepções acerca do juiz natural. Deixar que o militar seja julgado por pares não é dar-lhe tratamento privilegiado, mas garantia de ordem, de correção e de justiça. Sobretudo se considerarmos que, na estrutura do escabinato brasileiro, do julgamento também tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico, integrantes dos Tribunais de segunda instância e, em primeiro grau, juízes de direito concursados e integrantes da carreira da magistratura, aos quais hoje se concede, na Justiça Militar estadual, a presidência do colegiado (Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça) e a atribuição de redigir a sentença produzida pelo órgão colegiado.

São portanto muito atuais e dotadas de grande sentido as palavras proferidas pelo Ministro Moreira Alves (1998, p. 3-6) quando diz que:

Sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiossincrasias da carreira das armas, não estando, pois, em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas.

Refletindo ainda sobre a imprescindível contribuição do escabinato para a concretização da justiça, temos a importante lição de Laurentino Filocre (1987, p. 93), que assim se posiciona:

As Justiças Militares [...] têm que ser fator de referência e de equilíbrio comportamental de maneira que iniba a ação criminosa, desestime a violência e controle a força e, igualmente, dê segurança psicológica ao policial militar de que a ação legítima deve ser praticada sem temores; que o julgamento dos seus atos será feito por quem conhece as vicissitudes e riscos da sua profissão; que sua vida e seu futuro merecem apreço e respeito.

A prática dos julgamentos na Justiça Militar (Federal e Estadual) tem demonstrado a grande importância das pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna. É preciso destacar que se aplicam aqui também os argumentos que ao longo dos tempos uma plêiade de juristas notáveis tem sustentado em favor do Tribunal do Júri, com aprimoramentos. É que na Justiça Militar há algumas variáveis que conferem aos julgamentos dos seus órgãos ainda maior coerência e legitimidade. Como se viu, diferentemente do Tribunal do Júri, na Justiça Militar existe participação conjugada tanto de juízes leigos (militares com vasta experiência profissional) como de juízes togados (detentores de conhecimento técnico-jurídico) na decisão final de processos de competência dos Conselhos de Justiça (em se tratando de julgamentos de 1ª instância) e em todas as decisões colegiadas, em se tratando dos Tribunais de Justiça Militar ou do Superior Tribunal Militar. Merece destaque também o fato de que, segundo o CPPM (art. 438, parágrafo 2º), nos julgamentos dos órgãos colegiados de 1ª instância (Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça), a redação final da sentença deve ficar ao encargo do Juiz de Direito (togado) que o preside. Este, no entanto, deve evidentemente reproduzir, ainda que vencido, a decisão majoritária.

O escabinato tem como função precípua, como diz Maria Elizabeth Teixeira Rocha (2011), “permitir aliar a experiência dos comandantes que atingiram o ápice das carreiras, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos magistrados civis.” Dessa forma, a Justiça Castrense garante “uma aplicação justa e humana do direito militar,” na lição do Ministro Carlos Alberto Marques Soares (*apud* ROCHA, 2011).

Percebe-se portanto uma feliz ampliação e enriquecimento das pré-compreensões, tornando as decisões mais justas por propiciarem uma junção da formação e vivência profissional dos magistrados militares com a formação técnico-jurídica dos julgadores togados. De fato, como pondera Patrícia Silva Gadelha (2006),

[...] em decorrência da particularidade das atividades desenvolvidas pelas Forças Armadas, nada mais justo que os militares que pratiquem crimes militares sejam julgados por pessoas que conhecem o dia-a-dia da atividade militar e estejam submetidos a uma legislação especial.

Esta especialidade, todavia, não compromete o princípio da isonomia, uma vez que a definição do crime militar dá-se pelo critério objetivo *ratione legis*, e não *ratione personae* ou *ratione materiae* (crimes cometidos por pessoas pertencentes às forças armadas, ou infrações específicas ou funcionais da profissão militar) os quais foram instituídos pelo Império Romano e pelo Direito Germânico. O critério adotado pelo Brasil desentoloziza qualquer adjetivação militarizante que se atribua aos crimes militares e traduz, em derradeira análise, submissão à potestade civil da soberania estatal, tão bem consubstanciada no Poder Legislativo.

4. CONCLUSÃO

A fundação da modernidade foi marcada pelo compromisso dos homens com determinados valores então convertidos em preceitos jurídicos de força normativa constitucional. Entre eles, destaca-se, com grande evidência, a segurança pública. Segundo filósofos do porte de Hobbes, Locke e Rousseau, sua busca constitui-se na razão de ser da própria criação do

Estado de Direito. Sua presença reflete-se tanto na Declaração de 1789, como na célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que no seu artigo 3º dispõe que: *Todo indivíduo tem o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*. Ao contrário do que alguns pretendem fazer crer, segurança pública é sim direito fundamental de primeira grandeza! No Brasil, esta carece de concretização e efetividade, não de redução do aparato institucional voltado para garanti-la.

A Justiça Militar é a responsável pela manutenção da ordem no interior das instituições militares, instituições estas que possuem a atribuição constitucional de garantia e preservação da ordem democrática brasileira. Como já deixou consignado o Ministro Ayres Britto, em voto lapidar proferido como presidente do Supremo Tribunal Federal, a ordem democrática é “o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da tripartição dos poderes e o modelo das Forças Armadas” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2011).

A preservação da ordem das corporações militares adquire, pois, estatura constitucional, e os princípios da hierarquia e da disciplina veem-se incorporados ao princípio constitucional da ordem democrática. Pois não podem concorrer para a preservação da ordem democrática as instituições militares que não conseguirem preservar a ordem interna às próprias corporações. Recentes e tristes eventos ocorridos em Estados como a Bahia e o Rio de Janeiro, destituídos de Tribunais de Justiça Militar, evocam a reflexão de outro grande presidente do STF, o Ministro Carlos Velloso, para quem, “sem as Justiças Militares, as instituições militares correriam o risco de se tornarem bandos armados”. Ademais, ao pensarmos no quadro de atentados e violações que recentemente vinham ocorrendo em São Paulo e ameaçava espalhar-se pelo País, devemos ter presente a realidade de que ordem e disciplina nas instituições vinculadas à segurança pública tornam-se imperativos fundamentais para evitarmos a formação de milícias e soluções paralelas ao Estado. Afinal, como bem adverte Lênio Streck (2012), “este é o caminho para a barbárie. Um enfrentamento *ad hoc*. Fora das redes oficiais. Aí, sim, veremos a guerra”!

Como vimos neste artigo, o escabinato cumpre um papel central na conformação e estrutura da Justiça Militar brasileira (federal e estadual), sendo responsável por maior densificação e concretude ao princípio do juiz natural. Considerando-se que vivemos em uma era em que a preocupação com o acesso à Justiça já superou parâmetros exclusivamente materiais e instrumentais, alcançando também a qualidade, legitimidade e correção das decisões judiciais, o escabinato torna-se instituição diretamente ligada ao desiderato do acesso à Justiça. Em tempos em que a correção normativa das decisões jurisdicionais revela-se de superlativa importância, e em que o modelo de interpretação e aplicação lógico-silogístico apregoado por escolas positivistas parece superado, o escabinato apresenta uma face de surpreendente atualidade e um lastro conceitual de enorme vigor. É por meio dele que teremos assegurada, no âmbito da Justiça Militar, uma das premissas fundamentais e estruturantes do acesso à Justiça: o de que esta seja uma justiça justa.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. M. **A Justiça Militar da União, pelo seu novo presidente.** Direito Militar. Florianópolis: v. 2, n. 13, set./out. 1998. p. 3-6.

ANDRADE, C. D. **Poesia e prosa.** Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1992.

AQUINO, T. **Suma teológica: a fé, a esperança a caridade, a prudência.** São Paulo: Loyola, 2004. v. 5, II Seção da II parte - Questões 1 - 56.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco.** 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

BERTI, E. **As razões de Aristóteles.** São Paulo: Loyla, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus n. 103.684/DF. Relator: Ayres Britto. Brasília, acórdão de 12 de abr. 2011. **Diário da Justiça,** Brasília, 13 abr. 2011.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: SAFE, 2002.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FILOCRE, L. A. Justiça Militar estadual: proposta para a Constituinte. In: **POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS**. Polícia Militar e Constituição: visão de estadistas, políticos, juristas e profissionais de segurança pública. Belo Horizonte: 1987. p. 83-94.

GADAMER, H. G. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GADAMER, H. G. **O Problema da Consciência Histórica**. 2. ed. Organização de Pierce Fruchon. Tradução Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GADELHA, P. Entendendo a competência e a importância da Justiça Militar da União. **Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 168, 03 mar. 2006. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1102>>. Acesso em: 26 abr. 2013

GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTER, K. **Justificação e aplicação universalistas da norma no direito e na moral**. Tradução de José Emílio Medauar Ommati. [S.l.] 2003. Mimeografado.

GÜNTER, K. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, J. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Boston: The Massachusetts Institute of Technology Press, 1999.

HEIDEGGER, M. **Sobre o humanismo**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

HEIDEGGER, M. **Ser y tiempo**. Tradução de Jorge Eduardo Rivera Cruchaga. Santiago: Editorial Universitária, 1997.

PEREIRA, R. V. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2001.

PERTENCE, J. P. S. **Um poder independente – discurso de posse como presidente do STF**. Brasília: AMB, 1995.

RIBEIRO, F. A. **Conflitos no Estado Constitucional Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROCHA, M. E. G. T. A Justiça Militar da União da Constituição de 1988. **Revista Âmbito Jurídico**. Rio Grande: a. 14, n. 84, jan. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8796>. Acesso em: 27 fev. 2013.

SALGADO, J. C. **A idéia de justiça em Kant**. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

SANTOS, C. R. L. Tribunal do júri e escabinato da justiça militar brasileira: duas faces da mesma moeda. **Jus Navigandi**. Teresina: a. 18, n. 3490, jan. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23491/tribunal-do-juri-e-escabinato>>. Acesso em: 8 abr. 2013.

SOUZA CRUZ, Á. R. **Habermas e o Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.

SOUZA CRUZ, Á. R. Processo Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, J. A. L.; CRUZ, A. R. S. (Coords.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

STRECK, L. As razões pelas quais o Estado não pode se “acadelar”. **Consultor Jurídico**. São Paulo: 13 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/lenio-streck-razoes-pelas-quais-estado-nao-acadelar>>. Acesso em: 13 nov. 2012.



reinamento militar e vitimodogmática

Antonio Carlos Gomes Facuri
Promotor de Justiça Militar

RESUMO: Ultimamente tem sido recorrente na Justiça Militar da União casos de lesões graves e até mortes, tendo como vítimas de supostos maus-tratos alunos de treinamentos militares rigorosos, necessários para a formação das chamadas “tropas de elite”. Como as vítimas são voluntárias nos cursos e, muitas delas, inclusive, entendem como sendo normais eventuais lesões, exsurge o fenômeno identificado como movimento vitimológico, dele fazendo parte a vitimodogmática, traduzida no comportamento da vítima no âmbito do crime.

PALAVRAS-CHAVES: Treinamento Militar. Voluntários. Tropas de Elite. Maus-Tratos. Vítima. Consentimento.

ABSTRACT: Lately it's been recurring in the Military Justice cases of aggravated battery and even death involving students, victims of alleged mistreatment in consequence of rigorous military training required for the formation of the so-called “elite troops”. As victims are usually voluntary for those courses, and many of them actually acknowledge as normal the outcome of potential injuries, the phenomenon identified as “vitimológico” movement shows up, where the “vitimodogmática” takes part reflecting the behavior of the victim in the crime circumstances.

KEYWORDS: Military Training. Voluntary. Elite Troops. Mistreatment. Victim. Consentment.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito – 3. O movimento vitimológico – 4. Criminoso e vítima por tendência – 5. A psicologia transpessoal – 6. Vitimodogmática – 7. *Iter victimae* – 8. Precipitação da vítima/ tipologias – 9. Conclusão – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Entre os povos primitivos, chamava-se vítima ao animal sacrificado para aplacar a ira divina ou oferecido como agradecimento aos benefícios recebidos. O latim empregava a palavra *hostia* no primeiro caso e no último, o termo *victima*. Eis aí a origem etimológica da palavra.

É claro que o presente trabalho não tem a presunção de exaurir todos os temas inerentes à vítima, até porque ela, na verdade, não se circunscreve tão só no sujeito passivo de determinado crime. Nesse sentido, pondera Roberto Lyra¹ que também existem as vítimas das penas, as vítimas da lei e até as vítimas da autoridade. O crime não é só pena, passando irremissivelmente da pessoa da vítima, surgindo tanto vítima direta como indireta do crime.

A família do criminoso pode até sofrer mais do que a própria família do ofendido, em razão da vergonha duradoura e muitas vezes ainda mais profunda do que a dor e a revolta.

Conclui o saudoso mestre com as seguintes palavras²:

A rigor, vítimas somos todos nós. E quando vítimas, direta ou indiretamente, geral ou especialmente, não podemos opinar e, muito menos, decidir em causa própria. Quem põe o caso em si reflete reações pessoais, muitas vezes extremadas artificialmente pela publicidade. A aura de simpatia (ou antipatia?) humana deve ser transformada, não em agonia, mas em convicção e ação.

¹ Roberto Lyra. *Novo Direito Penal*.

² *Ibem*. *Ibidem* p. 175.

Com a finalidade de estudar todas as questões relacionadas à vítima, ganhou corpo, após a II Guerra Mundial, a vitimologia, cujos principais tópicos tentaremos abordar, com as nossas limitações. Adiatamos que o estudo da vitimologia já se fazia importante, não somente para cuidar das vítimas dos crimes, mas também para tratar do seu relacionamento com o delinquente a quando da ocorrência do fenômeno criminal.

2. CONCEITO

No que tange a um conceito de vitimologia, se nos afigura por demais cedo qualquer conclusão definitiva, eis que é controvertida a sua própria natureza, pairando ainda dúvidas se ela pode ser considerada uma seção da criminologia empírica ou uma ciência à parte, abrangendo matéria médica, biológica, psicológica e sociológica.

Alguns, entendendo difícil o enquadramento de todos os temas vitimológicos dentro da criminologia, consideram que o instituto sob enfoque é uma ciência, ainda na fase inaugural, engatinhando, tropeçando, porém, cada vez mais se afirmando, numa escalada parecida com outras ciências, como a Matemática, que se iniciou de forma empírica, decorrendo séculos até a invenção das tábuas de calcular; a Química, que se iniciou com a Alquimia, em que, misturando-se com a superstição, procurava descobrir o elixir da longa vida; a Física, que deu os primeiros passos com rudimentos de mecânica; a Medicina egípcia, que encarava a doença como obra do demônio, e assim por diante.

Com efeito, a criminologia, que se alinhou epistemologicamente como ciência a partir da escola positiva, no começo, não cuidava realmente da vítima com a relevância merecida, porquanto os primeiros estudos criminológicos buscavam analisar e compreender o delinquente, não perquirindo acerca da contribuição da vítima para a ocorrência do crime, além de enfrentar outros temas relacionados ao sujeito passivo do delito.

Portanto, a vítima não ocupou um papel de destaque na evolução do direito penal, sendo olvidada, inclusive, no desenvolvimento do pensamento

criminológico, malgrado a sua inequívoca importância, uma vez que sem vítima logicamente não há crime.

No mesmo sentido são as talentosas palavras de Hassemmer³: “A vítima é um partícipe necessário nas constelações do delito mais clássicas: furto, roubo, estelionato, lesões, homicídio ou injúrias. Quem não encontra um objeto de ataque válido como vítima não poderá ser autor de um delito”.

3. O MOVIMENTO VITIMOLÓGICO

Assim, como corolário lógico da importância do tema, a vítima passou a despertar maior interesse, não só em sede das ciências penais, como no campo de outras ciências, surgindo um fenômeno identificado como movimento vitimológico, ressaltando-se, como bem pondera Ana Schmidt⁴, que o sentido da indigitada expressão não se identifica integralmente com o conteúdo da vitimologia, conquanto tenha sido o surgimento desta a verdadeira mola propulsora daquele movimento.

A doutrina parece não divergir quanto ao início do movimento vitimológico, sendo pacífico o entendimento de que o marco inicial foi o período do pós-guerra.

Com efeito, a vitimologia surgiu do sofrimento dos judeus, nos campos de concentração comandados por Adolf Hitler, na execrável época do nazismo alemão, em que as torturas, as mortes com requintes de crueldade, a degradação humana, enfim, o sofrimento impingido a milhares de seres humanos criaram, na estarecida consciência mundial, um dever indeclinável de solidariedade para com as vítimas inocentes. É dizer, na expressão do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, “atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade”.

Destarte, fora exatamente do martírio sofrido pelos judeus que surgiu a vitimologia, tendo sido o advogado israelita Benjamim Mendelsohn o fundador da doutrina vitimológica, salientando-se que o indigitado advogado

³ Winfried Hassener, *apud* Ana Schimidt de Oliveira. *A Vítima e O Direito Penal*. RT,1999, p. 64.

⁴ Op. Cit. p. 65.

judeu foi o primeiro a elaborar um estudo sistemático da vitimologia, eis que se não pode negar estudos anteriormente divulgados, de notável conteúdo, como os citados pelo Professor Edmundo Oliveira⁵, a saber: Marvin Wolfgang, em trabalho particularmente dirigido ao homicídio provocado pela vítima, anotando que Gabriel Tarde, na obra *A Filosofia Penal*, de 1890, já teria criticado o fato de as legislações se voltarem demasiadamente para a premeditação do crime pelo delinquente, emprestando pouca atenção aos motivos que indicam a significativa inter-relação entre a vítima e o ofensor, assinalando também o ensaio satírico de Thomas Dequincey, publicado em Londres, no ano de 1827, “O Assassinato Considerado como uma das Belas Artes”, onde retrata a postura de certas pessoas que se transformaram em artífices do próprio extermínio, com exposição a altos riscos, dado o modo característico de viver e agir; a conceituação da psicanálise de Dequincey, que destacou a dualidade comportamental como uma das particularidades mais significativas e confluentes nas atitudes de numerosas vítimas; o trabalho de Hans Gross, de 1901, dissertando sobre a credulidade das vítimas de fraude; ainda, na Alemanha, em 1936 e 1938, Ernest Roesner editou dois estudos sobre homicidas relacionados com suas vítimas, baseados em estatísticas de condenados cumprindo penas de prisão; e, ainda, o trabalho do italiano Georges Romanos, lançando um comentário sobre as vítimas de atentado ao pudor.

Vê-se que, portanto, muito antes do denominado movimento vitimológico, diversos trabalhos abordaram de alguma forma a matéria. Contudo, é inegável que o estudo sistemático da vitimologia, como já exposto em linhas retro, surgiu com o advogado Benjamim Mendelsohn, que, como marco histórico, pronunciou na Universidade de Bucareste, em 1947, a conferência⁶ “Um Horizonte Novo na Ciência Biopsicossocial : A Vitimologia”.

A partir da conferência de Mendelsohn, importantes contribuições surgiram acerca do tema, como a dissertação de Karl Menninger, intitulada “O Homem contra si mesmo”, mostrando exames realizados em pessoas que tentaram o suicídio, criando oportunidades para morrer, estimuladas pela dinamização inconsciente de seus graves conflitos internos.

⁵ Edmundo Oliveira. *Vitimologia e Direito Penal. O Crime precipitado pela vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

⁶ LOPEZ-REY, 1978, p. 145-149, *apud* Edmundo Oliveira, p. 7.

Hans Von Henting divulgou, em 1948, a obra “O Criminoso e sua Vítima”, abordando a contribuição da psicologia para o exame da relação ofensor-vítima na eclosão do crime.

4. CRIMINOSO E VÍTIMA POR TENDÊNCIA

O Professor Belga Severin Versele projetou a concepção de “vítima nata”, referindo-se à predestinação de algumas pessoas serem vítimas.

Hans Von Henting, analisando meticulosamente o assunto, escreveu “a vítima latente ou por tendência”, destacando o indivíduo que, embora não nascendo vítima, passa a ter, em virtude de alguma alteração biológica ou encadeamento mesológico, a alteração do ritmo de conduta e a redução do poder de crítica e determinação frente aos fatos e atitudes.

Acentue-se, por oportuno, que alguns autores advertem do perigo de se confundir “vítima nata” ou “criminoso nato” com “vítima latente ou por tendência” ou “criminoso por tendência”. Para tal facção doutrinária, ninguém nasce inexoravelmente fadado a ser vítima ou criminoso, ou seja, pode até nascer com predisposição, em função de alguma anomalia, a ser tanto vítima como delinquent. Porém, isso não significa predestinação ou vocação congênita.

A professora Venezuelana Lola Aniyar de Castro⁷, por exemplo, refuta a teoria da vítima nata, acrescentando que “talvez a única vítima nata possível de se conceber seja Jesus Cristo que, como Messias Espiritual, veio ao mundo para padecer com resignação até morrer assassinado, dando a vida para libertar e salvar a humanidade”.

5. A PSICOLOGIA TRANSPESSOAL

Esquecendo um pouco os aspectos jurídicos da tendência a delinquir, deve ser salientada a proposta da moderna Psicologia Transpessoal, pela qual o ser humano é analisado sob a ótica de sua integração e interdepen-

⁷Lola Aguiar de Castro, *Criminologia de la Libertacion*, Maracaibo, 1969, pp. 63-64, apud Edmundo Oliveira, p. 11.

dência dentro do Universo , tendo como fundamento a Teoria da Física Quântica, de Max Planck, e pela Teoria da Física Relativista, concebida por Albert Einstein.

Partidários do indigitado ramo da psicologia, os psicólogos alemães Thorwald Dethlefsen e Rudiger Dahlke abordam a descrição da personalidade com predisposição típica aos riscos dos acidentes, seja no trânsito, seja na vida doméstica, seja no trabalho, o que implica na interpretação de cada acontecimento a partir de uma perspectiva interior da pessoa envolvida. Eis a análise⁸:

A lei da Ressonância (causa e efeito) faz com que nunca tenhamos contato com algo que nada temos a ver. As correlações funcionais sempre são o meio material necessário a uma manifestação no âmbito físico. A fim de pintar um quadro, precisamos de tela e tintas. No entanto, elas não são a causa primordial do quadro, e sim os meios materiais com cuja ajuda o artista pode concretizar formalmente sua imagem interior. Seria uma rematada tolice pretender eliminar a interpretação do quadro com o argumento de que as tintas, a tela e o pincel são de fato as causas primordiais do mesmo.

Nós é que provocamos os nossos acidentes, da mesma forma como buscamos nossas doenças. Nesses casos, não temos nenhum escrúpulo em considerar um dado assunto como se ele fosse capaz de ser uma causa. No entanto, a responsabilidade de tudo o que acontece em nossa vida é nossa. Não há exceção a esta regra; portanto, convém parar de procurar por ela. Quando alguém sofre, só ele é responsável pelo sofrimento (o que nada tem a ver com a gravidade do mesmo!). Toda pessoa é ao mesmo tempo autor e vítima. Enquanto o ser humano não descobrir que desempenha esse duplo papel, é-lhe impossível tornar-se perfeito. Na medida da intensidade com que se queixa dos supostos autores exteriores podemos ver com facilidade o grau de rancor que alimenta contra si mesmo como autor. Aqui, falta-lhe percepção intuitiva, aquela visão que permite ver que autor e vítima são um só.

⁸ Dethlefsen e Dahlke, apud Edmundo Oliveira, p. 13.

O conhecimento de que os acidentes têm uma motivação inconsciente não é novo. O próprio Sigmund Freud sugeriu tempos atrás, em seu livro *Psicopatologia da Vida Cotidiana*, que acidentes como lapsos linguísticos, esquecimentos, perda de objetos e outros deslizes são de fato o resultado de intenções inconscientes. Desde essa época, a pesquisa psicossomática tem sido capaz de demonstrar – com base em meros dados estatísticos – a existência do tipo de pessoa “com predisposição para acidentes”. Com isso se menciona uma estrutura específica de personalidade que tende a elaborar seus conflitos na forma de acidentes. Já em 1926, o psicólogo alemão Karl Marbe descreveu suas observações no livro *Psicologia Prática dos Acidentes em Geral e dos Acidentes de Trânsito*. Diz ele que uma pessoa que sofreu um acidente tem mais possibilidades de sofrer novos acidentes do que as que nunca foram vítimas deles.

Outrossim, o objeto da vitimologia, antes circunscrito à interação existente entre o autor e a vítima, passou a ganhar contornos variados, como: o estudo do risco de vitimização; classes de vítimas, também denominadas tipologias; atitude da vítima em relação ao ordenamento jurídico, que é a chamada vitimologia processual, a tendência mundial de satisfação à vítima; e, talvez o mais fascinante dos tópicos, que é a vitimodogmática.

6. VITIMODOGMÁTICA

A vitimodogmática é o conjunto das abordagens feitas pelos estudiosos do direito penal, enfocando todos os aspectos do referido ramo do direito em que a vítima é considerada. Segundo Schmidt de Oliveira⁹, a dogmática penal não poderia olvidar do aporte vitimológico, surgindo, assim, nos últimos tempos, a expressão vitimodogmática.

Hoje, o ponto central da discussão vitimodogmática é o estudo do comportamento da vítima no âmbito do crime, com especial destaque na responsabilidade do autor. Winfried Hassemer¹⁰ entende que o instituto em tela enfrenta um questionamento central, assim sintetizado: “É de se perguntar que proteção deve merecer um bem jurídico cuja tutela não in-

⁹ Ana Sofia Schmidt de Oliveira. *A Vítima e O Direito Penal*. RT, 1999, p. 132.

¹⁰ *Ibem*. *Ibidem*, p. 133.

teressa ao único titular desse bem, seja porque ele próprio o coloca em perigo ou porque renuncia à sua proteção”.

Em suma, é de se perquirir acerca da participação da vítima no crime, seja contribuindo com o mesmo ou até precipitando a sua ocorrência.

Conquanto não ser de cunho criminológico e tampouco tenha como pensamento principal a abordagem da vitimologia, não se poderia deixar de citar a magnífica obra *O Caso dos Exploradores de Cavernas*¹¹, concebida por Fuller e que trata de um caso imaginário que lhe foi sugerido por casos reais, assim sintetizado:

Houve um desmoronamento de terra numa caverna onde se encontravam vários exploradores, que ficaram presos. Com o passar do tempo, as provisões de alimento terminaram, razão pela qual o líder do grupo, chamado Whetmore, sugeriu que tirassem a sorte para determinar qual dentre eles deveria ser sacrificado para servir de alimento aos demais exploradores, enquanto não chegava o socorro. Proposta aceita e jogado os dados, o escolhido, por ironia do destino, foi o próprio Whetmore. Após o resgate, foram todos denunciados por homicídio e condenados à morte pela força.

Pelo que se pode depreender, o caso relata, *mutatis mutandis*, a parte da vitimologia que trata da participação da vítima no seu próprio crime (vitimodogmática). Ora, abstraindo-se a hipótese do estado de necessidade, caberia, *in casu*, indagar: Quem deu a ideia da antropofagia? Quem incitou os colegas a jogar a sorte nos dados? Quem era o dono dos dados? Como se vê, a própria vítima criou a situação do crime, participando diretamente do mesmo.

É claro que existem diversos outros exemplos, inclusive mais convincentes, no sentido de que em algumas situações é a própria vítima que integra o fato criminoso como protagonista principal. Há estudos que chegam a ventilar um desejo inconsciente da vítima em ser ofendida.

¹¹ Lon L. Fuller. *O Caso dos Exploradores de Cavernas*. Fabris. Porto Alegre: 1999

Saliente-se que não é o caso de fazer apologia à mitigação da pena a ser aplicada, nos casos de crimes onde a vítima tenha alguma participação que não seja a evidente condição de ofendida, até porque a sistemática penal, é cediço, não admite a compensação de culpa.

Porém, o assunto merece análise mais detida e não o confortável argumento da irrestrita e óbvia vinculação de todos os cidadãos e, em especial, dos Juízes à ordem jurídica oficial, que não prevê (com exceção da atenuante genérica em função de ato injusto da vítima ou da diminuição de pena, em virtude da provocação da mesma) abrandamento de pena, mesmo na hipótese de ter a vítima precipitado ou colaborado de alguma forma com o fato criminoso.

Portanto, talvez seria o caso de se refletir quanto a superficial definição jurídica de crime, sem quaisquer indagações sociológicas, psicológicas ou até antropológicas.

7. *ITER VICTIMAE*

Continuando a abordagem da vitimodogmática, interessante é a análise do *iter victimae*, isto é, o caminho da vitimização. Segundo Edmundo Oliveira¹², designa-se *iter victimae* o caminho, interno e externo, que segue um indivíduo para se converter em vítima.

Para a compreensão clara do *iter victimae* e sua comparação com o *iter criminis*, comporta uma análise prévia do itinerário paralelo percorrido, de um lado, pelos personagens do crime, a fim de que sejam estabelecidos, com clareza, as peculiaridades que dizem respeito ao *iter criminis* e, de outro, as condizentes com o *iter victimae*, visto que indissociáveis para o exame da posição da vítima no processo criminal.

Assim como ocorre no caminho do crime, o *iter victimae* também possui várias fases, a saber:

¹² Op.cit p. 66.

Intuição (intuito): É nesta fase que se planta na cabeça da vítima a ideia de ser prejudicada, hostilizada ou imolada por um ofensor.

Atos preparatórios: Muito parecido com a *conatus remotus* do *iter criminis*, porquanto depois de projetar mentalmente a expectativa de ser vítima, passa o indivíduo à fase da preparação, momento em que desvela a precaução de tomar as medidas preliminares para defender-se ou ajustar o seu comportamento, de modo consensual ou com resignação, às deliberações de dano ou perigo articuladas pelo ofensor.

Início da execução: de indiscutível similitude com a *conatus proximus* do caminho do crime, tendo em vista que é nessa oportunidade que a vítima começa a operar a sua defesa, exercitando-a ou direcionando seu comportamento para cooperar, apoiar ou facilitar a ação almejada pelo ofensor.

Execução (*executio*): Após, ocorre a autêntica execução distinguindo-se pela definitiva resistência da vítima para então evitar, a todo custo, que seja atingida pelo resultado pretendido por seu agressor, ou então se deixar por ele vitimizar.

Consumação (*consummatio*) ou tentativa (crime falho ou *conatus proximus*): Após a execução, finalmente aparece a consumação, com a realização do desiderato pretendido pelo autor. A consumação pode ocorrer com ou sem adesão da vítima. Constatando-se a repulsa da vítima durante a execução, aí pode ser tentativa de crime, quando a prática do fato demonstrar que o autor não alcançou seu propósito em virtude de circunstâncias alheias a sua vontade.

8. PRECIPITAÇÃO DA VÍTIMA/TIPOLOGIAS

Infere-se, pois, que a teoria do crime formalmente considerado, influenciada pela vitimologia, caminha de forma irremissível no sentido de não considerar o criminoso sempre o único vilão, enquanto a vítima é sempre pura e inocente, já que os papéis podem se inverter.

Com efeito, o professor Marvin Welfort, analisando cerca de 588 casos de homicídios ocorridos na Philadelphia, concluiu que 26% dos casos analisados enquadravam-se na categoria de homicídio precipitado pela vítima,

em razão de circunstâncias em que o ofendido foi o primeiro a mostrar ou usar arma letal, iniciado a discussão ou mesmo a própria agressão física.

Dentre as diversas tipologias de vítimas, podemos destacar as seguintes :

- a) vítima provocadora – cria a situação propícia, assumindo a atitude de iniciar o fato ou incitando o autor a cometer a infração
- b) vítima voluntária – permite que se cometa a infração, facilitando, auxiliando ou não oferecendo nenhuma resistência;
- c) vítima inconsciente – determina o acidente devido à ausência de atenção, de cuidado, ou falta de controle de si mesma. Esse tipo de vítima pode agir com culpa negativa ou com culpa positiva. No primeiro caso, ela se omite devido à ausência de precaução ou indiferença em relação ao fato danoso. No segundo, ela pratica um ato ou se posiciona sobre alguma circunstância em relação à qual não deveria se envolver;
- d) vítima subconsciente – ocorre quando a mente fica obscura, no limiar entre a consciência e a inconsciência que, por um esforço de memória, pode levar a pessoa a lembrar acontecimentos ocorridos nos momentos de semiconsciência. O exemplo clássico é o efeito de ingestão de drogas, levando o indivíduo a ficar numa zona limítrofe entre o sono e a vigília.

Noutro giro, das várias espécies de vítimas, até agora catalogadas pela criminologia, a que melhor adequar-se-ia, na hipótese de crime militar de maus-tratos, seria a vítima voluntária, considerando todas as circunstâncias que envolvem os protagonistas.

9. CONCLUSÃO

Ao longo dos tempos, a vítima sempre ficou à margem dos principais estudos criminológicos, embora tratados isolados tenham abordado de alguma forma o assunto. A própria criminologia, no início, buscava compreender tão somente o delinquente, olvidando que sem vítima não há crime.

Porém, a partir do pós-guerra, surge o movimento vitimológico, incentivado sobretudo pelas maldades impostas à raça humana pelo nazismo. Desde então, a vitimologia passou a contribuir sobremaneira não só para o direito penal, mais para outras ciências, como a própria criminologia (aliás, entendemos que a vitimologia faz parte da mesma), a psicologia social, a sociologia, a medicina legal, dentre outras.

A vitimologia sofreu modificações importantes, ao longo do tempo, não se limitando a estabelecer somente métodos preventivos de criminalidade, passando a enfrentar o problema da vítima em potencial, com realização de pesquisas, com o fito de aperfeiçoar a política criminal, além de programas de prevenção, ressocialização do autor do delito e também da vítima e ressarcimento dos danos sofridos por esta última.

O presente trabalho que ora se encerra procurou também dar um enfoque especial à vitimodogmática, que consiste no estudo sistematizado e voltado exclusivamente para a vítima, incluindo a sua contribuição efetiva para o fato criminoso, constituindo-se no estudo mais em evidência, polêmico e, quiçá, atualmente mais fascinante da vitimologia.

Nesse passo, indaga-se se os militares voluntários nos cursos rigorosos das FFAA, necessários para o ingresso em tropas especiais, podem ser considerados como precipitadores ou até colaboradores de eventuais delitos contra eles praticados, na modalidade vítima voluntária, salientando-se que não é o caso de fazer apologia à exclusão ou mitigação da pena a ser aplicada, nos casos de crimes em que a vítima tenha alguma participação que não seja a evidente condição de ofendida, até porque a sistemática penal, é cediça, não admite a compensação de culpa.

10. REFERÊNCIAS

FULLER, L. L. **O caso dos exploradores de cavernas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

LYRA, R. et al. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1995.

OLIVEIRA, A. S. S. **A vítima e o Direito Penal**. Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, E. **Vitimologia e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

REALE JUNIOR, M. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

ROMEIRO, J. A. **Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

rime Continuado.

A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso?

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo
Especialista em Direito Processual Penal pela FIG – Unimesp

RESUMO: O presente artigo aborda a distinção de tratamento ao crime continuado no Código Penal Militar em relação ao Código Penal Comum e conclui que a aplicação de tratamento diferenciado não deve ser deixada de lado ante o princípio da especialidade, pois não fere o princípio constitucional da igualdade.

PALAVRAS-CHAVES: Crime Continuado. Princípio da Especialidade. Princípio da Igualdade. Fatores de Discriminação. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT: This article discusses the distinction of treating crime continued in the Military Penal Code in relation to the Criminal Code and Common concludes that the application of differential treatment should not be left out against the principle of specialty, because it violates the constitutional principle of equality.

KEYWORDS: Crime Continued. Principle of Specialty. Principle of Equality. Factors of Discrimination. Principle of Proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 1.1. Diferenças constitucionais – 1.2. Diferenças legais – 1.3. Outras diferenças entre o CPM de 1969 e CP Comum de 1940 (com reforma de 1984) – 1.4. Do princípio constitucional da isonomia – 2. Desenvolvimento – 2.1. Da norma do concurso de crime e do crime continuado – 2.2. Da análise sob os princípios constitucionais – 3. Conclusão – 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1. Diferenças constitucionais

O tratamento distinto entre o civil e o militar é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, como também o é o tratamento dispar do crime comum em relação ao crime militar¹.

A própria Constituição Federal trata diferentemente o militar e o civil:

- a) em termos de prisão, o civil somente se submete a dois tipos de prisão (flagrante delito e ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente), enquanto o militar se submete a quatro (flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, transgressão disciplinar e crime propriamente militar – art. 5º, inciso LXI, da CF);
- b) contrariamente ao que é permitido ao civil, ao militar são vedadas a sindicalização, a greve e a filiação partidária (art. 142, § 3º, incisos IV e V, da CF);
- c) quanto aos direitos políticos, o militar sofre restrições para concorrer a cargo eletivo e, se eleito, passa à inatividade, ficando impedido de retornar à carreira da caserna (art. 14, § 8º, incisos I e II, da CF)²; (d) ao crime militar em tempo de guerra, é possível a aplicação da pena de morte (art. 5º, inciso XLVII, alínea

¹ ROTH, R. J. Crime Militar *versus* Crime Comum: identificação e conflito aparente de normas. In: **Direito Militar - Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 503-550.

² ROTH, R. J. Elegibilidade do Militar e suas restrições. In: **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, p. 15-21.

“a”, da CF), ao passo que a pena capital não existe para o crime comum.

1.2. Diferenças legais

Os benefícios da Lei 9.099/95 (crimes de menor potencial ofensivo) aplicam-se tão somente aos crimes comuns, sendo vedada sua aplicação aos crimes militares (art. 90-A da Lei 9.099/95, instituído pela Lei 9.839/99). Sobre essa questão, um crime com mesma definição jurídica e mesma pena, previstos no Código Penal Comum (CP) e no Código Penal Militar (CPM), v.g., uma lesão corporal leve (o denominado crime impropriamente militar neste último) tem tratamento distinto, dependendo do enfoque, se crime comum ou crime militar. *Apenas no primeiro se aplica os benefícios da Lei 9.099/95 (composição civil, transação, representação e suspensão condicional do processo)*³.

Quanto à perda do cargo, se há condenação por crime militar à pena igual ou superior a dois anos para a praça das Forças Armadas (FFAA), implica a sua exclusão como pena acessória (art. 102 do CPM), e, para os Oficiais das FFAA e Oficiais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros estaduais, implica a submissão a um processo judicial de indignidade ou incompatibilidade para a perda do posto e da patente (art. 125, § 4º e 142, § 3º, inciso VII, da CF); sendo que, para as praças Militares estaduais, a exclusão não é automática, mas depende de processo judicial para perda da graduação (art. 125, § 4º, da CF e 142, § 3º, inciso VII, da CF). No crime comum, por sua vez, a perda do cargo ocorrerá como efeito da condenação apenas se houver pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou, nos demais casos, quando a pena privativa de liberdade aplicada for igual ou superior a quatro anos (art. 92, I, “a” e “b” do CP Comum).

Veja que para todas as situações acima abordadas, de forma resumida, no ordenamento jurídico brasileiro, não houve declaração de inconstitu-

³ ROTH, R. J. A aplicação dos institutos despenalizadores do Direito Penal Comum no âmbito militar. *Revista Estudos e Informações da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, Nov. 2008, p. 30/41.

cionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que essas distinções entre o servidor civil e militar, ou entre crime comum e crime militar, são situações que o legislador constituinte e o legislador ordinário decidiram explicitamente distinguir, porquanto a razão do *discrímen* é necessária e razoável já que os bens jurídicos tutelados são diversos, assim como as pessoas são constitucionalmente distintas (o militar e o civil), justificando, portanto, o tratamento desigual.

Outras distinções também são reais como podemos verificar em dois exemplos:

- a) a distinção existente para os crimes militares de entorpecente (art. 290 do CPM) cujas penas, sem distinção entre o porte e o tráfico, variam de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, enquanto que, para os crimes comuns da mesma espécie (Lei Federal nº 11.343/2006, arts. 28 e 33/39), para o usuário ou aquele que porta entorpecente para consumo próprio, não há pena privativa de liberdade, e, para o tráfico de entorpecentes, as penas variam de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão;
- b) os crimes militares de estupro (art. 232 do CPM) e de atentado violento ao pudor (art. 233 do CPM) são apenados com sanções que variam, respectivamente, de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão e de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, na modalidade simples; ao passo que o crime comum de estupro, cuja Lei 12.015/09 aglutinou aqueles dois crimes sexuais numa única figura penal, prescreve pena que varia de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, na modalidade simples.

Essas distinções da legislação infraconstitucional penal para situações análogas – entre crime militar e crime comum – em que pese caracterizar um tratamento penal substancialmente diferente, como sabido, são válidas, apesar do paradoxo criado. E a razão dessa distinção ocorre porque a lei também tutela bens jurídicos distintos e penaliza infratores igualmente diversos (criminoso militar e criminoso comum).

1.3. Outras diferenças entre o CPM de 1969 e CP Comum de 1940 (com reforma de 1984)

As diferenças entre os dois diplomas legais penais não param por aí. Enquanto o CPM estabelece um *quantum* para as agravantes e atenuantes genéricas (art. 73), o CP Comum não prevê tal definição; da mesma forma, o primeiro diploma legal possui um *quantum* objetivo mais rigoroso para o livramento condicional, qual seja, de metade da pena para o réu primário obter tal benefício na execução penal (art. 89, I, “a”, do CPM), ao passo que o segundo, exige apenas o cumprimento de um terço da pena (art. 83, I, do CP).

A matéria, como vemos, é complexa e existem muitas hipóteses no ordenamento jurídico de situações análogas que, todavia, recebem tratamento diverso, nos dois Codex (militar e comum). E isso ocorre, também, com o tratamento do crime continuado. E aqui, há de se perguntar: essas diferenças ferem o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia?

1.4. Do princípio constitucional da isonomia

A resposta decorre do próprio princípio constitucional da isonomia, cujo significado extraído do magistério de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MARTIRES COELHO, e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”⁴.

Nesse contexto, a distinção do procedimento no julgamento dos valores e do rigor da Justiça Castrense, em face do regime a que se submete a milícia, cumpre-nos trazer as palavras de JOSÉ RENATO NALINI⁵:

(...) Justifica-se a existência dessa justiça especial em virtude das peculiaridades da milícia subordinada a regras

⁴ MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

⁵ NALINI, J. R. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In: **Tratado de Direito Constitucional**. Coordenado por Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valdir do Nascimento, Saraiva, São Paulo, 2010, Vol. 1, p. 969).

especialíssimas, das quais a hierarquia é o norte e a disciplina, a baliza.

A experiência evidencia que o julgamento dos militares pela sua justiça, longe de refletir terrível corporativismo, prima por rigor e severidade paradoxais. Rigorismo que talvez fosse temperado na justiça comum, onde não imperam os mesmos princípios incidentes sobre a milícia, ou, se existentes, podem ser relativizados pela imprevisibilidade no funcionamento de convívio sem hierarquia e disciplina mais do que discutível. (g. n.).

Diante disso, é seguro dizer que o militar não é igual ao civil, daí porque o ordenamento jurídico impõe deveres e proibições para o militar, os quais, naturalmente, não incidem para o civil. Para o primeiro, profissional que exerce função essencial do Estado, as exigências e a disciplina legal são diferenciadas, exigindo-se até mesmo o tributo de sangue, sob o qual o militar jura defender a Pátria com o sacrifício da própria vida⁶.

Bem por isso, a exceção da pena de morte apenas para os crimes militares em tempo de guerra⁷, também acaba sendo justificada diante do disrímen relevante em jogo, para tutelar uma situação excepcionalíssima, os crimes em tempo de guerra, que envolve exclusivamente a Justiça Castrense, a qual é a única a acompanhar o efetivo militar junto ao campo de batalha e no teatro de operações, como ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial⁸.

⁶ BIERRENBACH, F. F. C. A Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito. In: **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 361: (...) *Entretanto, para os integrantes das Forças Armadas, para os marinheiros, soldados e aviadores, que prestam juramento solene perante a Bandeira, e que, em determinados momentos e diante de condições extremas, são obrigados a matar ou morrer, há outro valor mais alto que a vida. Em nome desse valor, muitas vezes, impõe-se o sacrifício da vida. Esse valor é a Pátria, cuja soberania compete aos militares defender, como está na Constituição. E essa circunstância é absolutamente única, singular, especial, incontornável. (...)*

⁷ MEYER-PFLUG, S. R. SILVEIRA, V. O. A Pena de Morte no Brasil, a Legislação Militar e a Justiça Militar. In: **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 335/356.

⁸ *Apud* FIGUEIREDO, R. V. O Escabinato na Justiça Militar e o Julgamento na Primeira Instância. In: **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier,

Na mesma ordem de ideias, é por isso que o crime militar faz parte de uma categoria penal de competência da Justiça Castrense, que é uma Justiça Especializada, a qual aplica, por conseguinte, uma legislação especial, o Código Penal Militar (CPM) e o Código Processual Penal Militar (CPPM), diferentes, como se sabe, em relação aos correlatos diplomas penais da legislação comum.

2. DESENVOLVIMENTO

Assim, após situar o leitor no singular contexto dos crimes militares, cujos jurisdicionados respondem perante a Justiça Militar, enfrentaremos o tema a que nos propomos: Crime continuado - A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso?

É de se constatar que, apesar das distinções constitucionais e legais, há uma tendência dos operadores de Direito, em matéria criminal, de igualar o tratamento penal dado ao infrator comum ao infrator militar, seja por política criminal, seja por apelo à violação do princípio da proporcionalidade.

As distinções de tratamento de ordem constitucional são insuperáveis pela sua própria natureza e tornam-se fortalecidas ante a inexistência de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, portanto, firmando o já dito: o criminoso militar é diferente do criminoso comum.

Para solução das distinções de tratamento infraconstitucional penal e processual penal, temos visto uma tendência dos operadores do Direito de invocar a aplicação de tratamento menos rigoroso para o infrator militar, à semelhança do que é aplicado ao infrator comum pelo CP, e, nessa esteira, socorrem-se da política criminal e do uso inadequado da analogia *in bonam partem*. Quanto à política criminal, aqueles que procuram mitigar as distinções entre crime comum e militar valem-se do argumento da desproporcionalidade entre os tratamentos diversos para a mesma hipótese legal, *in casu*, o cálculo da pena no crime continuado. Quanto ao uso da

2011, p. 857.

analogia *in bonam partem*, entendem que o legislador não andou bem, daí invocarem a substituição da uma lei especial (CPM) pela outra comum (CP).

Data venia, tal raciocínio, além de *contra legem*, subverte o ordenamento jurídico castrense, porquanto despreza os pilares da hierarquia e da disciplina que sustentam as instituições militares, bem como se afasta do princípio da especialidade. Ademais, incabível é a aplicação da analogia *in bonam partem*, no tema em comento, visto que, se a lei (CPM) que se quer substituir esgota o assunto, não há lacuna a ser suprida pelo CP, exigência esta para a aplicação do instituto da analogia.

2.1. Da norma do concurso de crime e do crime continuado

O CPM tem substancial e maior rigor no tratamento penal ao crime continuado militar em comparação ao crime continuado comum do CP, pois, diferentemente deste, aquele cuida do concurso de crimes e do crime continuado sob a disciplina da soma de penas (art. 79 e 80 do CPM, respectivamente).

Desta feita, para o concurso de crimes (material e formal) e para o crime continuado, o CPM adota a mesma regra da soma das penas dos crimes praticados, na forma estabelecida no artigo 79 (concurso formal e material) e, em combinação com o art. 80 (crime continuado), facultando-se ao Juiz, no concurso formal e crime continuado, a aplicação da redução da pena de um sexto a um quarto (§ 1º do art. 81). Vigora, pois, o cúmulo material para a responsabilização do crime militar para as três hipóteses mencionadas (concurso formal, material e crime continuado).

Em contraposição, o CP Comum dispõe de tratamento diverso para as hipóteses do concurso formal e do crime continuado, dispondo que o Juiz, no concurso formal, aplica a pena mais grave, aumentada de um sexto até

metade (art. 70)⁹, enquanto que no crime continuado deve o Juiz aplicar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (art. 71)¹⁰. Vigora, pois, o sistema de exasperação da pena. Para o concurso material, o CP prevê o mesmo tratamento do CPM (soma de penas).

Para bem estampar a diferença de tratamento no crime continuado, tomemos o seguinte e simples exemplo: o réu praticou 06 (seis) crimes de peculato simples, cuja pena prevista varia de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão (art. 303 do CPM). Diante da condenação por estes seis crimes militares, o Juiz, fixando a pena mínima de 3 anos para cada um dos crimes e adotando o cúmulo material (soma das penas), encontraria uma pena de 18 (dezoito) anos de reclusão. Aplicando no caso concreto o maior índice de redução da pena (art. 81, § 1º), ou seja, um quarto, encontraria a pena finalizada de 13 (treze anos) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

No mesmo exemplo citado (seis crimes de peculato), só que se tratando de crimes comuns, cuja pena varia de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa, o Juiz, sendo um pouco mais rigoroso do que o seu colega da Justiça Militar e igualando a pena mínima à pena aplicada ao mesmo crime militar, fixaria a pena-base em um ano acima do mínimo legal, ou seja, 3 (três) anos de reclusão. Após, aplicando a regra do crime continuado no seu maior percentual (dois terços), pelo sistema exasperação, obteria, assim, a pena finalizada de 5 (cinco) anos de reclusão e mais a multa de R\$ 10.950,00 (dez mil e novecentos e cinquenta reais)¹¹.

⁹ Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

¹⁰ Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

¹¹ Para o cálculo da multa tomou-se por base o salário mínimo de R\$ 500,00 e multiplicou-se pelo máximo permitido de 360 dias-multa (art. 49 do CP Comum), obtendo-se

Então, constata-se, no exemplo acima, que, mesmo sendo mais rigoroso que o Juiz da Justiça Militar no cômputo da pena, o Juiz de Direito da Justiça Comum (ao exasperar a pena mínima) encontraria ainda uma diferença de 8 (oitos) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, a menos, na pena privativa de liberdade em relação à pena aplicada, no mesmo caso, perante a Justiça Militar. De se ver, portanto, que inequivocamente há maior rigor penal no sistema de aplicação de pena no CPM em relação ao CP Comum, ressalvada a pena-multa, inexistente no CPM.

Essa questão traz no dia a dia forense a seguinte controvérsia: o juiz deve aplicar ao crime militar continuado a sua genuína regra de penalização, ou, pelo contrário, deve ser aplicada a regra de penalização comum, que é mais branda?

2.2. Da análise sob os princípios constitucionais

A resposta à indagação acima nos remete inicialmente à reflexão: se a norma do art. 80 do CPM (crime continuado) é inconstitucional. Há decisões do gênero e também defensores doutrinários desse posicionamento, de que expressamente discordamos¹².

Em primeiro lugar, há de se sustentar que foi a própria Constituição Federal que facultou ao legislador infraconstitucional definir o crime militar (art. 124) e, por consequência, as penas correspondentes. Logo, se num mesmo crime, como o do peculato utilizado no exemplo citado, a pena mínima é diversa no CPM e no CP Comum, ou seja, o do crime militar é de 3 (três) anos de reclusão e o do crime comum é de 2 (dois) anos de reclusão, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade, até porque, como se disse na introdução deste trabalho, tratam-se de crimes de categorias distintas, isto é, um crime militar impróprio e outro crime comum, cada qual definido no Código Penal correspondente.

a pena pecuniária de R\$ 10.950,00.

¹² BARROSO FILHO, J. Crime continuado no Código Penal Militar. **Jus Navigandi**, capturado na internet em 25.2.13 no endereço eletrônico: <<http://jus.com.br/revista/texto/16380/crime-continuado-no-codigo-penal-militar/3>> .

Em segundo lugar, na regra do crime continuado do CPM não há nenhum vício constitucional pelos mesmos motivos.

Em terceiro, porque o princípio da igualdade é autônomo e não se subordina ao princípio da proporcionalidade, valendo a lição de SUZANA DE TOLEDO BARROS¹³, “há uma estreita relação entre a proporcionalidade e a igualdade, mas é fundamental distinguir-se o plano de atuação de cada princípio, sob pena de correr o risco de confundi-los”.

De se acrescentar que, tanto na divergência de penas mínimas entre o peculato comum e o peculato militar, como na divergência da regra do cúmulo material (soma de penas) para o crime continuado militar em contraposição ao sistema de exasperação adotada para o crime continuado comum, o legislador infraconstitucional assim disciplinou em virtude tutelar bens jurídicos diversos e de réus distintos, um, autor de crime militar, e outro, autor de crime comum.

Todos esses discrímens estão a justificar o tratamento distinto do CPM em relação ao CP Comum, sem que isso configure qualquer desrespeito à Lei Maior. A propósito, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁴:

(...) As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na Constituição.

Ademais de se trazer à colação, novamente, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁵ sobre a aplicação do princípio da igualdade,

¹³ BARROS, S. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 3. ed., 2003, p. 188.

¹⁴ MELLO, C. A. B. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2011, p. 17.

¹⁵ Op. cit. p.21.

apontando os pressupostos para que um tratamento discriminatório seja oportuno juridicamente:

(...) o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra do princípio da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Assim, a distinção de tratamento entre o crime comum e o crime militar não fere o princípio da igualdade. Para coroar essa abordagem, decidiu o Supremo Tribunal Federal sobre o tema, *in verbis*:

STF: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 e 53 do CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO-LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENNA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE.

Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um 'hibridismo' incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões

de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como crimes militares. Precedentes. Ordem denegada. (Primeira Turma - Habeas Corpus 86854/SP – Rel. Ministro Carlos Britto, j. 14.03.06, DJ 02.03.07, p. 00038) (g.n.)

De igual modo, a 2ª Turma do STF já decidiu:

STF: PRINCÍPIO ISONÔMICO - CÓDIGO PENAL E CÓDIGO PENAL MILITAR - O tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos. A disparidade na disciplina do crime continuado não vulnera o princípio da igualdade. (...) (STF – 2ª Turma - RE 115770/RJ – Rel. Min. Aldir Passarinho – J. 29/10/1991). (g.n.).

O posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também não destoia do Supremo Tribunal Federal:

STJ: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONCUSSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO SOBRE PARTE DA MATÉRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DA REGRA ESPECIAL PREVISTA NO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO-VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESSA, DENEGADA.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, originariamente, habeas corpus contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição.
2. Não tendo sido apreciada pelo tribunal a quo a matéria ventilada neste writ, constituiria supressão de instância a manifestação de mérito por este Tribunal Superior.
3. O Código Penal Militar é estatuto especial em relação ao Código Penal, cujos tipos penais sujeitam-se às regras nele previstas, segundo o princípio da especialidade.
4. Inexiste ofensa ao princípio da isonomia nesta hipótese, pois o tratamento diferenciado conferido a organismos diversos, o corpo civil e o militar, possui justificativa constitucionalmente aceitável, imposto pelas circunstâncias

peculiares relativas aos agentes e fins jurídicos colimados. 5. Ordem conhecida em parte e nessa denegada.” (STJ – Habeas Corpus – 40.392/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – J. 02.06.2005).

A equivocada sustentação de substituição da norma do concurso de crimes e do crime continuado do CPM, que prevê a soma de penas (cúmulo material), pela norma do CP Comum (sistema de exasperação), é tecnicamente impossível de ser utilizada, face ao princípio da especialidade, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

STJ: PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ART. 225, § 2º, ART. 225, CAPUT, ART. 233 E ART. 209, CAPUT, NA FORMA DO ART. 79 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONCURSO DE CRIMES. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 70 DO CP AOS DELITOS PREVISTOS NO CPM. IMPOSSIBILIDADE.

I - Em atenção ao princípio da especialidade, não se aplica o art. 70 do Código Penal nos casos de concurso de crimes militares, devendo ser aplicada a regra prevista no art. 79 do Código Penal Militar.

II - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC). Ordem denegada.” (STJ – 5ª T. - HC 48546 / SP Rel. Min. FELIX FISCHER J. 06/12/2005 DJ 13/03/2006, p. 351) (g.n.).

Da mesma forma, não há qualquer vício de constitucionalidade na divergência de tratamento constante do CPM quanto aos requisitos para obtenção do livramento condicional da pena, nem do período de prova da suspensão condicional da pena (*sursis*), em relação ao CP Comum, não havendo que se falar em substituição daquele por este, sob pena de existir a vedada mescla de leis em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, cremos que o *discrímen* para diferenciação de tratamento aos réus do CPM em relação aos réus do CP Comum, tem fundamento lógico em função da desigualdade conjuntural entre o crime comum e o crime militar, de forma que essa divergência de tratamento é legítima e não desrespeita o princípio da igualdade, como se denota da lição de ALBERTO SILVA FRANCO:

(...) ocorre desrespeito ao princípio da igualdade quando situações fáticas iguais são arbitrariamente cuidadas pelo legislador, como desiguais ou situações fáticas desiguais recebem, de modo arbitrário, tratamento igual. Assim, 'quando não houver motivo racional evidente, resultante da natureza das coisas, para desigual regulação de situações de facto iguais ou igual regulação de facto desiguais, pode considerar-se uma lei, que estabelece essa regulação, como arbitrária' (José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição Dirigente...cit., p. 382) e, portanto, como violadora do princípio constitucional da igualdade¹⁶.

Se não vislumbrássemos o fundamento lógico discriminatório do crime comum em relação ao crime militar, teríamos que admitir a mesma solução para os crimes de pequeno potencial ofensivo, para a aplicação da multa e para a aplicação das penas substitutivas para este (crime militar), todavia, como se sabe, esses institutos são previstos exclusivamente para os crimes comuns e não contemplam os crimes militares.

A contrario sensu, sem dúvida que as disparidades legais no tratamento diferenciado entre o crime comum e o crime militar não vedam que a aplicação *in concreto* da pena seja até exacerbada no crime militar para se igualar ao mínimo abstrato do crime comum, como ocorre no caso do tráfico de entorpecente, como medida de desestímulo à prática de crime militar que seja mais vantajoso do que o seu correspondente crime comum. Nesse sentido, tomando por base o crime de entorpecentes, que no CPM é punido na forma do art. 290 (reclusão de um a cinco anos), e no crime comum é punido na forma da Lei 11.343/06 (o usuário e o dependente não sofrem pena privativa de liberdade, e o traficante poderá sofrer uma pena de cinco a quinze anos de reclusão), são bem oportunas as palavras de ADALBERTO DENSER DE SÁ JÚNIOR¹⁷:

(...) De fato, se, por exemplo, um policial militar tiver em sua casa, para fins de entrega ao consumo de terceiros, cin-

¹⁶ FRANCO, A. S. **Código Penal e sua interpretação. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: RT, 2007, 8. ed., p. 41.

¹⁷ DE SÁ JUNIOR, A. D. **O crime militar de entorpecente (art. 290 do CPM), crime organizado e endurecimento da sanção**. In *Coletânea de Estudos de Direito Militar – Doutrina e Jurisprudência – do TJM/SP*, Coordenada por Ronaldo João Roth, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012, pp. 119/123.

quenta pedras de crack, ele será processado na Justiça Comum por incidir no art. 33 da Lei de Tóxicos. A pena será de cinco a quinze anos de reclusão. Agora, se este mesmo policial militar levar as cinquenta pedras de crack para o quartel e escondê-las em seu armário funcional, a competência para processá-lo será da Justiça Castrense e, pelo disposto no Código Penal Militar, ele estará sujeito a uma pena de, no máximo, cinco anos de reclusão. (...)

Assim, enquanto se mantiver o texto normativo atual, a alternativa é os aplicadores do Direito, notadamente os Juizes Togados e os Juizes Militares (Oficiais das Policias Militares), ao estipularem o *quantum* de pena a ser aplicado aos réus em processos envolvendo tóxicos, fixarem a reprimenda no grau máximo, cinco anos, ou próximo desta medida. (...)

No meu entender é preciso afastar a chamada 'ditadura da pena mínima' por meio da qual já se pressupõe que todo o réu primário e de bons antecedentes tem o direito público subjetivo a ser condenado no mínimo legal. (...)

Os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Junior, na obra Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas, 2ª edição, pág. 191, afirmam que 'O que se está a indicar é que, dentro dos marcos na normativa penal – a contar da sua textualidade, por primeiro –, pode o juiz encontrar suportes elásticos para atender a necessidades de política criminal. Por exemplo, dentro da moldura punitiva *in abstracto*, preferir as penas mais brandas em situações de relativa normalidade social, ao passo que as deva eleger mais vultosas em quadros de efração intensificada da segurança pública. Isto pode até mesmo ocorrer – e não raro acontece – de modo segmentário, por classes de delitos (g.n.).

Assim, afastada a inconstitucionalidade sobre a validade da regra da soma de pena no concurso de crimes e no crime continuado no CPM, é de se defender esse tratamento específico do delito castrense, pois a prática do crime militar atinge com maior amplitude a sociedade, as instituições militares e os seus integrantes, daí se justificando o tratamento mais rigoroso ao delinquente fardado. A propósito, de se trazer à colação que a timidez na aplicação da pena é tão maléfica quanto o desmando, conforme o ensinamento de ROBERTO PORTO e de JOSÉ REINALDO GUIMARÃES

CARNEIRO¹⁸, valendo-se da lição de Foucault:

(...) a utilidade da pena reside na prevenção. Ela não deve ser calculada em função de delito, mas de sua possível reincidência. Não deve retribuir a ofensa passada, mas a evitar a desordem futura. É preciso punir exatamente o suficiente para impedir. Assim já se posicionava Beccaria, para quem, se uma pena igual for destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, não haverá obstáculos a impedir a prática de um delito mais grave. (...) A arte de punir reside justamente no segredo de tornar desvantajosa a idéia de prática do delito. A timidez na aplicação do castigo é tão maléfica quanto o desmando, e jamais se confunde com o que chamamos de economia calculada no poder de punir (...) (g.n.).

3. CONCLUSÃO

O nosso ordenamento jurídico faz distinções de tratamento entre o crime militar e o crime comum, seja quanto à quantidade de pena, seja com relação ao sistema de aplicação de pena, de forma que o fato de existir maior rigor no tratamento legal não fere o princípio da igualdade, como demonstrado.

As distinções de tratamento entre o civil e o militar são evidentes e variadas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, inclusive em relação aos servidores públicos decorrentes do regime jurídico distinto para essas categorias públicas profissionais, ressaltando-se que os deveres e proibições previstos para os militares não alcançam os servidores civis, como, por exemplo, a obrigação de enfrentar o perigo com o sacrifício da própria vida, se necessário.

Assim, no caso da apenação do crime continuado militar, devidamente disciplinado pelo CPM, não comporta analogia com o tratamento distinto dado ao crime comum, visto que, além de *contra legem*, subverte o ordenamento jurídico castrense, porquanto despreza os pilares da hierarquia e disciplina que sustentam as instituições militares, bem como se afasta

¹⁸ PORTO, R. CARNEIRO, J. R. G. Corrupção – impunidade *versus* cárcere. *Jornal O Estado de São Paulo*, A2, 27.07.05.

do princípio da especialidade. Ademais, como demonstrado, a aplicação da analogia não encontra espaço diante da completa disciplina do crime continuado no CPM que esgota a matéria, não havendo, portanto, que se falar em preenchimento de lacuna.

Não há razão assim para se deixar de aplicar a regra específica do crime continuado nos crimes militares (art. 80 do CPM), sob pena de gerar um 'hibridismo' incompatível com o princípio da especialidade das leis (STF, HC nº 86854/SP – Rel. Ministro Carlos Britto).

Tentar igualar *contra legem* o tratamento do crime militar ao crime comum não se coaduna com o papel que o constituinte incumbiu à Justiça Castrense, voltada a zelar para as questões jurisdicionais militares, de forma que as normas do CPM devem ser observadas desde que em conformidade com a Constituição Federal.

Não fosse assim, as diferenças existentes no ordenamento jurídico para os crimes comum e militar também deveriam ser ajustadas para um tratamento igualitário entre todos aqueles crimes, por exemplo, as normas dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) que não incidem aos crimes militares por ausência de determinação legislativa, teriam de incidir, bem como o rigor no tratamento do tráfico de entorpecente e do crime de estupro deveria incidir nos crimes militares. Por outro lado, a Lei 9.099/95 deveria ser aplicada, de igual maneira, aos crimes militares, mas não o é por expressa proibição (art. 90-A).

Logo, a repressão ao delito militar impõe a aplicação das normas específicas do CPM, ainda que mais rigorosas, sob pena de desvirtuar a sua finalidade, vez que a opção legislativa de tratamento diferenciado em relação aos crimes comuns tem sua raiz no *discrímen* do regime jurídico e dos bens jurídicos tutelados, em harmonia com os cânones constitucionais, de forma que os valores essenciais às Instituições Militares, da hierarquia e da disciplina militares, que acabam sendo atingidos nos crimes militares, não podem ser igualados aos valores tutelados nos crimes comuns. Essa divergência de tratamento é constitucional!

Como se demonstrou, o cumprimento do sistema do cúmulo material para aplicação das penas no CPM, tanto no concurso de crime como no crime continuado, encontra opositores que ora se apegam aos critérios de política criminal sob o argumento da violação ao princípio da proporcionalidade, ora se apegam no equivocado uso da analogia. Todavia, aqui se procurou demonstrar que aqueles procedimentos são inadequados.

Logo, se não podemos igualar o crime militar ao crime comum, melhor se respeitar a lei com as diferenças lógicas e justificadas que não ferem o princípio da igualdade. Caso contrário, teríamos que admitir que as diferenças estabelecidas pelo legislador para aqueles diferentes crimes deveriam ser igualadas não somente em relação ao tratamento do crime continuado, mas aos vários outros distintos institutos, aqui resumidamente apontados, seja favorecendo o criminoso militar, seja favorecendo o criminoso comum.

Assim, discordando da tendência de amálgama parcial de leis para tratamento entre crimes comum e militar, melhor ficarmos com a lei como ela é, em especial quanto ao tema do crime continuado, prestigiando a norma do CPM (art. 80) diante do princípio da especialidade, pois existe razão para o tratamento distinto e nada há de inconstitucional. *Dura Lex, Sed Lex!*

4. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *In: Questões controvertidas do Direito Penal Militar - Direito Militar, Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROS, S. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 3. ed., 2003.

BARROSO FILHO, J. Crime continuado no Código Penal Militar. **Jus Navegandi**, capturado em 25.2.13 na internet no endereço eletrônico:

<http://jus.com.br/revista/texto/16380/crime-continuado-no-codigo-penal-militar/3>.

BIERRENBACH, F. F. C. A Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito. *In: Direito Militar – Doutrina e Aplicações*. Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CARNEIRO, J. R. G. PORTO, R. Corrupção – impunidade *versus* cárcere. *Jornal O Estado de São Paulo*, de 27.07.05.

MELLO, C. A. B. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2011.

DE SÁ JUNIOR, A. D. O crime militar de entorpecente (art. 290 do CPM), crime organizado e endurecimento da sanção. *In: Coletânea de Estudos de Direito Militar – Doutrina e Jurisprudência* – do TJM/SP. Coordenada por Ronaldo João Roth, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

FIGUEIREDO, R. V. O Escabinato na Justiça Militar e o Julgamento na Primeira Instância. *In: Direito Militar – Doutrina e Aplicações*. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FRANCO, A. S. **Código Penal e sua interpretação. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: RT, 8. ed., 2007.

MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, S. R. SILVEIRA, V. O. A Pena de Morte no Brasil, a Legislação Militar e a Justiça Militar. *In: Direito Militar – Doutrina e Aplicações*. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NALINI, J. R. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. *In: Tratado de Direito Constitucional*. Coordenado por Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valdir do Nascimento, São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010.

ROTH, R. J. Elegibilidade do Militar e suas restrições. *In: Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

ROTH, R. J. A aplicação dos institutos despenalizadores do Direito Penal Comum no âmbito militar. *In: Revista Estudos e Informações*, da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, Nov 2008.

ROTH, R. J. Crime Militar *versus* Crime Comum: identificação e conflito aparente de normas. *In: Direito Militar - Doutrina e Aplicações*. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Justiça, retribuição e perdão.

O caso da anistia

Claudio Martins
Promotor de Justiça Militar

RESUMO: A Lei de Anistia aprovada em 1979 pelo congresso nacional está no centro do debate político. É possível identificar duas opiniões diferentes acerca da persecução penal dos agentes da ditadura que praticaram crimes durante a repressão aos inimigos e adversários políticos. De um lado, há aqueles que defendem a possibilidade de abertura de processo criminal. De outro, há aqueles que acreditam que a anistia tornou impossível a formulação de acusação dos que torturaram e assassinaram adversários da ditadura. A solução possível para a questão política, filosófica e jurídica é a busca da verdade sobre os fatos ocorridos no período.

PALAVRAS-CHAVES: Anistia. Perdão. Retribuição. Verdade. Justiça.

ABSTRACT: The amnesty statute approved in 1979 by brazilian congress is still in the center of the political debate. It is possible to identify two different opinions concerning the prosecution of the agents who had committed criminal offenses during the crackdown on political opponents and enemies of the military regime. On one hand, there are who advocate the possibility of opening criminal cases. On the other, there are who believe the amnesty made it impossible to accuse those that tortured and murdered opponents of the dictatorship. The possible solution to the

political, philosophical and legal matter is the search for truth about the events in the period.

KEYWORDS: Amnesty. Forgiveness. Retribution. Truth. Justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A judicialização da anistia – 2.1. A síntese do pedido inicial – 2.2. A síntese do voto do relator – 2.3. A tese vencida – 3. A decisão da CIDH – 4. Perdão e anistia – 4.1. Discussão judicial – 4.2. Discussão filosófica – 4.3. As sentinelas do muro de Berlim – 5. Direitos humanos, prescrição e anistia – 6. A verdade – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O debate contemporâneo acerca da anistia, trinta e quatro anos após a promulgação da Lei n. 6.683/79, tem ido além da mera contraposição de ideias. Não há no horizonte, por enquanto, qualquer sinal de que o conflito que aos poucos vem se estabelecendo terá um desfecho institucional próximo. A leitura de documentos, artigos e entrevistas revela, em essência, duas opiniões distintas e radicalmente opostas em relação a um ponto fulcral, qual seja, a submissão a acusações penais formalizadas em juízo de agentes do regime incumbidos da repressão àqueles que se opuseram, tanto no campo democrático quanto na luta armada, à ditadura militar instituída pelo golpe de março de 1964. O que se coloca entre uma tese e outra, como marco divisório, de natureza histórica, política e jurídica, como uma muralha, é a anistia.

Em ambos os discursos é possível identificar diferentes concepções de justiça, ora focada no dever de retribuição, ora na possibilidade do perdão. Paralelamente a essas duas abordagens, os discursos jurídicos estão centrados, de um lado, no cumprimento de deveres internacionais assumidos pela república signatária de tratados internacionais de direitos humanos e, por outro, na inafastabilidade de causas extintivas de punibilidade e em princípios penais da mesma estatura jurídica dos direitos humanos violados por agentes da repressão. Até o momento, a grande vítima do embate político, jurídico e até mesmo filosófico, tem sido a verdade. Enquanto alguns sustentam a natureza negocial da anistia, invocando fatos históri-

cos, a mobilização democrática que o pleito gerou, nacional e internacionalmente, outros afirmam categoricamente a farsa dessa leitura, questionando como um congresso subjugado ao poder tirânico abriria qualquer espaço para a negociação. Retrato desse entendimento específico vem expresso em artigo publicado, em 28 de maio de 2013, no jornal Folha de São Paulo, no qual seu autor nega que a anistia tenha sido fruto de ampla negociação com setores da sociedade civil e da oposição, qualificando essa visão como “uma das maiores mentiras herdadas daquele período”¹. Ainda segundo o artigo, “não ouve (*sic*) negociação alguma, mas pura e simples imposição das condições a partir das quais os militares esperavam se autoanistiar”.

Importa, então, analisar as diferentes percepções de justo e injusto que permeiam o debate em andamento, revelador de entendimentos antagônicos, sobre a solução adequada para fatos ocorridos no período de 1961 a 1979, abrangido pela Lei n. 6.683/1979, a chamada Lei de Anistia. Para tanto, dois documentos recentes são ricos em ideias e decorrem de decisões colegiadas de órgãos institucionais, sendo um deles a mais alta instância do poder judiciário brasileiro e o outro, um órgão internacional de direitos humanos. Trata-se, então, de buscar, numa primeira abordagem, os aspectos políticos, jurídicos, filosóficos e históricos que foram objeto dessas decisões e que explicitam antagonismo dialético, permitindo, dessa forma, buscar a síntese possível, a solução adequada que permita o encerramento da questão e a retomada da normalidade institucional.

A conformidade da Lei de Anistia à Constituição Federal promulgada em 1988 é o tema central do acórdão da ação de descumprimento de preceito fundamental ADPF n. 153, julgada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). A conformidade do mesmo estatuto legal com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de San Jose da Costa Rica, é tema da análise perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no caso denominado Gomes Lund e outros *vs.* Brasil. As soluções dadas aos casos são antagônicas, eis que, para o Supremo Tribunal Federal a Lei de Anistia é válida e impede a persecução penal de agentes da ditadura militar que praticaram crimes de tortura, sequestro,

¹ Vladimir Safatle. A farsa da anistia.

homicídio, dentre outros. Para a CIDH, a Lei de Anistia é contrária ao Pacto e, portanto, não é documento hábil a afastar a devida responsabilização penal dos agentes do Estado. São esses os documentos que servirão de base para o singelo estudo que será apresentado.

2. A JUDICIALIZAÇÃO DA ANISTIA

2.1. A síntese do pedido inicial

Em 2008, vinte e nove anos após a edição da Lei n. 6.683/1979, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), representado por Fabio Konder Comparato, ingressou com ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) perante o STF, autuada como ADPF n. 153 e distribuída ao Ministro Eros Grau, pedindo a declaração de não recepção da Lei de Anistia pela Constituição de 1988 ou a interpretação conforme, de modo a *declarar-se que a anistia dada pela lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores do regime*². Sustenta que a conexão estabelecida pela Lei de Anistia entre crimes políticos e crimes comuns afronta preceitos fundamentais inscritos na Constituição, como a isonomia, o direito de receber informações dos órgãos públicos, o princípio democrático e republicano e, por fim, o princípio da dignidade humana.

Em seu voto, o Relator não deixou de consignar crítica à atuação da OAB no ajuizamento da ação, relembrando a forte atuação do órgão no movimento que culminou com a edição da Lei de Anistia. Em suas palavras:

Quando se deseja negar o acordo político que efetivamente existiu resultam fustigados os que se manifestaram politicamente em nome dos subversivos. Inclusive a OAB, de modo que nestes autos encontramos a OAB de hoje contra a OAB de ontem. É inadmissível desprezarmos os que lutaram pela anistia como se o tivessem feito, todos, de modo ilegítimo. Como se tivessem sido cúmplices de outros.

² ADPF n. 153, STF, Tribunal Pleno, j. 28/04/2010.

2.2. A síntese do voto do Relator

Inicialmente, o Relator afastou as preliminares impeditivas da análise do mérito arguidas por órgãos que intervieram na ação, dentre os quais a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério da Defesa. Foram suscitadas questões como a ausência de demonstração de controvérsia constitucional ou judicial quanto ao ato questionado e a inutilidade de eventual decisão de procedência, pois estariam todos prescritos os crimes não atingidos pela anistia.

Na análise do mérito, o relator rejeitou os pedidos formulados na inicial sob o argumento de que a Lei de Anistia não afronta os preceitos fundamentais invocados. Assim, a aventada afronta à isonomia, manifestada na extensão da anistia a indeterminadas classes de delitos, unidos por uma conexão imprecisa, recebeu resposta do relator pelo reconhecimento de que há desigualdades entre a prática de crimes políticos e crimes conexos com eles, mas a lei pode, sem afronta à isonomia, anistiá-los desigualmente, invocando a fórmula clássica de que a justiça consiste também em tratar desigualmente os desiguais, resgatando a ideia de justiça distributiva de Aristóteles.

O argumento de incompatibilidade da anistia com o direito de receber informações dos órgãos públicos parte da premissa de que, anistiados os agentes da repressão, restaram vítimas e o povo brasileiro desconhecendo a identidade dos responsáveis “pelos horrores perpetrados, durante dois decênios, pelos que haviam empalmado o poder”. Assentou Eros Grau que a anistia atinge fatos delituosos e não determinadas pessoas.

Para a OAB, a anistia foi votada por um Congresso Nacional composto por senadores escolhidos em parte por via indireta e sancionada por um general do Exército, alçado à condição de Chefe de Estado, não pelo voto popular, daí a afronta aos princípios democrático e republicano. A lógica do voto condutor é irretorquível: a ser acolhido tal argumento, não haveria o fenômeno da recepção, e toda legislação anterior à vigente Constituição teria desaparecido. E, ainda mais grave, seria inválida até mesmo a anistia concedida aos crimes políticos, o que traria “tormentosas e insuportáveis consequências financeiras para os anistiados que receberam indenizações

do Estado, compelidos a restituir aos cofres públicos tudo quanto receberam até hoje a título de indenização”.

Como último preceito fundamental invocado, sustenta a inicial que a anistia, fundada em suposto acordo que permitiu a transição do regime militar para o estado de direito, fez nascer o novo regime em condições de grave desrespeito à pessoa humana. Na visão do voto condutor, trata-se de argumento político e não jurídico, “argumentação que entra em testilhas com a História e com o tempo”, e acrescenta que “causaria espanto se a brava OAB sob a direção de Raimundo Faoro e de Eduardo Seabra Fagundes, denodadamente empenhada nessa luta (anistia), agora a desprezasse, em autêntico *venire contra factum proprium*”.

2.3. A tese vencida

Dois foram os votos pela procedência da ADPF n. 153. Iniciando seu voto com citação de poema de sua própria autoria, Ayres Brito afirma que a humanidade *tem o dever de odiar os seus ofensores* e que o perdão, no indivíduo, é virtude, mas na coletividade pode levar a situações vexatórias. Nega clareza suficiente ao texto da Lei n. 6.683/79, o que impediria o reconhecimento de sua extensão aos crimes cometidos pelos agentes da repressão. Para o juiz, *o torturador é um monstro, é um desnaturado, é um tarado e não se pode ter condescendência com ele*.

Ricardo Lewandowski faz uma análise técnico-jurídica da conexão entre crimes políticos e crimes comuns atingidos pela anistia para afastar a possibilidade de tal liame, preferindo, por outro lado, não adentrar na “tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados crimes de lesa-humanidade”. Ao final, julgou procedente a ação para que, caso a caso, mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, seja decidida a incidência, ou não, da anistia.

3. A DECISÃO DA CIDH

Na visão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, alguns crimes, pela sua gravidade, não podem ser perdoados. No julgamento do caso

envolvendo o desaparecimento forçado, prisão arbitrária e tortura de 70 pessoas entre militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e camponeses durante a repressão à Guerrilha do Araguaia, no período de 1972 a 1975, a Corte decidiu condenar o Brasil a adotar uma série de medidas, como afastar a Lei de Anistia por incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o reconhecimento da responsabilidade do Estado brasileiro pelas violações de direitos humanos, a necessidade de conformação do direito interno com as normas convencionais, a obrigação de conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, localizar, identificar e restituir restos mortais aos familiares de todos os desaparecidos, dentre outras medidas.

O juiz Roberto de Figueiredo Caldas, no julgamento do caso, fez constar declaração de voto em que afirma que *nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil.*

4. PERDÃO E ANISTIA

4.1. Discussão judicial

A identificação da anistia com o perdão e a distinção desses conceitos surgem em alguns dos votos que integram o acórdão do STF. O Ministro Cezar Peluso, ao reconhecer que a forma como as sociedades acertam as contas com o seu passado é fruto de sua carga cultural, defende que *só uma sociedade superior, qualificada pela consciência dos mais elevados sentimentos de humanidade, é capaz de perdoar, porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que seus inimigos, é capaz de sobreviver*, demonstrando seu entendimento de que a anistia, forma de conciliação da sociedade, equi-

vale ao perdão. Carlos Ayres Brito, por outro lado, nega qualquer forma de associação entre perdão e anistia, sustentando que apenas homens perdoam, não a humanidade, a qual tem o dever de odiar seus ofensores. Para Carmen Lucia, a anistia é resultado de perdão e, no caso brasileiro, representou um acordo que permitiu a transição institucional. Marco Aurélio defende que anistia é *virada de página definitiva, é perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural*. Para Celso de Mello, a anistia é expressão da clemência soberana do Estado e, no caso, permitiu a recomposição do estado de comunhão nacional. Impossível escapar ao pensamento de Kant, para quem a graça é o *único direito que merece o nome de direito de majestade e é de todos os direitos do soberano verdadeiramente o mais delicado, pois, se prova a magnificência da sua grandeza, permite, todavia, cometer injustiças no mais alto grau*³.

Em pequenos excertos revela-se, na opinião da maioria dos ministros, a associação entre a anistia e o perdão, à exceção do voto de Ayres Britto que, nesse particular, alinha-se com o pensamento de Paul Ricoeur.

4.2. Discussão filosófica

Paul Ricoeur ocupou-se de temas como a vingança, sua evolução para a institucionalização da justiça e do perdão. Ao tratar da anistia, defende que essa modalidade de reabilitação jurídica, tão comum na França desde as comunas, sob alguns aspectos não se assemelha ao perdão, aproximando-se muito mais de seu contrário. A anistia, afirma Ricoeur, interdita não apenas a perseguição aos criminosos como também a própria evocação dos fatos, numa tentativa ao mesmo tempo mágica e desesperada de apagar até mesmo os vestígios de acontecimentos traumáticos, *como se alguma vez pudéssemos apagar a mancha de sangue da mão de Lady Macbeth*. E pergunta:

O que se tem em vista? Sem dúvida alguma, a reconciliação nacional. Nesse aspecto, é perfeitamente legítimo reparar pelo esquecimento as lacerações do corpo social. (...) O preço é alto. Todos os delitos do esquecimento estão contidos nessa pretensão incrível a apagar os vestígios das discórdias públicas. É nesse sentido que a anistia é o

³ KANT, p. 218.

contrário do perdão, pois este, como ressaltaremos, exige memória⁴.

Ao tratar do perdão, Ricoeur assenta a sua natureza suprajurídica e a titularidade exclusiva da vítima para o ato. E aqui é possível constatar a identificação do pensamento exposto com o voto do Ministro Ayres Brito, negando qualquer semelhança entre o perdão e a anistia: o perdão demanda memória e apenas a vítima, e não a coletividade, é quem pode exercê-lo.

Jacques Derrida, em palestra proferida em agosto de 2004⁵, na cidade do Rio de Janeiro, explorou os temas do perdão e da reconciliação, calcado na sua experiência pessoal junto à Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul, onde atuou junto a Nelson Mandela. A leitura do texto revela a preocupação do autor com temas presentes na discussão da anistia e de difícil resposta, como lembrar ou esquecer? Reconciliar ou perdoar? A dúvida perpassa o texto:

Não é certo que o perdão ainda faça parte de uma lógica do julgamento, mas, se fizesse, seria e continua sendo difícil saber quem perdoa a quem, o quê, a quem e se Deus é ou não a última instância de apelação. Há sempre essa dualidade das ordens: humana ou divina. Tal dualidade compartilha ou disputa o conceito mesmo de perdão e sobretudo o momento de reconciliação. A reconciliação pode acontecer entre os homens e Deus, mas é verdade que na maior parte das vezes a temática da reconciliação, embora se faça pela mediação de Deus, tende sempre a humanizar as coisas, a abrandar a dureza do veredicto ou do dever.

Hannah Arendt, ao pensar sobre a condição humana, situa o perdão como elemento essencial da existência, remédio para a irreversibilidade da ação, forma de libertar o indivíduo de uma má conduta, sem o que toda sua existência seria definida por um único ato, e se manifesta nas relações pessoais, nunca individualmente, sendo possível identificar esse argumento ao debate posto no corpo do julgamento do STF acerca da invalidade da autoanistia. Em suas próprias palavras:

⁴ RICOEUR, p. 182.

⁵ DERRIDA, Jacques. Lógicas do perdão. Folha de São Paulo. Mais. 17/10/2004.

ambas as faculdades (o perdão e a promessa), portanto, dependem da pluralidade, da presença e da ação de outros, pois ninguém pode perdoar a si mesmo e ninguém pode se sentir obrigado por uma promessa feita apenas para si mesmo; o perdão e a promessa realizados na solidão e no isolamento permanecem sem realidade e não podem significar mais do que um papel que a pessoa encena para si mesma⁶.

A autora identifica Jesus como o precursor do papel político do perdão, como experiência surgida na “pequena e coesa comunidade de seus seguidores, inclinada a desafiar as autoridades públicas de Israel”. Nesse sentido, ao contrário de Derrida, que remete o perdão à divindade, extrai de um contexto religioso o seu exercício político.

Uma visão diferente acerca da graça e do indulto surge com Radbruch. Para ele, mais do que conciliar tensões dentro do direito, a graça “muito mais significa o reconhecimento do fato de que este mundo não é somente um mundo jurídico, no sentido de *Fiat iustitia, pereat mundus*, que ao lado do direito existem outros valores e que pode ser necessário auxiliar a realização desses valores ainda que contra o direito”. E com esse excerto o autor coloca a importância da discussão dos limites do direito e da justiça, tema que permeia tanto as discussões no julgamento perante o STF quando aquele que se deu perante a CIDH.

4.3. As sentinelas do muro de Berlim

Nos anos que se seguiram à reunificação alemã, deparou-se o poder judiciário com a questão da punição das sentinelas do muro de Berlim que atentaram contra a vida de indivíduos que tentaram cruzar a fronteira. Na justiça de Berlim, no Tribunal Supremo Federal e na Corte Constitucional Federal assentou-se a punição tanto das sentinelas quanto das autoridades militares e civis que ordenavam a ação de impedir cidadãos da Alemanha Oriental de cruzar a fronteira representada pelo muro. Robert Alexy discute, em artigo, se é correta a decisão da corte alemã, tendo em vista o direito positivo vigente pós-unificação, determinando que a morte de um fugitivo somente seria punível se assim o determinasse a legislação vigente

⁶ ARENDT, p. 296.

ao tempo do fato. E, no caso, havia ordem expressa em regulamento de serviço, de 1967, oriundo do Ministério de Defesa Nacional da República Democrática Alemã, impondo às patrulhas das fronteiras impedir a travessia e o dever de abater quem fosse visto já do outro lado. Criticando a decisão do Tribunal Territorial de Berlim, segundo a qual as normas de direito positivo não davam justificação válida às execuções, afirma o autor:

Quien interprete hoy el derecho entonces vigente en la RDA a la luz de los principios del Estado de Derecho, incurre, por vía de una maniobra interpretativa a posteriori, en una retroactividad encubierta, que es todavía más grave que la abierta.

Ocorre que o Tribunal Supremo Federal, mantendo a decisão do Tribunal Territorial de Berlim, deu-lhe, contudo, nova fundamentação, invocando a fórmula de Radbruch, segundo quem a lei positiva, ao alcançar um grau insuportável de contradição com a justiça, a ponto de ser considerada como direito injusto, deve ceder aos ditames da justiça. No caso concreto das sentinelas, assentou a Corte que a justificação dada pelo direito positivo vigente na República Democrática, ao tempo do fato, afronta de tal forma a justiça e os direitos humanos protegidos por tratados internacionais que deveria ceder a tais preceitos em benefício da justiça.

O caso chegou ao Tribunal Constitucional Federal mediante recursos dos condenados. Afirmando a validade absoluta do princípio da legalidade estrita em matéria penal, a Corte entendeu que tal preceito deve ceder frente a um direito positivo oriundo de um Estado que não respeita a separação de poderes, a democracia e os direitos fundamentais, validando, desse modo, a fórmula de Radbruch. A solução irritou o autor do artigo, para quem há contradição insolúvel na afirmação do caráter absoluto do princípio da legalidade penal e sua limitação frente a valores ditos soberanos.

Há um paralelo inegável entre o julgamento das sentinelas do muro e o caso da anistia brasileira, que se revela na discussão entre o direito posto e as premências da justiça, entre a supremacia ou da norma positivada ou dos direitos humanos gravemente afrontados, como revela excerto do voto antes transcrito do acórdão da CIDH, bem como questões jurídicas relevantes em matéria de transição de regimes.

5. DIREITOS HUMANOS, PRESCRIÇÃO E ANISTIA

A ideia de que o positivismo exacerbado seria um entrave à realização da justiça, entendida como realização dos direitos da pessoa humana mediante a necessária retribuição aos atos de graves violações desses mesmos direitos, encontra-se no centro da decisão da CIDH, o que se demonstra com o voto incluído no acórdão proferido pelo juiz Roberto de Figueiredo Caldas antes transcrito, e encontra repercussão no julgamento do STF. Celso de Mello busca demonstrar a impossibilidade jurídica da retroatividade da lei penal, uma vez que o conceito de imprescritibilidade é recente no ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal considera imprescritível apenas o crime de racismo (artigo 5º, inciso XLII). Insuscetíveis de anistia são os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos definidos em lei (artigo 5º, XLIII). A pergunta elementar é como retroagir essas disposições mais graves para permitir a persecução penal de agentes da ditadura por fatos ocorridos a partir de 1964, sem ignorar os princípios da legalidade estrita e da irretroatividade da lei penal, de índolo constitucional (artigo 5º, incisos XXXIX e XL), e reproduzidos no artigo 9º da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O crime de desaparecimento forçado, classificado como permanente, o que equivale a dizer que a prescrição não atinge a punibilidade desse delito enquanto não se souber o paradeiro do ofendido, amplamente discutido no julgamento da CIDH, sequer é tipificado no Brasil, tendo sido imposta ao Estado a adoção de providências para suprir a lacuna legislativa. A natureza permanente desse crime é invocada para afastar, por exemplo, qualquer hipótese de incidência de extinção do poder punitivo estatal pelo decurso do tempo. São contradições insuperáveis que emergem do julgamento da CIDH, todo ele fundado em direitos humanos declarados em convenção internacional à qual aderiu voluntariamente a República, o que implicará consequências ainda incertas caso não seja cumprido o dispositivo que impõe a persecução penal dos agentes responsáveis pelo que se denominou graves violações de direitos humanos. O tema não escapou à análise de Derrida:

Mas, como a ordem do prescritível ou do imprescritível não é a do perdoável ou do imperdoável – os quais não tem mais nada a ver, em princípio, com o judiciário ou o penal –, então essa hipérbole do direito sinaliza contudo para um perdão, a saber, um excesso no excesso, um suplemento de transcendência (pode-se, ao mesmo tempo em que se condena perante a corte de Justiça, perdoar o imperdoável)⁷.

Em sentido análogo, Tércio Sampaio Ferraz Junior sustenta que a anistia não se sujeita a questões como a gravidade da ofensa sofrida e praticada, pois

(...) não é medida voltada para uma determinada prática nem significa o seu reconhecimento como legítimo, mas é ato soberano que não pede nenhuma justificação condicional à autoridade que a concede, porque não visa a outro interesse senão o interesse soberano da própria sociedade⁸.

Efetivamente, por respeito a compromissos internacionais assumidos e em benefício da supremacia do respeito aos direitos humanos que deve nortear toda ação pública, é imprescindível uma reformulação do direito interno à luz dos preceitos que emanam das declarações de direitos humanos, seja definindo o que são as graves violações de direitos humanos, quais crimes são imprescritíveis e quais são insuscetíveis de graça. Na lição de Amartya Sen,

(...) essas articulações públicas de direitos humanos muitas vezes são convites para criar uma nova legislação, em vez de se basear em algo já estabelecido em lei. Os redatores da Declaração Universal de 1948 tinham a esperança evidente de que o reconhecimento explícito dos direitos humanos serviria como uma espécie de molde para novas leis que se promulgariam para legalizar aqueles direitos em todo o mundo⁹.

⁷ DERRIDA, artigo citado.

⁸ (FERRAZ JUNIOR, T. S. Anistia: geral e irrestrita. *Folha de São Paulo*, 16 de agosto de 2008).

⁹ SEN, p. 394.

A internalização dos tratados de direitos humanos será capaz, assim, de impedir que seja concedida anistia a graves violações que porventura venham a ocorrer, ou que outras causas extintivas do poder punitivo possam atuar sobre fatos como os ocorridos no período da ditadura militar, sem que seja necessária, como pretendeu o juiz da CIDH, a perigosa flexibilização do direito positivo em matéria penal, em benefício de uma ideia de antijuridicidade incorporada na forma de graves violações de direitos humanos. As garantias penais, numa democracia, beneficiam a todos, culpados e inocentes, simples criminosos ou o mais facinoroso torturador. O desapego ao positivismo jurídico, em matéria penal, remete de forma clara a toda a construção dogmática produzida no regime nacional-socialista. Partindo da mesma ideia central de antijuridicidade, “conforme o são sentimento do povo alemão”, admitia-se o uso irrestrito da analogia, em detrimento de tipos penais previamente definidos, podendo o juiz aplicar penas a condutas que sequer eram expressamente proibidas. Muñoz Conde, em obra que recupera a participação ativa do grande penalista Edmund Mezger na elaboração de leis de pureza racial, descreve a relação do regime com o positivismo jurídico em matéria penal:

(...) a Dogmática jurídico-penal no Estado de Direito está vinculada a um princípio político-criminal que os nazistas sempre viram com receio e como um freio para levar a cabo suas decisões políticas: o princípio da legalidade dos delitos e das penas, que vincula todos os poderes do Estado e, certamente, também a Dogmática jurídico-penal (...) que os juízes do Estado nazista ajudaram desde o primeiro momento a destruir com a introdução já em 1935 da analogia ‘conforme o são sentimento do povo alemão’ como fonte de criação do Direito Penal¹⁰.

6. A VERDADE

A possível síntese entre as teses conflitantes acerca da punição dos agentes da repressão é a busca da verdade dos fatos ocorridos durante o período do regime militar. A ideia de que a anistia implica o esquecimento desses fatos, como sustenta Ricoeur, tese abraçada por Ayres Britto em seu voto, encontra justificativa até mesmo na etimologia, eis que anistia e amnésia

¹⁰MUÑOZ CONDE, p. 57.

compartilham origens bastante próximas nas palavras gregas *amnestía* e *amnesía*, respectivamente.

Na esfera jurídica, todavia, a anistia, oriunda do poder político legislativo, incide sobre o poder punitivo estatal, resultando no arquivamento de inquéritos em andamento, na extinção de processos, na supressão de decisões condenatórias transitadas em julgado. No caso brasileiro, concedeu liberdade a quem se encontrava preso e permitiu o retorno de exilados políticos que tinham sido forçados a deixar o país, não esquecendo que um dos lemas do regime era justamente “Brasil, ame-o ou deixe-o”.

Tal premissa – anistia como esquecimento, todavia, não se distancia da ideia de que a verdade apenas pode ser reconstruída e buscada na dialética interna do processo penal, mediante acusação formal contra os agentes da repressão, do que decorre, assim, a assertiva de que a anistia teria impedido o conhecimento completo dos fatos. Todavia, a realidade demonstra que há caminhos alternativos à busca da verdade. O trabalho de historiadores, por exemplo, com pleno acesso aos documentos oficiais do período, ainda não revelados de forma completa, é essencial ao cumprimento dessa missão. Há notícias, ainda, de ações cíveis ajuizadas contra chefe de um órgão de repressão do período com declaração judicial de que teve participação efetiva, tanto por ação quanto por omissão, em práticas as mais cruéis de torturas. Nesse sentido expressou-se Celso de Mello, para quem *a improcedência da ação não impõe qualquer óbice à busca da verdade e à preservação da memória histórica em torno dos fatos ocorridos no período*.

Foi também instalada a Comissão Nacional da Verdade, criada pela Lei n. 12.528/2011, com o fim de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos para efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional. Entre seus integrantes se revela o suposto dissenso acerca da necessidade de punição de agentes da repressão, discussão que parece escapar ao escopo legal do órgão.

Na lição de Celso Lafer, “uma das características da gestão totalitária é o emprego da mentira”, de onde surge a necessidade de “mecanismos de defesa da verdade factual criados pelas sociedades modernas, fora de seu sistema político, mas indispensáveis para a sua própria sobrevivência”.

Assim, o fortalecimento da democracia demanda compromisso inarredável com a verdade por parte de três instituições, quais sejam, a justiça, a imprensa livre e a universidade, sem o que a gestão totalitária amplia seu espaço de atuação¹¹.

A verdade pode, efetivamente, surtir efeitos conciliadores no corpo social. É conhecida a tragédia de Antígona, que desafiou as ordens de Creonte, sujeitando-se à morte, para sepultar o corpo de seu irmão Polinices. Em toda a sua complexidade, o texto de Sófocles ainda hoje suscita questões da maior relevância, como o conflito entre o direito posto e a justiça, e também remete ao drama de famílias que ainda não sabem nem mesmo o destino dado ao cadáver de seus entes queridos, missão que se espera, dentre outras, seja cumprida pela Comissão da Verdade, mesmo reconhecendo, como Beccaria, que a história da humanidade nos dá a idéia de um mar de erros, dentre os quais, pouca e confusa, e a grandes intervalos de distância, a verdade emerge.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidade penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlin.** Cuadernos de Filosofia del Derecho. DOXA 23, 2000.

ARENDT, H. **A condição humana.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BECCARIA. **Dei delitti e delle pene.** Milano: Rizzoli, 1989.

COMPARATO, F. K. **Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LAFER, C. **A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

¹¹ LAFER, p. 216.

KANT, I. **A metafísica dos costumes**. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RICOEUR, P. Condenação, reabilitação, perdão. *In: O justo 1: A justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SEN, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DERRIDA, J. Lógicas do perdão. **Folha de São Paulo**, caderno Mais, 17 de outubro de 2004.

FERRAS JUNIOR, T. S. Anistia: geral e irrestrita. **Folha de São Paulo**, 16 de agosto de 2008.

SAFATLE, V. A farsa da anistia. **Folha de São Paulo**, 28 de maio de 2013.

Cidadãos e inimigos.

Uma abordagem criminológica sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo

Cláudia Aguiar S. Britto

Mestre em Ciências Penais (UCAM/RJ)

Professora-pesquisadora CAPES (UFF/PIGEAD/LANTE)

RESUMO: O presente ensaio busca trazer algumas visões a respeito do “inimigo” e do cidadão, no contexto do Direito Penal e no âmago do Constitucionalismo Contemporâneo. Inicialmente, refletimos sobre a construção do aprendizado democrático, tendo como base questões levantadas sobre uma fundamentação de direitos humanos e sua escalada nos textos normativos. Sob essa perspectiva, como referencial teórico empregamos uma abordagem criminológica e jusfilosófica.

PALAVRAS-CHAVES: Cidadãos e Inimigos. Criminologia. Constitucionalismo Contemporâneo.

ABSTRACT: The present article is aimed at bringing some criminology visions concerning of the “enemy” and citizen of the context law criminal at the hart of the contemporary constitutionalism. Initially we reflecting on construction of democratic learning having as bases issues raised about and explanation and human rights and a scale of normative text. Under the perspective, as a theoretical reference, we employed of a criminological approach and some reflexions jus philosophical.

KEYWORDS: Citizens and Enemies. Criminology. Contemporary Constitutionalism.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direitos Humanos e os Textos Normativos – 3. O “Neocriminoso” – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Uma primeira reflexão com o objetivo de definir direitos humanos poderia invocar os estatutos jurídicos que germinaram e germinam pela esfera terrestre. Merecem especial atenção os surgidos nos séculos XIX e XX, muito embora, em termos de penalização, o século XVIII tenha representado significativa mudança no que se relaciona à aplicação punitiva, bem como no âmbito das garantias processuais.

O reconhecimento dos esforços dos filósofos gregos da Antiguidade, ao concluírem que os deuses eram “invenção humana com finalidades políticas e que o povo não podia ficar sujeito a governantes que decidiam por livre vontade”, possibilita-nos perceber o longo e árduo caminhar em torno do conhecimento do sentido de democracia. A história conta que o “rito de passagem” da divindade à metafísica filosófica, especificamente quanto ao desenvolvimento no âmbito das sociedades e da política, não foi estabelecido em águas calmas, na medida em que se entendia que na política e na sociedade existiam interlocuções que permitiriam a algumas pessoas terem poderes mais amplos que as demais. Então, para um fundamento verdadeiro de direitos humanos é preciso buscar, primeiramente no berço aristotélico – quando o mundo ainda não se guiava pelas máximas da cristandade, mas pela racionalidade humana filosófica –, os significantes de pessoa. O bem, as faculdades morais, as virtudes intelectuais e morais, a felicidade, o prazer e o vício fazem parte das muitas reflexões de Aristóteles em torno da pessoa. No que diz respeito ao sentido de dignidade humana, a proporcionalidade estaria ligada à capacidade de cada um pensar e se conduzir de acordo com a razão. Um homem é veraz tanto no discurso quanto na conduta, segundo Aristóteles, quando nenhuma consideração de honestidade está presente, quando parte de uma costumeira sinceridade de disposição. Essa sinceridade pode ser avaliada como uma virtude moral.

A humanidade é – em si mesma – uma dignidade. (“*L’humanité ele-même est une dignité*”). (KANT, 1996, p. 41). Será então em Kant que a pessoa humana deverá ser tratada como fim em si mesmo e jamais como meio: “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2011, p. 73). “*L’homme ne peut jamais être utilisé simplement comme moyen par aucun homme (ni par un autre, ni même par lui-même), mais toujours en même temps aussi comme une fin*”. (KANT, 1996, p. 41).

Portanto, na visão kantiana, o homem é autônomo e pode agir segundo sua vontade, já que ela está submetida, quando regida pela razão, à Lei Suprema da Moralidade. Assim, pode-se estabelecer como fundamento para a conceituação dos direitos humanos todos aqueles bens indispensáveis à sobrevivência do homem, da espécie humana, entendida aí como entidade física, psíquica, intelectual, biológica, espiritual, incluindo o direito à sua própria história. Partindo das necessidades vitais dos seres humanos, é possível, então, estabelecer com mais centralidade um conceito dos direitos humanos.

2. DIREITOS HUMANOS E OS TEXTOS NORMATIVOS

A gradativa compreensão de que um ser humano é dotado de capacidades e sentidos foi levando legisladores e aplicadores das leis à constatação da necessidade de proteção e cuidados pelo fato de serem pessoas humanas. Os princípios políticos e filosóficos protetivos dos direitos humanos em regras jurídicas expressas e tidas, geralmente, como principiológicas, foram introduzidos pelas normas constitucionais em grande parte dos países do Ocidente em fins do século XIX e início do século XX. Mas a literatura humanista mais ardente foi sedimentada a partir dos trabalhos de Beccaria, cujo texto antecipou-se à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vinte e cinco anos antes desta ser proclamada pelos revolucionários em 1789. Antes, porém, a Declaração de Independência Estadunidense (1776) já acenava com gritos de repúdio ao absolutismo despótico. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) completava a formação da relva jurídica, e também política, que viabilizou os povos a sonhar com propostas e atitudes na defesa dos direitos humanos, contra

a pena de morte, a tortura e as condenações excessivas. Esse processo de positivação, já iniciado “de alguma maneira com a Declaração de Virgínia de 1776, foi fundamental para estruturar, em corpos normativos, os dispositivos jurídicos atinentes a tais direitos, que ora positivados transformam-se em Direitos Fundamentais” (LEAL, 2000, p. 38).

Em terras brasileiras, a concepção de direitos a todas as pessoas também foi delineada vagarosamente pelos textos jurídicos. As Ordenações Manuêlinas e Filipinas, aplicadas sucessivamente, autorizavam aberturas de investigação sem qualquer lastro, apenas com alguma notícia de infração penal. As “inquirições-devassas” davam o tom de como as coisas se passavam naquele ponto obscuro da história. Não é preciso dizer que a inexistência do contraditório, além da disparidade de poderes do juiz em relação ao acusado, municiava o sistema inquisitorial. Em resumo: era um sistema que não admitia contestação e em que o réu, objeto do processo, além de não ter qualquer direito, ainda deveria internalizar a culpa por meio da confissão. Tortura legitimada como escopo para alcançar a suposta verdade e o decisionismo judicial-utilitarista permeavam assim o sistema inquisitório.

A Constituição de 1824, o primitivo e maior documento normativo brasileiro, embora revestido por ideais liberais, mais consentâneos com os postulados da Revolução Francesa, foi marcada por um perfil liberal-conservador que ocultava a escravidão e excluía a maioria da população de seu texto. Ao mesmo tempo em que proclamava teoricamente os princípios constitucionais, anulava liberdades e, ainda quando assegurava direitos, tornava-os suscetíveis de serem suspensos ou aniquilados (WOLKMER, 2000, p. 63). O Código Criminal de 1830, segundo arcabouço legislativo, se afirmava como inovador e de cunho liberal, visto em relação às Ordenações do Reino, que o antecederam. O referido código, embora tenha conservado a pena de morte, que posteriormente foi transformada em prisão perpétua, primava pela aplicação do princípio da legalidade, isto é, os crimes e as penas deveriam estar previstos em lei, deveria haver proporcionalidade entre o crime praticado e a pena aplicada. Estabelecia ainda a observância do princípio da pessoalidade da pena, ou seja, a sanção deveria ser aplicada tão somente à pessoa do infrator, impossibilitando a aplicação da pena aos descendentes do condenado.

Ambos os textos legais omitiram os direitos do índio e dos negros escravos, marcando uma postura autoritária do legislador da primeira metade do século XIX. Ao mesmo tempo em que a legislação civil não considerava o escravo como pessoa, sujeito de direitos, a legislação criminal o integrava em seu texto com penas de trabalhos forçados em galés, de morte ou açoites. A lei penal da época, dedicada exclusivamente aos marginalizados sociais, pronunciava a tendência segregadora do pensamento da elite brasileira (Idem).

A demonstração deste movimento, especialmente quanto ao desenvolvimento dos órgãos judiciários, revela-nos de que maneira a administração da justiça atuou como instrumento de dominação colonial. Na esteira desse ciclo de dominação política, exploração econômica e controle institucional, o liberalismo brasileiro estava direcionado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários e do clientelismo vinculado à monarquia, em contraposição ao liberalismo europeu, estruturado por uma ideologia revolucionária, cujo engendramento se baseava por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza (Ibidem, p. 75). Nesse contexto, direitos humanos, para boa parcela da população, eram algo impensável.

Contudo, a última Constituição Brasileira, de 1967, ainda sob a égide da dominação militar, e muito antes de se tornar democrática, em 1988, embora prevendo alguns poucos direitos e garantias individuais, os recolhia topograficamente nos últimos dispositivos. Em seu artigo 153, resumia os direitos de todos os cidadãos em não mais do que trinta e seis parcos e frágeis parágrafos. Até o início da década de 80, um regime de força e opressão, bem como de restrições de direitos fundamentais, foi amplamente empreendido pelo sistema de poder em razão do risco de perda de eleições e, assim, do controle e da estrutura do Estado. As campanhas políticas eram formuladas e reformuladas a partir de um ponto de vista semelhante ao da doutrina de segurança nacional, pois o que as alimentava era a ideia da necessidade de combater o crime e manter a ordem. A todo o tempo, tratava-se de um modelo de gestão militar, de enfrentamento, que insistia em permanecer enraizado no País. E essa polícia, que adotava o modelo de guerra revolucionária ou de guerrilhas no campo da repressão do crime ou da manutenção da ordem, não se ajustava às novas percepções humanistas

que começavam a se anunciar. “Era preciso entender que o que era bom para combater a guerra não era bom para a polícia” (CERQUEIRA, 1996, p. 191-210). Nesse contexto, a necessária desmilitarização se relacionava à própria concepção da atividade policial e iria muito além da questão da existência de uma polícia ostensiva uniformizada (KARAM, 1998, p. 169-178).

Toda essa complexidade do fenômeno da criminalidade foi amplamente avaliada e discutida. Dentre as análises estava aquela relacionada às diversas modalidades de poder (político, ideológico, econômico, religioso) que se colocam a serviço de uma criminalidade que tem por objetivo a perpetuação do *status quo*, isto é, a manutenção da posição oficial ou de imposição de certos valores à sociedade. Uma legislação que seguia predominantemente militar no âmbito da segurança pública e cuja doutrina espelhava as concepções da política de segurança nacional de uma época, mas que recrudescida e fomentada, se perpetuava ao longo dos anos.

A ideologia baseada na cultura do medo, da força e da violência acabou influenciando as organizações policiais, grupos de policiais ou mesmo policiais isoladamente para violar os direitos humanos, estabelecendo assim novos padrões, atitudes e conceitos. Uma sociedade atemorizada passa a aquiescer com todos os propósitos do sistema penal, sejam eles legítimos ou não, sejam eles pacíficos ou não. O cidadão com medo concorda até mesmo com ações mais virulentas por parte do Estado contra todos aqueles que pretensamente podem trazer o medo, sempre escorado por uma aparente legalidade que o sistema tratou sempre de cultivar.

Por tudo isso, inverter a concepção militarizada e secular do trabalho policial de “força pública que serve e protege” para a noção de “serviço público que pode usar a força” (CERQUEIRA, 1996, pp. 191-211) redundou em franca e clara ruptura de paradigma. O inimigo a combater é substituído pelo “cliente a servir”, o “terreno de operações”, ajustado para o espaço do outro, onde ele habita ou atua. O regime autoritário foi dando lugar a uma envergadura democrática e as legislações tiveram que ser reorganizadas sob essas novas bandeiras flamejantes. A política de enfrentamento foi sendo ajustada aos processos de aprendizagem, concepções mais adaptadas ao novo modelo de Estado de Direito. A história mostrou e mos-

tra que o “medo e o horror são maus professores; esses sentimentos não encorajam nenhum processo de aprendizado moral por meio da análise construtiva do ato praticado” (K.GÜNTHER, 2004, p. 63).

3. O “NEOCRIMINOSO”

A face do crime, da criminalidade, e conseqüentemente da espécie punitiva alcançou contornos diferentes ao longo dos anos. Os processos políticos, os aparatos altamente tecnológicos e a perda de identidade dos povos modernos são resultados de efetivas mudanças no cenário social e, em contrapartida, no sistema penal.

Esse direito penal das sociedades contemporâneas que vem sofrendo, há alguns anos, grandes transformações, fez a política estadunidense, na década de 90, precisamente na gestão do prefeito de Nova York, Rudolf Giuliani, restabelecer um novo credo criminológico com a retórica militar de “guerra” contra os desordeiros do espaço público. O então chefe de polícia, Willian Bratton, declarava: “Em Nova York, sabemos onde está o inimigo” (WACQUANT, 1999, p. 30). Assimilava-se, assim, os delinquentes (reais ou imaginários), mendigos, sem-tetos e outros marginais a invasores estrangeiros.

Seguindo nessa mesma linha, após o “11 de setembro de 2001” (quando as torres em Nova York foram atacadas por terroristas), observou-se a reafirmação de teorias que buscam fomentar o recrudescer de sanções contra indivíduos que façam parte de organizações criminosas, sobretudo o terrorismo (grupos de guerrilhas e afins).

Tais políticas criminais notadamente extremistas e expansionistas, em boa medida, decorrentes do paradigma que o alemão Günther Jakobs¹ e seus discípulos, em fins dos anos 80, apresentaram, consiste em atribuir a condição de inimigo do sistema social a determinados indivíduos. Primeiramente, aqueles que fazem parte do chamado “núcleo duro da violência”

¹ MARTIN, L. G. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 132. Ver também JACKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo**.

(terroristas, membros de organizações criminosas), para depois reconhecer também outros inimigos, autores de crimes sexuais, econômicos². O sistema estaria assim autorizado a obrigar qualquer outro indivíduo a fazer parte de uma constituição cidadã. E todos aqueles que não se deixem obrigar estarão, por assim dizer, submetidos à legítima hostilidade do sistema, por não aquiescerem com o “estado comunitário-legal”. Significa dizer que aquele que não participa do estado-legal deve ser expulso e tratado não mais como pessoa, mas como inimigo³. Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania – pontua Jackobs – não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa⁴. Não podem nem devem merecer a tutela do Estado no que se refere aos princípios e garantias constitucionais ou às contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Para a teoria, tais indivíduos não são pessoas e, portanto, sua expulsão do sistema ou até mesmo seu extermínio são implicações legítimas de uma sociedade que vive no terror: *Os inimigos são atualmente não pessoas*⁵.

Porém, a dignidade humana não é um princípio que possa ser transacionado ou que apenas deva ser utilizado em casos onde não existam conflitos graves. A dignidade humana, a partir de uma compreensão neoconstitucionalista é o núcleo, o centro axiológico da tutela jurídica. E que, por isso mesmo, há situações, dentro de uma perspectiva constitucional, que os sujeitos não podem decidir pela sua extinção ou eliminação, pois decorrem de princípios ou procedimentos que garantem exatamente o exercício da autonomia dos cidadãos; e a dignidade humana é uma delas.

Contudo, num estado de exceção, faz parecer crer que a segurança e a dignidade se esbarram e se defrontam corriqueiramente. Para os que comun-

² JAKOBS, G. e MELIÁ, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009. *E ainda assim o é para Hobbes, o criminoso de alta traição*, 26 p.

³ JAKOBS, G. e MELIÁ, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009. *E ainda assim o é para Hobbes, o criminoso de alta traição*, p 26-27. Citando Rosseau e Ficher, Jackobs afirma que todo delinquente é, de per si, um inimigo.

⁴ MARTÍN. L. G. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, 132 p. Jakobs: Derecho penal del ciudadano, 40 p.

⁵ JAKOBS, G. e MELIÁ, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009.

gam da tese da lógica da defesa de ameaças extremas, uma comunidade jurídica deve poder tratar pessoas perigosas como “inimigas”. Elas não são mais pessoas para o direito. Todavia, diferentemente do que acontece na guerra, na qual os combatentes possuem ainda alguns direitos relativos à condição de prisioneiros de guerra, os “inimigos” da sociedade se veem excluídos de todo e qualquer direito (assevera-se assim alguns dos pilares dessa ideologia: a antecipação da punição do inimigo; a desproporcionalidade das penas e a relativização e/ou a supressão de certas garantias processuais). A custódia do “inimigo” não pode ser adequadamente descrita com os conceitos, por exemplo, de poder de polícia, de âmbito internacional da guerra humanitário, pelo resguardo dos ditames alcançados no Estatuto de Roma, e, tampouco, com os conceitos do direito penal. *Talvez o melhor para descrevê-la sejam os conceitos extrajurídicos ou de guerra civil* (K. GÜNTHER, 2004, p. 82).

Trava-se, assim, uma nova guerra ideológica alterando a figura ou a face desse “neocriminoso”: O Direito penal passa a ser não mais entendido como o Direito penal do cidadão, ou seja, daquele que pratica um crime, porém, amparado pelo ordenamento jurídico, cujo epicentro é o constitucionalismo. Ao revés, a admissão desse novo direito penal que se faz acompanhar da retórica militarista e que faz pesar sobre o infrator a carga de “inimigo” da sociedade, exclui de suas bases, as garantias mínimas e vitais de toda e qualquer pessoa; sintoma, portanto, de um modelo autoritário e hostil, com vistas à destruição do Estado de Direito .

Ademais, no mundo globalizado atual, essa carga ideológica internacional, implantada pela “Guerra contra o Terror”, consegue ultrapassar os limites da sua atuação para alcançar outras Nações e seus sistemas jurídicos internos, cujos interesses são significativamente diversos. O fato de o terrorismo se encontrar em contextos bem distintos daqueles dos crimes com os quais, por exemplo, um juiz comum criminal tem que lidar, já seria suficiente para não se desejar o mesmo tipo ou espécie de repressão penal. Diferentemente de uma demanda penal comum, o terrorismo suscita um interesse público e exige, por isso, um modo de análise distinto daquele do homicídio passional, por exemplo. “A diferença entre terrorismo político e assassinato comum, fica clara, na mudança de regimes, em que

ex-terroristas alcançam o poder e se transformam em representantes respeitáveis de seu país”. (HABERMAS, 2006, p. 20).

No Brasil, por óbvio, tudo isso fica muito mais evidenciado, pela circunstância primeira da quantidade e qualidade de marginalizados sociais que – ainda – vivem em extrema pobreza⁶; fator que repercute, mormente, nos índices de encarceramentos em todo o país, não somente nos registros de custódias de natureza penal (aquelas em que há sentença condenatória transitada em julgado), mas, sobretudo, em relação às prisões provisórias aplicadas em larga escala em terras brasileiras⁷.

No campo jurídico, esse processo cognitivo sobre os direitos intangíveis, intocáveis, do ser humano, o entendimento correto como condição própria de sua estrutura, sedimenta a relação do cidadão com a sua estrutura legislativa, pois o Direito estabiliza a confiança na validade da norma na medida em que transmite os valores do Estado de Direito, vinculado aos princípios da dignidade humana (K. GÜNTHER, 2004, p. 72). Ademais, leva-se em conta o fato de que os sujeitos envolvidos na organização e estrutura interna, da qual fazem, parte criam uma via simbiótica relevante, a ponto de se identificarem com as regras internas dessa organização. Por esse motivo, é necessário explicitar publicamente o compromisso do Estado com a “ideologia dos direitos humanos”, um compromisso firmado onde não se pode tergiversar e que não se pode perder de vista. O que precisa ser posto, e sempre renovado e reafirmado, nesse novo paradigma é a sua essência, isto é, a garantia da gênese da democracia do direito. É isto precisamente que está em jogo.

E ainda que para alguns haja uma pressuposição de que os cidadãos já carreguem consigo um sistema normativo internalizado que os faria se posi-

⁶ O Brasil tem 16, 2 milhões de pessoas vivendo em extrema pobreza. Os primeiros resultados definitivos, divulgados em novembro de 2010, apontaram uma população formada por 190.732.694 pessoas (Censo 2010). Segundo o IBGE, no país, o percentual atual de pessoas que concluíram o ensino fundamental é de 47,6%. Até 1997, apenas 1/5 da população havia terminado o ensino fundamental na idade adequada (15 anos). Fonte: IBGE. Acesso: 18.03.2013.

⁷ Dados do Conselho Nacional de Justiça mostram que 44% das prisões efetuadas no Brasil são de natureza provisória. Segundo a International Bar Association, uma em cada cinco das prisões provisórias efetuadas, foi realizada de modo ilegal.

cionar nas situações de conflito em favor do direito e contra a ordem ilícita, contra imperativos de uma “gramática da honra” ou contra uma pressão de adequação ao grupo contrária ao direito (FABRICIUS, 2006, p. 18), esperar um comportamento de acordo com a moral, a honra, a lealdade, o direito e/ou a ordem implica a possibilidade de se professar uma ideia de que todos serão verdadeiros consigo mesmos e com os outros, atributos humanos nem sempre disponíveis a todos e em todos os momentos. Assim, em variados casos, essas pressuposições não podem servir de vetores para tomadas de certas decisões, porque todas essas idiossincrasias encharcariam, como encharcam, sentimentos e humores dos que estão à frente de certas atividades, especialmente as de cunho jurídico; sejam elas funções judicantes, ministeriais, ou de segurança pública.

Portanto, é necessário que se estabeleçam procedimentos reflexivos seguros, para que tal margem agigantada de influências globalizadas neocriminalizantes, bastante perceptíveis na realidade brasileira, não contribua para arrefecer a busca da sedimentação da democracia. A “vontade” que gera a morte, a destruição e inimizáveis incontornáveis, nas digressões de Schopenhauer, não pode ser o esteio sobre o qual repousarão as decisões de “emergência” tomadas na cotidianidade da segurança pública, nos ambientes jurídicos, nos processos judiciais de cunho castrense ou não, ou mesmo, e, sobretudo, nas atividades legiferantes.

4. CONCLUSÃO

De fato, é preciso que avancemos no sentido de buscar o equilíbrio para a sedimentação da democracia brasileira; uma tarefa que cada geração terá que (re)descobrir e (re)fazer, de modo a permitir que ela encontre um lugar seguro e que não venha a ser as derradeiras referências dos postulados de liberdade e de igualdade. As mudanças e o firmamento democrático virão a partir de um ensino comprometido com a reflexão, com o diálogo, com uma busca incessante do saber, que não desonera a realidade, antes, porém compartilha e esclarece as agruras da vida real. Tudo isso faz consolidar a ideia de que aprender e ensinar são facetas da mesma moeda, e conhecer é libertar-se da ignorância, da opressão dos “insaberes”, da cegueira dos acrílicos, da escuridão dos que não desejarem ir em busca da verdade. Ou mesmo, conforme os ditos de Ribeiro, é livrar-se daqueles

que se fecham à inovação e já não têm o que receber nem o que dar. “Mais convencimento, menos punição, para que o homem entenda e aceite o que está fazendo”⁸.

Para fazer valer essas premissas é primordial a atuação conjunta da sociedade civil, dos órgãos públicos, do Judiciário, especialmente do Ministério Público, a quem cabe a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Júbilo vintenário do nascimento da Lei Orgânica do Ministério Público (LC nº 75, de 20 de maio de 1993), faz reacender a ideia de que seja possível, ainda mais, fortalecer as instituições de envergadura democrática, fomentando um constante e contínuo diálogo; desvelando potenciais humanos, com vocação e habilidades próprias para encurtamento e facilitação dessa via comunicativa de aprendizado democrático.

5. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

CERQUEIRA, C. M. N. Remilitarização da segurança pública: a operação Rio. **Discursos Sediciosos. Crime, direito e sociedade**. Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: ICC. Relume Dumará. 1996, p. 141-168.

KARAM, M. L. Segurança pública e processo de democratização. **Discursos Sediciosos. Crime, direito e sociedade**. Ano 3, n. 5 e 6. Rio de Janeiro: ICC. Freitas bastos. 1998, p. 169-178.

FABRICIUS, D. **Culpabilidade e seus fundamentos empíricos**. São Paulo: Juruá, 2006.

GÜNTHER, K. **Teoria da Responsabilidade no Estado de Democrático de Direito**. (org.) Püschel, F. P. Machado, M. R. A. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

⁸ RIBEIRO, D. **O Povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 25-29.

GÜNTHER, K. **Schuld und kommunikative Freiheit**. German: Klostermann Vittorio GmbH, January 31, 2005.

HABERMAS, J. **O Ocidente dividido**. Rio de Janeiro: BTU, 2006.

JAKOBS, G. e MELIÁ, M. C. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2009. *E ainda assim o é para Hobbes, o criminoso de alta traição* – p. 26.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Introdução: Pedro Galvão. Lisboa: Edições 70. Textos filosóficos, 2011.

KANT, I. **Doctrine de la vertu. Métaphysique des moeurs**. Paris: Librairie philosophique J. Vrin. 1996.

LEAL, R. G. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARTIN, L. G. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 132. Ver também JACKOBS, G. **Direito Penal do Inimigo**.

RIBEIRO, D. **O Povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

WACQUANT, L. **As prisões da miséria**. São Paulo: Jorge Zahar, 1999.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

A transação administrativa

e sua aplicação no Direito Disciplinar Militar

Jorge Cesar de Assis
Promotor de Justiça Militar

RESUMO: A presente análise visa a possibilidade de instituir a transação administrativa, como instituto despenalizador em relação ao servidor público faltoso. A aceitação da possibilidade de uma transação administrativa sugere a existência de uma infração administrativa de menor potencial ofensivo. Em decorrência do instituto da transação administrativa, outros institutos seriam passíveis de aplicação no regime disciplinar, como o ajustamento de conduta, o termo circunstanciado administrativo e a suspensão do processo administrativo. O regime disciplinar militar no entanto, parece ser refratário aos princípios e institutos elencados. A proposta sugere, com certeza, serena e aprofundada reflexão.

PALAVRAS-CHAVES: Transação. Administrativa. Menor. Potencial. Disciplinar. Militar. Ajustamento. Suspensão.

ABSTRACT: This essay focuses on the possibility of establishing non-judicial bargaining as a decriminalizing legal method with regard to a pernicious public servant. The acceptance of non-judicial bargaining suggests the existence of an administrative infringement similar to a misdemeanor (summary offence).

Other legal methods could be applied to disciplinary system due to non-judicial bargaining, such as conduct adjustment, administrative detailed report and interruption of the administrative prosecution. The military disciplinary regime, however, seems to be resistant to the principles and legal methods mentioned above. This proposal suggests, for certain, a serene and deep reflection.

KEYWORDS: Bargaining. Administrative Infringement. Military. Adjustment. Interruption.

SUMÁRIO: 1. Introdução ao tema – 2. Infração Administrativa disciplinar de menor potencial ofensivo – 3. Transação Administrativa – 4. Termo Circunstanciado Administrativo – 5. Ajustamento de Conduta do servidor – 6. Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar – 7. Preconização do transplante em bloco dos princípios do direito penal e do processo penal para o direito disciplinar – 8. Pontos que vêm sendo olvidados na busca pela implementação da Transação Administrativa – 9. A análise específica por parte da própria instituição militar – 10. Conclusão. – 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A presente análise visa a possibilidade de instituir a transação administrativa como instituto despenalizador em relação ao servidor público faltoso. A aceitação da possibilidade de uma transação administrativa sugere a existência de uma infração administrativa de menor potencial ofensivo. Em decorrência do instituto da transação administrativa, outros institutos seriam passíveis de aplicação no regime disciplinar, como o ajustamento de conduta, o termo circunstanciado administrativo e a suspensão do processo administrativo. O regime disciplinar militar, no entanto, parece ser refratário aos princípios e institutos elencados. A proposta sugere, com certeza, serena e aprofundada reflexão.

Sob o argumento de que o sistema punitivo disciplinar necessita mudanças na forma de estruturação e organização, e também pelo fato de que não estaria se coadunando com o Estado Democrático de Direito institu-

ido pela Constituição de 1988, passou a se discutir sobre a criação do instituto da transação administrativa, que seria um instituto despenalizador em relação ao servidor público que cometesse uma falta administrativa de menor potencial ofensivo, por assim dizer.

A proposta vem ganhando reforços legislativos – se bem que ainda incipientes – e tem sido defendida, por parte da doutrina, como um sistema punitivo disciplinar pautado nas garantias constitucionais e que promova uma melhor efetividade na Administração pública.

Como medidas já existentes, pela ordem cronológica, ressalvada alguma omissão involuntária, destaca-se a possibilidade de suspensão do processo administrativo disciplinar, criada pela Lei Municipal n. 9.310, de 12.1.2007, de Belo Horizonte – MG; a possibilidade do ajustamento de conduta do servidor público infrator, criada pela Lei n. 1.818, de 23.8.2007, do Estado do Tocantins¹; e a apuração do extravio ou dano a bem público causado pelo servidor público federal por intermédio de Termo Circunstanciado Administrativo (TCA) e a fixação do conceito de pequeno valor do prejuízo, criações da Instrução Normativa n. 04, de 17.2.2009, da Controladoria-Geral da União.

Como medida em andamento, é de se citar o Projeto de Lei n. 1.952, apresentado pelo Executivo em 5.9.2007², que pretende instruir o novo regime disciplinar do Departamento de Polícia Federal e da Polícia Civil do Distrito Federal, que traz, expressamente a Transação Administrativa, entendida como procedimento administrativo que consiste na possibilidade de propor ao agente que se comprometa a não incidir em nova conduta infracional, e se for o caso, a reparar o dano que tenha causado ao erário. Nos mesmos termos, a transação administrativa foi instituída pelo art. 53, da Lei nº 3.278, de 21.7.2008, do Estado do Amazonas³.

¹ Idêntica previsão foi instituída pelo art. 66 da Lei nº 3.278, de 21.7.2008, do Estado do Amazonas, que institui o regime disciplinar dos servidores do Sistema de Segurança Pública do Estado do Amazonas, incluídos o Corpo de Bombeiros Militar e a Polícia Militar.

² Consultando a tramitação do Projeto de Lei, verifica-se que a última movimentação ocorreu em 18.8.2011, com requerimento para realização de audiência pública perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara Federal.

³ A transação administrativa está prevista na proposta de Regulamento Disciplinar da

Este simples perpassar de olhos pela introdução ao tema permite identificar indisfarçável semelhança com os princípios e institutos da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e com estes, o conceito de infração de menor potencial ofensivo. Não se pode esquecer, todavia, que por expressa disposição legal, a Lei 9.099/95 não se aplica na Justiça Militar⁴. O Termo de Ajustamento de Conduta, por sua vez, guardadas as devidas proporções, irá encontrar semelhança com o § 6º, do art. 5º, da Lei nº 7.347, de 24.7.1985 (Lei da Ação Civil Pública).

Conquanto não se tenha notícia de nenhuma iniciativa nesse sentido, sabe-se que algumas corporações militares estaduais começam a se debruçar sobre o tema, avaliando sua implementação. Portanto, se a pretensão de sedimentação da transação administrativa é ou não, eficaz para o ser-

PMDf (capítulo VI), apresentada em 2010, e disponível em <http://www.pmdf.df.gov.br/?pag=noticia&txtCodigo=5353>. **Comentário da Comissão de elaboração:** *A Transação Disciplinar trata-se de um instituto criado em analogia à Transação Penal instituída na Lei 9.099/95, art. 72 (Lei dos Juizados Especiais). Ao instituir a Transação Penal, a lei autorizou o promotor de justiça ou a vítima a realizarem um acordo com o autor do fato, propondo a este uma pena alternativa antes do oferecimento da denúncia ou queixa. Aceita a proposta e cumprida a pena aceita, o processo é encerrado sem discussão do mérito. A Transação Penal pode ser proposta quando houver indícios de que o autor do fato praticou um delito de menor potencial ofensivo, é primário, e atende aos demais requisitos legais. A Transação Penal somente poderá ser celebrada pelo mesmo autor a cada cinco anos. A par da Transação Penal, a comissão propõe a instituição na Corporação da Transação Disciplinar, seguindo parâmetros similares. A transação Disciplinar consiste na propositura ao policial militar que incidir em uma das transgressões disciplinares relacionadas na própria lei, classificada como "levíssima", da substituição de instauração de procedimento disciplinar administrativo (Sindicância ou Memorando Acusatório) pela prestação de um ou dois serviços extraordinários. Caso o policial rejeite a proposta, será instaurado o competente procedimento. Somente as autoridades competentes para aplicar punições podem homologar a transação disciplinar, vedada a delegação. Para fazer jus ao benefício o policial terá que estar, no mínimo, no bom comportamento, e não ter obtido a transação disciplinar a menos de um ano. O controle de legalidade da aplicação do instituto será exercido pelo Departamento de Controle e Correição da Corporação. Com a inovação pretende-se reduzir o número expressivo de sindicâncias e memorandos acusatórios na Corporação, sobretudo em relação aos bons policiais militares, que eventualmente possam incidir em uma transgressão disciplinar. Certamente que o instituto não beneficiará os contumazes transgressores, posto que será concedido apenas uma vez a cada período de um ano. Ademais, indiscutível o benefício para a sociedade, mediante a prestação de serviços extraordinários "voluntários" e "sem remuneração adicional".*

⁴ **Lei 9.099/95**, art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. (Artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999).

viço público e para a coletividade dele destinatária, é o que pretendemos discutir na sequência.

2. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCIPLINAR DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

Antes de se prosseguir na questão, é de todo conveniente que se estabeleça um conceito, ainda que de forma genérica, sobre o que seria, exatamente, a infração administrativa disciplinar de menor potencial ofensivo, já que as hipóteses de elaboração do termo circunstanciado administrativo, de ajustamento de conduta ou de suspensão do processo administrativo lhe são, obviamente, subsequentes, tendo a infração de menor potencial ofensivo como pré-requisito, ainda que dessa forma não tenha sido prevista explicitamente.

Analisando-se as referências normativas citadas ao início deste trabalho, veremos que a Lei municipal nº 9.310/06, que criou a suspensão condicional do processo para os servidores públicos de Belo Horizonte, não definiu infração de menor potencial ofensivo em seu art. 225-A, apenas ressalvou a aplicação do benefício às infrações disciplinares que correspondam a crimes contra a Administração Pública, a crimes aos quais seja cominada pena mínima igual ou superior a 1 (um) ano, a atos de improbidade administrativa e nos casos de abandono de cargo ou emprego.

Já a Lei estadual nº 1.818/07, da mesma forma não definiu infração de menor potencial ofensivo, limitando-se a apontar caber ajustamento de conduta do servidor público de Tocantins quando apontar ausência de efetiva lesividade ao erário, ao serviço ou a princípios que regem a Administração Pública.

Por sua vez, a Controladoria Geral da União dispôs, no parágrafo único do art. 1º, da Instrução Normativa CGU n. 4/2009, para os efeitos do Termo Circunstanciado Administrativo, não o conceito de infração de menor potencial ofensivo mas, sim, o conceito de prejuízo de pequeno valor, como sendo aquele cujo preço de mercado para aquisição ou reparação do bem extraviado ou danificado seja igual ou inferior ao limite estabelecido como

de licitação dispensável, nos termos do art. 24, inciso II, da Lei 8.666, de 21.6.1993 (Lei de Licitações). A remissão legal, e os cálculos necessários levam a um valor de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Já o PL nº 1.952/07 também não conceitua o que seja infração disciplinar de menor potencial ofensivo e, ao prever a possibilidade da chamada transação administrativa entre o servidor faltoso e a Administração Pública, estabelece que a transação somente será possível nas hipóteses de transgressão administrativa de natureza leve, punível com advertência, ou de natureza média, cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a 10 (dez) dias de suspensão.

Após o que foi considerado até agora, é possível perquirir, em uma primeira análise, da possibilidade de fixação da infração disciplinar militar de menor potencial ofensivo.

A matéria foi analisada por DE PAULA e RESENDE, oficiais da Polícia Militar mineira, em breve ensaio que teve por objetivo sugerir o debate mais amplo acerca da teoria do direito administrativo sancionador e onde concluíram pela impossibilidade momentânea de implementação da transação administrativa em razão da falta de previsibilidade no Código de Ética e Disciplina dos Militares Estaduais de Minas Gerais⁵.

Para eles, as justificativas para a aplicação da Transação Administrativa na solução de conflitos na Administração Pública são robustas sobretudo pelo fato de possibilitarem a redução de gastos públicos, oferecimento de resposta mais célere à sociedade e aperfeiçoamento do sistema de gestão. Isso porque, dentre outros benefícios, a proposta de transação no direito administrativo tem por cerne impedir a instauração do competente processo administrativo e o conseqüente acionamento da máquina administrativa nos casos de ilícitos de natureza leve ou média⁶.

⁵ DE PAULA, J. C. R.; RESENDE, W. B. A Transação Administrativa na Instituição Militar Estadual. *Revista de Estudos & Informações* n. 31. Belo Horizonte, novembro de 2011, p. 30-32.

⁶ DE PAULA, J. C. R.; RESENDE, W. B. A transação Administrativa na Instituição Militar Estadual. *Revista de Estudos & Informações* n. 31. Belo Horizonte, novembro

O que chama à atenção nesse ensaio referido é que os dois autores destacam ser importante não confundir o contido no art. 10 do CEDMMG, com o que ora é chamado de transação administrativa (destaquei).

Pelo dispositivo citado, sempre que possível, a autoridade competente para aplicar a sanção disciplinar verificará a conveniência e a oportunidade de substituí-la por aconselhamento ou advertência verbal pessoal, ouvido o CEDMU⁷.

Considerando uma inovação essa possibilidade de substituição da reprimenda originariamente cabível, DE PAULA e RESENDE concluem que esta não foi capaz de impedir a instalação do processo administrativo e, muito menos, a sua submissão ao conselho de ética e disciplina militares da unidade, o que lhe afasta a efetividade quando comparada ao instituto da transação.

Com devida vênia, temos uma visão diferente que vai, inclusive de encontro à conclusão antes referida. É que o art. 10 do Código de Ética e Disciplina mineiro, se trouxe inovação, não foi, com certeza, a possibilidade de substituição da punição cabível pela advertência verbal ou aconselhamento, mas sim a intervenção indevida e desnecessária, uma vez mais, do CEDMU.

Ora, sempre foi tradicional no Direito Militar a pena disciplinar de advertência verbal, podendo inclusive ser pessoal ou pública conforme as circunstâncias. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas não destoam nesse sentido: Exército (art. 25, § 2º), Marinha (art. 21, §§ 1º e 2º) e Aeronáutica (art. 19, I e II). Nas polícias e corpos de bombeiros militares, por serem considerados força auxiliar e reserva do Exército, na maioria de seus regulamentos, essa penalidade também vem prevista, podendo-se citar, dentre outros os regulamentos disciplinares das de 2011, p. 30-32.

⁷CEDMU: órgão colegiado criado pelo artigo 78 Lei 14.310/02 (Código de Ética), destinado a assessoramento do Comando nos assuntos disciplinares. Na prática, nos termos do art. 84 seguinte, a decisão do Comandante somente terá validade imediata se coincidir com a manifestação do colegiado, gerando uma inusitada vinculação legal, pela autoridade que deve decidir, da manifestação daqueles que foram originariamente destinados a assessorá-la.

instituições militares estaduais de São Paulo (art. 15), e Alagoas (art. 41), lembrando que muitas corporações estaduais se valem do Regulamento Disciplinar da Força Terrestre.

Essa advertência verbal, pessoal ou pública, está inserida na discricionariedade do Comandante para punir, de forma mais leve, exatamente aquilo que poderíamos chamar de infrações de menor potencial ofensivo, como por exemplo a advertência, que não constará das alterações do advertido. Se essa advertência, que para nós se insere na esfera de deveres do Comandante (o que implica em responsabilidade pela omissão), para ser feita, necessita da aprovação de um colegiado de subordinados da autoridade, então é sinal de que os pilares da disciplina e da hierarquia encontram-se ameaçados. Quanto ao fato de não poder sequer “aconselhar” o militar faltoso sem que para isso tenha recebido sinal verde, dispensa qualquer comentário. O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – desde 1975 – e o da Marinha – desde 1983 – já dispuseram, acertadamente, que não será considerada como pena a admoestação que o superior fizer ao subalterno, mostrando-lhe irregularidade praticada em serviço ou chamando sua atenção para fato que possa trazer como consequência uma transgressão (contravenção) disciplinar.

E foi exatamente nesse sentido que a Lei 11.817, de 24.7.2000 – Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco, dispôs no § 3º do art. 28 que, precedente à aplicação de qualquer pena disciplinar ou medida administrativa, previstas nestes artigos, a autoridade competente poderá adotar o recurso da advertência, como orientação verbal ao transgressor, sem registro em sua ficha disciplinar, e poderá fixar-se unicamente nesta admoestação, quando se tratar da primeira penalidade aplicada ao transgressor ou quando os antecedentes deste assim o recomendarem.

3. TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA

A transação administrativa, ou seja, a possibilidade da Administração Pública compor com o servidor faltoso tem previsão legal em nosso país, na Lei nº 3.278/2008, do Estado do Amazonas.

Todavia, ela se encontra no Projeto de Lei nº 1.952/07, que pretende instituir um novo regime jurídico para os policiais federais e para os policiais civis do Distrito Federal, prevista de forma idêntica.

A medida nos chamou a atenção pela forma com que foi redigida, já que, nos termos do art. 26 do PL, a autoridade competente ao tomar conhecimento de ocorrência de fato punível que configure hipótese de transgressão disciplinar administrativa de natureza leve, punível com advertência, ou de natureza média, cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a dez dias de suspensão, intimará o suposto autor, podendo propor-lhe que se comprometa a não incidir em nova conduta infracional e, se for o caso, a reparar o dano causado ao erário (destacamos).

É de se achar estranho (e não louvável) a transação prevista para que a Administração Pública tenha de propor ao servidor faltoso que se comprometa a não mais transgredir. Afinal de contas, o atuar correto do servidor público é algo que se espera naturalmente dele, lembrando que exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo é o primeiro dentre o rol de deveres previstos no art. 116, da Lei 8.112/90, aplicável a todos os servidores públicos federais e, em nada conflitante com a Lei nº 4878, de 3.12.1965, que trata do regime jurídico peculiar dos policiais civis da União e do Distrito Federal. Tomando-se por base o PL nº 1952/07, soa até irônico a hipótese de que o servidor faltoso, acusado de deixar de dar provimento com presteza a processo ou expediente que lhe for encaminhado (art. 5º, I, do PL); proceder de forma desidiosa, ocasionalmente (art. 6º, II, 'b', do PL); ou atribuir-se a qualidade de representante de qualquer repartição do órgão a que pertença ou de seus dirigentes, sem estar expressamente autorizado (art. 6º, II, 'e', do PL) enseje, para a Administração Pública, o encargo de propor-lhe que se comprometa a cumprir fielmente seu dever.

No caso concreto, no dia a dia das funções policiais, o superior preparado saberá distinguir a falta que merece ou não relevação, aquela que se resolverá pelo simples aconselhamento ou repreensão verbal, não se justificando que para não iniciar um procedimento disciplinar tenha de se fazer um procedimento administrativo paralelo, que também será formalizado, irá dispendar tempo, dentre outras coisas.

Também não se perca de vista que os servidores policiais, civis ou militares são servidores dotados de prerrogativas que os demais servidores públicos não têm: exercem o poderoso poder de polícia contra as pessoas, são segurança de um modo geral, mas podem, a um passo, transformar-se em agentes de arbítrio, daí a necessidade de serem efetivamente controlados.

Na vida militar vale lembrar o art. 32 do Estatuto dos Militares, que assevera que “todo cidadão, após ingressar em uma das Forças Armadas mediante incorporação, matrícula ou nomeação, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares e manifestará a sua firme disposição de bem cumpri-los”.

Para quem está – e deve estar – sempre preparado para o perigo, a fim de exercer a sagrada missão de defender a sociedade, ainda que com o sacrifício da própria vida, como os militares e os policiais civis ou militares, a mera hipótese de se aceitar a imposição legal de uma “proposta” para que tais servidores, quando faltosos, se comprometam a exercer com fidelidade seu dever estatutário, soa mais como uma válvula de escape para o chefe pusilânime, incapaz de cumprir com seu dever de fiscalização e correção, ficar isento da possibilidade de condescendência criminoso.

4. TERMO CIRCUNSTANCIADO ADMINISTRATIVO

Previsto na Instrução Normativa CGU nº 4/2009, o TAC nada mais é do que um documento administrativo a ser lavrado pelo chefe do setor responsável pela gerência de bens e materiais na unidade administrativa ou, caso tenha sido ele o servidor envolvido nos fatos, pelo seu superior hierárquico imediato. O termo circunstanciado deverá conter, necessariamente, a qualificação do servidor público envolvido e a descrição sucinta dos fatos que acarretaram o extravio ou dano do bem, assim como o parecer conclusivo do responsável pela sua lavratura (art. 2º, § 1º da Instrução).

Conquanto seja apenas uma instrução normativa com validade para a Administração Pública Federal, o Termo Circunstanciado Administrativo, de

todas as medidas, neste ensaio referidas, nos parece ser a mais simples, eficaz e acertada.

Com efeito, a medida está calcada em pressupostos de ordem objetiva visando desburocratizar a Administração Pública por meio da eliminação de controles cujo custo de implementação seja manifestamente desproporcional em relação ao objetivo. Custos! Por isso o TCA tem alcance restrito e aí está sua validade, pois só será elaborado para a apuração de extravio ou dano a bem público de pequeno valor, até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), como já visto anteriormente (destacamos).

Nada mais simples e eficaz: extraviado ou danificado o bem público, lavrase o TCA. O servidor indiciado se manifesta e a autoridade responsável pelo julgamento concluirá se o extravio ou dano decorreu do uso regular deste ou de fatores que independam da ação do agente (hipótese em que o servidor fica isento de qualquer responsabilidade); ou se o fato decorreu de conduta culposa do agente (hipótese em que o encerramento da apuração para fins disciplinares estará condicionado ao ressarcimento do erário).

Esse ressarcimento, quando houver, será feito por meio de pagamento direto, pela entrega de um bem de características iguais ou superiores ou, pela prestação de serviço que restitua o bem às condições anteriores (conserto, por exemplo). Obviamente, quando não ocorrer o ressarcimento segue-se a necessária apuração da responsabilidade funcional do servidor público, na forma definida pelo Título V da Lei nº 8.112/90.

Não vemos óbice algum que o Termo Circunstanciado Administrativo seja utilizado – aliás, devia sê-lo – pela Administração Pública Estadual (civil ou militar) e também pela municipal. Na Administração Militar por exemplo, o TCA abrangeria a conduta culposa de parte do servidor militar em que resultasse extravio ou dano a bem público, como aparelhos de comunicação (rádios de viatura, de centrais de atendimento), de equipamentos e recursos áudio-visuais e de móveis e eletrodomésticos cujo prejuízo fosse considerado de pequeno valor, inclusive a hipótese da

responsabilidade administrativa em decorrência do crime do art. 265 do CPM, na sua modalidade culposa⁸.

5. AJUSTAMENTO DE CONDUTA DO SERVIDOR

Apesar de ter sido previsto legalmente com a designação de Termo de Compromisso de Ajuste de Conduta, entendemos que esse termo de ajustamento seria uma das espécies de Transação Administrativa, e vem sendo louvado por parte da doutrina especializada como uma das medidas adotadas por um sistema punitivo disciplinar pautado nas garantias constitucionais.

Com a devida vênia, não conseguimos ver os benefícios advindos da peculiar medida legislativa inserida na Lei nº 1.818/2007, que dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Tocantins. Um simples olhar – mas cuidadoso – sobre o texto legal evidenciaria sua aparente inutilidade.

Com efeito, dispõe o art. 147 do Estatuto que pode ser elaborado termo de compromisso de ajuste de conduta quando a infração administrativa disciplinar, no seu conjunto, apontar ausência de efetiva lesividade ao erário, ao serviço ou a princípios que regem a Administração Pública.

Como se não bastasse a inusitada proposta de ajustamento de conduta, a Lei nº 1.818/07, indo de encontro ao que seria um modelo de rito prático e simplificado para a formalização do eventual aceite da proposta formulada, previu em seu art. 150 que o compromisso firmado pelo servidor perante a Comissão Permanente ou Especial deve ser acompanhado por advogado ou defensor *ad hoc*. A disposição disse mais do que deveria porque o ajustamento de conduta, como medida alternativa ao processo dis-

⁸ Art. 265. *Fazer desaparecer, consumir ou extraviar combustível, armamento, munição, peças de equipamento de navio ou de aeronave ou de engenho de guerra motomecanizado: Pena - reclusão, até três anos, se o fato não constitui crime mais grave. Modalidades culposas:* Art. 266. *Se o crime dos artigos 262, 263, 264 e 265 é culposos, a pena é de detenção de seis meses a dois anos; ou, se o agente é oficial, suspensão do exercício do posto de um a três anos, ou reforma; se resulta lesão corporal ou morte, aplica-se também a pena cominada ao crime culposos contra a pessoa, podendo ainda, se o agente é oficial, ser imposta a pena de reforma.*

ciplinar, se anteceder a este, pode ser feito somente entre o servidor e a Comissão e, se durante o desenrolar do processo, dispensaria a presença de advogado (Súmula Vinculante 5, do STF) a menos que este fosse constituído, sendo suficiente o defensor *ad hoc*.

Portanto, o ajustamento de conduta pressupõe uma análise, ainda que perfunctória, no conjunto da infração administrativa disciplinar, a envolver todas as circunstâncias do fato. Desta análise surgem os requisitos do cabimento do ajustamento do servidor público: ausência de efetiva lesividade ao erário, ao serviço ou a princípios que regem a Administração Pública (CF, art. 37). Ou seja, o ajustamento foi previsto para quando da conduta do servidor não advenha nenhum prejuízo, sendo de todo cabível perguntar quando é que tal possibilidade poderá se fazer presente, visto não ter cabimento que alguém se comprometa a deixar de fazer aquilo que não fez (transgressão disciplinar) ou, que se comprometa a fazer aquilo que já vem fazendo (trabalhar corretamente). Com a palavra, o legislador tocantinense!

Já o art. 66, da Lei 3.728/2008, do Estado do Amazonas, previu que, nas hipóteses em que não for possível determinar a ocorrência de infração disciplinar de qualquer natureza, mas que exijam o restabelecimento da paz social ou familiar, será admitida a conciliação entre a Administração e o servidor, mediante a lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta. Fica difícil aceitar que o legislador amazonense tenha vislumbrado alguma hipótese em que a inoocorrência de infração disciplinar de qualquer natureza, por parte do servidor, possa quebrar a paz social e familiar, (*sic*) a ponto de ensejar que a Administração busque a conciliação com quem nada fez de errado.

6. SUSPENSÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Notícia João Francisco da Mota Júnior que um grande exemplo de introdução destes novos parâmetros foi a criação pelo município de Belo Horizonte, por meio de sua Controladoria-Geral, ao desenvolver a SUSPAD – Suspensão do Processo Administrativo Disciplinar, advinda pelo art. 6º da Lei municipal nº 9.310/07, que alterou o Estatuto dos Servidores Mu-

nicipais daquela Capital (Lei 7.169/96), e regulamentada pelo Decreto nº 12.636/07, tendo como base a suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95⁹.

Ao se analisar o novo art. 225-A do Estatuto municipal, é possível verificar que, nas infrações disciplinares, o Corregedor-Geral do município, no momento da instauração do processo administrativo disciplinar ou da sindicância a que se refere o art. 221, V, da mesma lei, poderá propor a suspensão do processo disciplinar – SUSPAD, pelo prazo de 1 a 5 anos, conforme a gravidade da falta, e desde que o servidor não tenha sido condenado por outra infração disciplinar nos últimos 5 anos (destacamos).

Aceita a proposta, o Corregedor-Geral especificará as condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do servidor, incluída a reparação do dano se houver. Se o beneficiário vier a ser processado por outra falta disciplinar ou descumprir as condições, a SUSPAD será revogada, e o processo retoma seu curso normal. Expirado o prazo com o cumprimento da totalidade das condições, será declarada extinta a punibilidade do servidor.

A lei especifica ainda que a SUSPAD não tem cabimento nos procedimentos administrativos disciplinares quando as condutas tipificadas no Estatuto correspondam a crimes contra a Administração Pública, cujas penas mínimas cominadas sejam igual ou superior a 1 ano, atos de improbidade administrativa e abandono de cargo.

Não é aqui o local de efetuar comparações com os institutos da Lei 9.099/90, se bem que se depreende ser dela o paradigma adotado para a SUSPAD, mesmo porque somos contrários a este tipo de transplante de dispositivos legais.

No caso concreto da SUSPAD mineira, João Francisco da Mota Junior apontou com agudeza que: “a lei municipal preceitua sobre ‘conforme a

⁹MOTA JUNIOR, J. F. **A transação administrativa e a SUSPAD mineira – Medidas alternativas e o sistema punitivo disciplinar**. Disponível em <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/3260>. Acesso em 6.5.2012.

gravidade da falta', sem especificar os critérios de definição de 'gravidade' da infração administrativa"¹⁰.

É uma indefinição relevante e, desde que permanece a critério do Corregedor-Geral, pode vir em prejuízo daquele que foi imputado da prática de uma transgressão administrativa. A classificação da natureza das transgressões em leves, médias e graves ainda permanece atrelada ao entendimento da autoridade que irá julgar a transgressão, mas, essa discricionariedade vem sendo paulatinamente mitigada com a edição de regulamentos que, trazendo expressamente prevista a gravidade da infração não deixam margem para a discricionariedade da autoridade, e isto vem se nos apresentando como uma medida salutar.

Mota Junior aduz, ainda, que da forma como está proposta, a lei mineira não afasta, de plano, a questão do corporativismo, ainda tão forte em algumas áreas ou atividades do setor público, além das hipóteses de perseguições a desafetos dentro do serviço público, como sabido, e não excluído. Uma margem de discricionariedade maior para o oferecimento da proposta ou não da suspensão do processo administrativo disciplinar pode servir tanto para “proteger” determinados agentes, quanto como fator de “perseguição”¹¹.

7. PRECONIZAÇÃO DO TRANSPLANTE EM BLOCO DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL E DO PROCESSO PENAL PARA O DIREITO DISCIPLINAR

O debate crescente em torno do cabimento de uma chamada transação administrativa, para aquilo que poderíamos chamar de infração administrativa de menor potencial ofensivo, revela a tentativa, em nome de um Estado Democrático de Direito, de efetuar um transplante dos princípios do processo penal para o direito disciplinar.

¹⁰ MOTA JUNIOR, J. F. **A transação administrativa e a SUSPAD mineira – Medidas alternativas e o sistema punitivo disciplinar**. Disponível em <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/3260>. Acesso em 6.5.2012.

¹¹ MOTA JUNIOR, J. F. **A transação administrativa e a SUSPAD mineira – Medidas alternativas e o sistema punitivo disciplinar**. Disponível em <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/3260>. Acesso em 6.5.2012.

Conforme já lembramos anteriormente¹², discorrendo sobre a recepção das garantias penais e processuais para o âmbito da esfera administrativa do direito espanhol, José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto aduz que não se trata de preconizar um transplante de todas as garantias penais e processuais para o âmbito sancionador administrativo. É necessário buscar o adequado equilíbrio entre as garantias básicas do infrator e as prerrogativas da Administração no exercício de sua potestade sancionadora ou disciplinar. Caso contrário, adverte o autor, superada a etapa em que eram possíveis os excessos no exercício de uma potestade sancionadora incontrolada, poderemos cair no extremo oposto: enquanto as garantias do infrator disparam, alçadas por um irreflexivo efeito mimético de transposição em bloco do processo penal para o administrativo sancionador, as prerrogativas da Administração se reduzem até quase sua eliminação. Neste sentido, devemos recordar que a potestade sancionadora da Administração se justifica – segundo a doutrina constitucional espanhola – precisamente porque sua eficácia e imediatidade é a melhor salvaguarda do interesse público, frente a possível ineficácia da Administração da Justiça para reprimir ilícitos de gravidade menor¹³.

Este entendimento é corroborado por Rafael Munhoz de Mello, para quem seria um erro grave, simplesmente transportar os princípios do Direito Penal para o âmbito dos ilícitos e sanções administrativos¹⁴. Também pensamos que tal transplante é um erro que irá engessar, paulatinamente, a Administração Pública como um todo.

Erra rotundamente quem pretende estabelecer identidade entre a ocorrência de um fato criminoso e uma falta administrativa disciplinar, confundindo seus agentes. Enquanto o servidor público é um representante do Estado, que assume o compromisso formal de cumprir com fidelidade seu mister – que deve ser exercido em prol da sociedade –, o criminoso, enquanto agente de um fato tipificado pela lei não tem compromisso for-

¹² vide item 2.4.2 deste livro.

¹³ RODRÍGUES-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. **Principio de legalidad de las infracciones y sanciones disciplinarias militares**. Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas. Madrid: Imprenta Ministerio de Defensa, junio 2000, p. 45.

¹⁴ MELLO, R. M. **Sanção Administrativa e princípio da legalidade**, 137 p., apud OLIVEIRA, F. M. **Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 97.

mal nenhum com a sociedade em que vive, razão pela qual não há qualquer lógica em pretender identificá-los.

Para nós, é exatamente este transplante indevido de princípios que vem, cada vez mais desvirtuando o direito disciplinar militar. As transgressões disciplinares militares deveriam constituir dois grupos distintos em face da penalidade possível, quais sejam: o grupo das penalidades ordinárias ou reeducativas, que seriam as do dia a dia castrense (advertência, repressão, permanência disciplinar, detenção e prisão) e não devem ensejar a Instauração de processo administrativo regular, bastando que o rito aplicado garanta o contraditório e a ampla defesa; e o grupo das penalidades extraordinárias ou exclusórias, que apresentam um *plus* em relação às primeiras pois implicam a interrupção da relação de trabalho (licenciamento e exclusão a bem da disciplina, demissão, expulsão e reforma). E, estas sim, devem ser sempre precedidas de processo administrativo¹⁵.

Entretanto, a pretexto de adequação aos ditames de um novo direito administrativo disciplinar, regulamentos de instituições militares estaduais vêm, cada vez mais tratando da mesma forma tanto uma simples transgressão leve quanto a mais grave possível, impondo em qualquer caso a realização de um mesmo processo administrativo regular.

8. PONTOS QUE VÊM SENDO OLVIDADOS NA BUSCA PELA IMPLEMENTAÇÃO DA TRANSAÇÃO ADMINISTRATIVA

A discussão sobre a aplicabilidade da chamada Transação Administrativa não pode passar ao largo de alguns pontos que devem ser observados:

Lembrado, dentre inúmeros outros, por Sandro Lucio Dezan, o primeiro deles seria a observância do princípio da responsabilização do servidor infrator, que impõe o dever de a Administração apurar as notícias de ilícitos administrativos, com observância dos princípios regentes de uma apuração certa e justa, e, sendo o caso, aplicar a sanção correspondente ao caso concreto¹⁶.

¹⁵ Conforme nosso **Curso de Direito Disciplinar Militar**, p.145 e 147.

¹⁶ DEZAN, S. L. **Fundamentos do Direito Administrativo Disciplinar**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 127-128.

Citou igualmente o princípio da indisponibilidade do interesse público, que, no campo do Direito Disciplinar, pode ser encontrada a sua força normativa no princípio do *in dubio pro societate* presente em algumas fases dos procedimentos administrativos sancionatórios, a exemplo do dever de instauração de processo disciplinar quando o colegiado sindicante constatar a materialidade e ficar em dúvida quanto a ser determinado servidor autor, ou não, da conduta que deu azo ao resultado. Nesse caso deve o órgão sindicante proceder ao relatório do procedimento, com sugestão de instauração de procedimento em contraditório, processo administrativo disciplinar, para proporcionar instrumento mais abalizado à busca da verdade real e oferecimento de possibilidade de contraditório e de ampla defesa ao acusado¹⁷.

Tanto a responsabilização do servidor infrator como a indisponibilidade do interesse público encontram guarida no § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, quando veda o acordo, transação ou conciliação na responsabilização dos ímprobos; e, ainda que, nos casos que a lei estabelece, sejam, à toda evidência, mais graves, a indisponibilidade do interesse público com certeza se aplica no direito disciplinar como um todo, conjugando-se com outro princípio igualmente importante que é o da eficiência na prestação do serviço público.

Apesar de a proposta seduzir em princípio as forças militares, em especial as estaduais pois vem rotulada como avanço próprio do Estado Democrático de Direito, temos que a mesma não se mostra eficaz para a Administração Pública. Poderá até ser para o servidor faltoso, mas com certeza não será para a sociedade, que é a destinatária dos serviços previstos constitucionalmente.

Na vida militar então, cremos ser mais um passo para a descaracterização das polícias e corpos de bombeiros militares, já tão aviltados nas últimas décadas. Sabe-se que atualmente, em vários Estados da Federação, a proposta começa a ganhar corpo. Alguns Oficiais se mostram favoráveis porque, na prática, os comandantes estão com dificuldades para efetivarem as punições de prisão, por exemplo. Não há mais refeitórios (ranchos) nos

¹⁷ DEZAN, S. L. **Fundamentos do Direito Administrativo Disciplinar**. Curitiba: Juruá, 2010, p.152-153.

Quartéis, o que de fato tem impossibilitado o cumprimento das penas de prisão, assim como a manutenção da tropa aquartelada em períodos excepcionais, como o de prontidão para pronta resposta à grave perturbação da ordem pública, com visível prejuízo para o serviço.

Governadores descompromissados com essas seculares instituições têm feito sua parte significativa no desmantelamento das mesmas, invertendo a hierarquia, promovendo oficiais mais modernos para altos cargos com o propósito de afastar aqueles que não lhes são fiéis; reduzindo ao máximo o culto aos valores históricos e aos heróis; aproximando-se dos dirigentes das associações de classe, tanto de oficiais como de praças, inclusive daquelas que pregam abertamente o descumprimento da lei e o incentivo à greve proibida constitucionalmente.

Dentro dessa nova ótica “moderna e humanitária”, mas com sérios problemas para essas estruturas verticalizadas hierarquicamente, pode-se citar um fato inédito na corporação policial militar do Acre, quando o Comandante Geral, ao início de 2011, nomeou um soldado para ser chefe de uma seção estratégica da PM, a Assessoria de Comunicação, mais conhecida como PM-5, vinculada diretamente ao comando geral e privativa de oficiais, em uma evidente inversão da disciplina e da hierarquia que constituem a estrutura das forças militares.

Em que pese o soldado Assessor de Imprensa ser formado em jornalismo pela Universidade Federal do Acre (UFAC) – e aqui não vai nenhuma dúvida acerca de sua capacidade intelectual –, não resta dúvida que a nomeação mexeu com os brios de alguns oficiais que serviam no Quartel do Comando Geral (QCG), gerando evidente mal-estar¹⁸. A inusitada situação durou exatas três semanas, culminando com a exoneração do soldado em face das pressões recebidas pelo Comando da PMAC¹⁹.

¹⁸ **Comando Geral nomeia soldado para ser Chefe de Seção.** Disponível em <http://a4demaio.blogspot.com.br/2011/03/comando-da-pm-nomeia-soldado-para-ser.html>. Acesso em 10.5.2012

¹⁹ **Soldado nomeado como chefe de seção é exonerado do cargo de Assessor de Imprensa da PMAC.** Disponível em <http://glauciapaiva.com/2011/04/08/soldado-nomeado-como-chefe-de-secao-e-exonerado-do-cargo-de-assessor-de-imprensa-da-pmac>. Acesso em 10.5.2012.

Perdendo paulatinamente suas identidades, desprovidas cada vez mais de suporte e apoio para manter suas características, as polícias militares e os corpos de bombeiros militares acabam sendo alvo fácil para essas “inovações” em seu direito disciplinar, as quais, apesar de louvadas em prosa e verso, merecem ser analisadas com muito cuidado.

9. A ANÁLISE ESPECÍFICA POR PARTE DA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO MILITAR

Em julho de 2012, na cidade de Recife, durante curso ministrado aos integrantes da Corregedoria Única²⁰ da Secretaria de Defesa Social do Estado de Pernambuco, foi realizada uma análise que reputamos muito importante, visto que partiu exatamente daqueles que operam diariamente com a questão, ou seja, a viabilidade da aplicação da Transação Administrativa foi analisada por um grupo altamente qualificado e que se constitui em um dos principais operadores do direito disciplinar em Pernambuco.

Os alunos dividiram-se em 10 (dez) grupos, e responderam aos seguintes questionamentos que lhes foram propostos: a) É cabível a instituição da Transação Administrativa no direito disciplinar militar? b) É válido o transporte em bloco dos princípios do Direito Penal e do processo penal, para o Direito Administrativo Disciplinar? c) A implantação da Transação Administrativa não estaria na contramão dos princípios da responsabilização do servidor infrator, da indisponibilidade do interesse público e da eficiência na prestação do serviço público?

Com relação ao instituto da chamada Transação Administrativa, oito grupos entenderam ser possível sua adoção, de forma restrita, apenas para

²⁰ Criada pela Lei 11.929/2001, a Corregedoria-Geral possui uma estrutura diferenciada, onde trabalham de forma integrada Corregedores Auxiliares, subordinados ao Corregedor-Geral e com atuação correicional sobre Polícia Civil, Polícia Militar, Corpo de Bombeiros e Agentes Penitenciários. O Corregedor-Geral deve ser bacharel em Direito, de fora dos quadros dos órgãos operativos, nomeado em comissão pelo Governador do Estado. Atualmente exerce a função um Delegado de Polícia Federal. Em relação às instituições militares de Pernambuco, existem 2 Corregedores-Auxiliares PM e 1 Corregedor-Auxiliar BM, e, embora a lei não exija, são todos bacharéis em Direito. A Lei 11.929/2001 instituiu Comissões Permanentes de Disciplina, existindo 8 Comissões de Disciplina para as instituições militares, composta na maioria por capitães.

transgressões de natureza leve. Caberia ao Estado definir as transgressões leves e os critérios necessários para sua adoção. Entenderam, ainda, que haveria maior efetividade na aplicação da sanção disciplinar e o servidor militar não deixaria de ser punido, o que iria desafogar as organizações militares estaduais e a própria Corregedoria. A Transação Administrativa deverá estar prevista em lei, e o princípio da indisponibilidade não goza de caráter absoluto.

Um grupo entendeu, inicialmente, que não seria possível, estabelecendo um paralelo com a Lei 9.099/95, que tem inclusive previsão constitucional, e que, à época em que foi editada, o Judiciário encontrava-se assoberbado com a quantidade de processos, o que não se observa em relação ao Direito Disciplinar. Todavia, entendeu igualmente que o caráter inflexível da disciplina não é absoluto, e assim é possível a transação, dependendo da transgressão em que seria cabível e do grau de ofensa à disciplina e à hierarquia.

Foi observado por um dos grupos que, na legislação da Polícia Militar do Distrito Federal, já existe proposta para instituição de transação administrativa. Apenas um grupo entendeu não ser possível a aplicação da Transação Administrativa em face da indisponibilidade do interesse público em benefício do interesse privado do servidor faltoso. Da mesma forma, o grupo se posicionou contra o transporte em bloco dos princípios do Direito Penal e do processo penal para o Direito Disciplinar, porque se estaria ferindo a independência das instâncias.

Quanto ao transporte em bloco dos princípios do Direito Penal e do processo penal para o processo disciplinar, o entendimento que prevaleceu foi o de que tal transporte somente é possível naqueles processos administrativos onde pode ocorrer a privação de liberdade. Como se tratam de diferentes bens jurídicos tutelados, existem princípios comuns, mas há princípios que não podem ser aplicados. Desse modo, os princípios do Direito Penal e do processo penal devem ser aplicados apenas de forma subsidiária, em face das peculiaridades da função policial militar. Deve haver uma ponderação entre os princípios a serem transportados: os princípios da Administração Pública e os princípios específicos das Corporações Militares.

10. CONCLUSÃO

Não se pretendeu esgotar a matéria. Ao contrário, visou-se estimular a reflexão serena sobre a inovação pretendida.

Incipiente ainda no Direito Disciplinar do servidor público civil, mesmo assim a matéria já atrai a atenção de algumas autoridades militares estaduais, na busca de celeridade e efetividade da prestação estatual como um todo, e isto incluiria a despenalização de condutas atualmente previstas como infrações administrativas, se vier em benefício da sociedade destinatária do serviço público.

Das medidas tratadas neste ensaio, foi possível perceber que todas elas necessitam de aperfeiçoamento. Da mesma forma, não existe, atualmente, parâmetro confiável para que se estabeleça quais seriam as infrações administrativas de menor potencial, principalmente no seio militar, onde a Lei. 9.099/95, que é o parâmetro dessa inovação, já foi legalmente afastada.

A proposta de criação da chamada Transação Administrativa para o novo regime jurídico dos policiais federais e policiais civis do Distrito Federal causa, no mínimo, estranheza pelo fato de que a Administração Pública, abrindo mão de sua potestade sancionadora, tenha de propor ao servidor faltoso que se comprometa a não mais transgredir, principalmente porque o exercer com zelo e dedicação as atribuições de seu cargo é aquilo que se espera naturalmente dele, sob pena, inclusive, de responsabilidade.

Por outro lado, o curioso ajustamento de conduta do servidor criado pelo Estado do Tocantins, se apresenta como uma medida inócua à melhoria do serviço público já que apresenta, como requisito para sua propositura ao funcionário pela Administração, a ausência de efetiva lesividade, ou seja, pressupõe a inexistência de qualquer prejuízo indo de encontro à sua desejada finalidade. O mesmo se diga em relação ao Estado do Amazonas, onde o ajustamento de conduta se dará quando não for possível determinar a ocorrência de infração disciplinar de qualquer natureza, e esta inoportunidade, pasmem, poderá quebrar a paz social ou familiar.

Já na suspensão do processo administrativo disciplinar mineiro, verificou-se que a lei municipal deixa ao critério da autoridade a classificação da natureza da transgressão ensejadora da proposta. Essa margem de discricionariedade maior para o oferecimento ou não da proposta de suspensão do processo administrativo pode servir tanto para proteger determinado agente quanto como fator de perseguição, situações que há que se aceitar que existem em nosso serviço público.

A única medida realmente acertada, e que nos chamou positivamente a atenção foi o termo circunstanciado administrativo, editado pela Controladoria-Geral da União, mas que pode ser encampado pelas demais esferas da Administração Pública, inclusive a Militar. Isto porque seu trâmite é relativamente sumário, objetivo, e, com certeza dotado de razoabilidade e proporcionalidade.

Afora o TAC, e agora voltados para o Direito Disciplinar Militar especificamente, consideramos desnecessária, senão perigosa, a tentativa de positivação da infração administrativa de menor potencial ofensivo e as demais hipóteses da transação administrativa e do ajustamento de conduta do militar infrator.

11. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Curso de Direito Disciplinar Militar – da simples transgressão ao processo administrativo**, 3. ed., revista e atualizada. Curitiba: Juruá, 2012.

DE PAULA, J. C. R.; RESENDE, W. B. A transação Administrativa na Instituição Militar Estadual. **Revista de Estudos & Informações** n. 31. Belo Horizonte, novembro de 2011.

DEZAN, S. L. **Fundamentos do Direito Administrativo Disciplinar**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 127-128

MELLO, R. M. **Sanção Administrativa e princípio da legalidade**, p. 137, *apud* OLIVEIRA, Farlei Martins de. **Sanção Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MOTA JUNIOR, J. F. **A transação administrativa e a SUSPAD mineira – Medidas alternativas e o sistema punitivo disciplinar.** Disponível em <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/3260> . Acesso em 6.5.2012.

RODRÍGUES-VILLASANTE Y PRIETO, J. L. *Principio de legalidad de las infracciones y sanciones disciplinarias militares.* **Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas.** Madrid: Imprenta Ministerio de Defensa, junio 2000, p. 45.



status de militar como

condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção – uma construção equivocada

Marcelo Ferreira de Souza

Professor de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF)
e do Centro Universitário UNIEURO

RESUMO: O crime de deserção tutela o serviço e os deveres inerentes às atividades militares. Sua relevância decorre da especial proteção que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere à segurança e à defesa da pátria, missão constitucional das Forças Armadas. Logo, a tipificação da conduta de deserção convém à preservação da democracia e à defesa da soberania. No entanto, é frequente o sobrestamento dos processos criminais diante da exclusão superveniente do desertor, por entender a Justiça Militar da União que o *status* de militar é condição de procedibilidade e de prosseguibilidade do processo por deserção. Trata-se de uma construção jurisprudencial equivocada que acaba por comprometer a proteção estabelecida pela legislação penal militar. O problema se agrava com a extensão daquela interpretação diante de situações outras que não envolvem incapacidade do acusado. Tal entendimento representa verdadeira renúncia ao direito de punir não autorizada pela legislação castrense, uma vez que, mesmo aperfeiçoado o delito, cria-se causa de exclusão e extinção da punibilidade alheias ao Código Penal Militar e mitiga a proteção almejada pela Constituição da República. Ademais, tal postura tende a enfraquecer a separação (autonomia e independência) entre as instâncias (penal e administrativa) e a subtrair do Ministério Público as atribuições inerentes à sua missão constitucional em matéria penal, razão pela

qual carece de interpretação conforme a Constituição, para restabelecer o império da lei e evitar que continuem frustrados diversos procedimentos instaurados para apuração do crime de deserção.

PALAVRAS-CHAVES: Deserção. *Status* de militar. Condição de Proseguibilidade. Processo Penal Militar. Justiça Militar da União.

ABSTRACT: The crime of desertion oversees the service and the duties of military activities. Its relevance stems from the special protection that the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 provides the security and homeland defense, constitutional mission of the Armed Forces. Thus, the characterization of the conduct of desertion should be the preservation of democracy and the defense of sovereignty. However, it is often the dismissal of criminal cases before the deletion supervenes the deserter, by understanding the Military Justice that the military *status* and condition is procedibilidade and prosseguibilidade process for desertion. It is a mistaken jurisprudential construction which compromises the protection established by the military penal legislation. The problem is aggravated by the extension of that interpretation in situations that do not involve other inability of the accused. Such understanding is true waiver of the right to punish unauthorized by law castrense, since even perfected the crime, creates a cause of exclusion and extinction of criminal liability beyond the Military Criminal Code and mitigates the protection sought by the Constitution. Moreover, such an approach tends to weaken the separation (autonomy and independence) between instances (criminal and administrative) and subtract the prosecutor assignments inherent in their constitutional duties in criminal matters, which is why lack of interpretation under the Constitution to restore the rule of law and prevent the continuation frustrated many established procedures for determining the crime of desertion.

KEYWORDS: Desertion. Military *Status*. Proseguibilidade Condition. Military Criminal Procedure. Military Justice.

SUMÁRIO: 1. A Deserção e sua relevância jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito – 2. O equívoco em considerar o *status* de militar como condição do processo – 3. Conclusão – 4. Referências

1. A DESERÇÃO E SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A deserção integra o título do Código Penal Militar (CPM) destinado aos Crimes Contra o Serviço Militar e o Dever Militar. Sua objetividade jurídica, portanto, é a tutela do serviço e dos deveres inerentes às atividades militares. Tão grande é a relevância de tal delito que o CPM estabeleceu pena de morte quando sua prática ocorrer em tempo de guerra (art. 392).

A relevância da deserção decorre da especial proteção que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) confere à segurança e à defesa da pátria¹.

As Forças Armadas representam a função estatal que se destina à preservação da segurança do Estado e de sua soberania². Para o cumprimento de sua destinação constitucional, as Forças Armadas dispõem de efetivos de pessoal militar e civil, fixados em lei, que são complementados pelos brasileiros sujeitos à incorporação, mediante mobilização ou convocação³. Para essa complementação, surge a providência adotada por meio do art. 143 da CRFB/88, estabelecendo o serviço militar obrigatório.

¹ O poder constituinte originário, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, conferiu à segurança o *status* de direito fundamental (art. 5º, caput, da CRFB/88), indicando que uma das principais funções do Estado é a de prover segurança às pessoas. Estabeleceu ainda que a soberania constitui um dos fundamentos da nossa República (art. 1º).

² A destinação constitucional das Forças Armadas é definida pelo texto constitucional por meio do art. 142, que assim dispõe: “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”.

³ De acordo com o parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar nº 97/99, “constituem reserva das Forças Armadas o pessoal sujeito a incorporação, mediante mobilização ou convocação, pelo Ministério da Defesa, por intermédio da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, bem como as organizações assim definidas em lei”.

Para evitar comprometimento do serviço militar obrigatório, com reflexo direto sobre as atividades das Forças Armadas⁴, justifica-se a tipificação da prática de deserção.

Um indicativo claro e inequívoco de que o crime de deserção vincula-se diretamente ao serviço militar obrigatório está contido no art. 132 do CPM, estabelecendo que a prescrição para o referido crime só extingue a punibilidade quando a praça que o pratica atinge a idade de 45 (quarenta e cinco) anos. Isso porque a Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64) prevê que a obrigação para com o serviço militar subsistirá até que o agente complete 45 (quarenta e cinco) anos⁵.

Assim, é possível inferir que a tipificação da conduta de deserção convém à preservação da democracia e à defesa da soberania, uma vez que, se por um lado a Constituição da República estabelece o dever das Forças Armadas, de outro, o Código Penal Militar define as condutas contrárias àqueles deveres. Logo, a defesa da soberania está intimamente vinculada à proteção penal militar eficiente, que viabiliza o regular exercício das atividades militares. Dito de outra forma, a defesa dos interesses anunciados pelo texto constitucional está relacionada diretamente ao Direito Penal Militar, como instrumento destinado à tutela daqueles interesses.

O serviço militar obrigatório e a tutela propiciada pela criminalização da conduta de deserção, portanto, compõem o conjunto de mecanismos que viabilizam as garantias constitucionais.

A deserção é classificada pela doutrina como crime propriamente militar, que só pode ter como sujeito ativo o militar da ativa. Sua consumação ocorre com o decurso de mais de 8 (oito) dias de ausência do militar, nas

⁴ José Afonso da Silva destaca que as Forças Armadas constituem “elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do direito e da paz social” e “garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins”. (SILVA, José Afonso da. Curso de **Direito Constitucional Positivo**, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.p. 703).

⁵ É essa a disposição constante do art. 5º da Lei do Serviço Militar: “a obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos”.

hipóteses previstas no artigo 187 e 188 do CPM (deserção em geral), ou no momento da partida do navio ou da aeronave, ou do deslocamento da unidade ou força, nas hipóteses previstas no art. 190 do CPM (deserção especial).

Destaca-se que, de acordo com a regra geral contida no art. 5º do CPM, considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o do resultado. E de acordo com outra regra geral, considera-se consumado o crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (art. 30, inciso I, do CPM). Com efeito, é nesse momento que deve ser verificado o *status* de militar da ativa, condição elementar da deserção, sem a qual o crime não se verifica. Uma vez consumada a deserção, incide a competência do foro militar, estabelecida para o processo e julgamento dos crimes cometidos ao tempo de atividade no serviço. Em paralelo, surgem para a administração militar as providências administrativas decorrentes da deserção: o militar sem estabilidade deve ser excluído do serviço ativo, ao passo que o militar estável deve ser agregado⁶.

2. O EQUÍVOCO EM CONSIDERAR O *STATUS* DE MILITAR COMO CONDIÇÃO DO PROCESSO

O rito especial previsto no Código de Processo Penal Militar (CPPM) impõe, para o início do processo por deserção, a reinclusão do militar que foi excluído⁷ e a reversão do militar que foi agregado⁸.

⁶ O desertor que se encontra no serviço militar obrigatório bem aquele que não tem estabilidade são excluídos. A praça com estabilidade e o Oficial são agregados, de acordo com o art. 80, do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980). A exclusão do militar do serviço ativo pela deserção tem por escopo estabelecer um marco da interrupção do tempo de serviço militar obrigatório e, por consequência, interromper também o pagamento da remuneração do desertor. Assim, só faria sentido a reinclusão prevista no § 1º do art. 457 do CPPM para o desertor que não cumpriu o tempo a que estava obrigado.

⁷ Essa assertiva decorre da disposição contida no parágrafo 1º do artigo 457 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual “o desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído”.

⁸ É o que se depreende da leitura do § 3º do art. 457 do CPPM, que assim dispõe: Reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsa-

O processo penal é iniciado por meio da ação penal que, no âmbito do direito processual penal militar, tem por natureza jurídica um direito público subjetivo, instrumental, autônomo e abstrato, destinado à aplicação do direito penal objetivo. Aquele direito subjetivo do Estado impõe ao órgão ministerial o dever de oferecer a denúncia sempre que houver a prova de suposto crime e os indícios de autoria (art. 30 do CPPM), dela não podendo desistir (art. 32 do CPPM), tudo em decorrência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, norteador das atividades do Ministério Público Militar, e da determinação constante do art. 129, inciso I, da CRFB/88, segundo a qual “são funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Para a propositura da ação penal, as normas processuais impõem algumas condições, que podem ser genéricas ou específicas. As condições gerais de admissibilidade da ação penal, tal qual no processo civil, são a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação *ad causam*. As especiais são aquelas exigidas pelas peculiaridades que apresenta o funcionamento da justiça penal, conforme o procedimento e a espécie de ação penal. As condições gerais e especiais compõem as chamadas “condições de procedibilidade”, sem as quais a relação processual não pode ser iniciada⁹.

Assim, para o início do processo por deserção, além das condições genéricas da ação penal, prevê o Código de Processo Penal Militar a reinclusão do militar que foi excluído e a reversão do militar que foi agregado (condição especial da ação penal militar).

bilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão.

⁹ Conforme leciona Mirabete, “as condições de procedibilidade são as que condicionam o exercício da ação penal, têm caráter processual e se atêm somente a admissibilidade da persecução penal. Exigida uma condição especial, a admissão da ação penal, além das condições da ação (gerais), depende dessa condição específica”. Mirabete cita como exemplo de condições de procedibilidade, entre outros, a entrada do agente no território nacional no caso de crime praticado no exterior (art. 7º, § 2º, “a” do CP) e a requisição do Ministro da Justiça nos crimes contra a honra do Presidente da República (art. 145, parágrafo único, do CP). (MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126).

Impõe ainda o CPPM a isenção da reinclusão e do processo, com o consequente arquivamento dos autos, para a hipótese em que o militar sem estabilidade for julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo da Força a que pertencia¹⁰. Isso permite inferir que, verificadas as condições de procedibilidade no crime de deserção, estas devem estar presentes também durante o processo penal iniciado, passando a representar as chamadas “condições de prosseguibilidade”. Em decorrência, se o denunciado por deserção morre durante o processo ou perde seu *status* de militar em razão de exclusão do serviço ativo por incapacidade definitiva, o processo não deve seguir, pela ausência superveniente da condição de prosseguibilidade.

Nada menciona o CPPM em relação às outras hipóteses de exclusão do serviço ativo, como, por exemplo, a exclusão a bem da disciplina, a transferência para a reserva remunerada em razão da posse em concurso público, a desincorporação em razão da condição de arrimo superveniente à incorporação, o licenciamento por conclusão de tempo de serviço ou qualquer outra forma de exclusão, seja vinculada à legislação administrativa castrense ou ligada à discricionariedade administrativa. Aliás, disposição interessante sobre o assunto continha o CPPM anterior, que por meio de seu art. 87 estabelecia o seguinte:

A reforma, a transferência para a reserva, a suspensão do exercício das funções, a demissão, a exclusão e a expulsão do serviço militar, reguladas por leis e regulamentos especiais, não extinguem a competência do foro militar para o processo e julgamento dos crimes cometidos ao tempo de atividade no serviço.

Por essas razões, tratando-se do militar incorporado para a prestação do serviço militar obrigatório, a isenção do processo prevista no § 2º do art. 457 do CPPM, conforme a interpretação literal daquele dispositivo, somente faz sentido quando deixou de possuir condições de saúde que o

¹⁰ O parágrafo 2º do artigo 457 do CPPM determina a isenção do processo com arquivamento dos autos para a hipótese em que o desertor tenha sido julgado incapaz definitivamente para o serviço militar. Mas deve ser destacado que a incapacidade definitiva para o serviço militar mencionada no dispositivo não deve ser confundida com a incapacidade para compreender o caráter ilícito do fato, que pode excluir a culpabilidade, pela ausência de imputabilidade.

permitam cumprir o restante do tempo de serviço militar obrigatório. Consequentemente, nada obsta o prosseguimento do feito na hipótese em que o desertor foi licenciado a bem da disciplina ou que, por outro motivo diverso da incapacidade definitiva, tenha perdido a condição de militar.

Daí surge a possibilidade de se inferir que o *status* de militar somente deve ser considerado condição de procedibilidade ou de prosseguibilidade para o desertor sem estabilidade que ainda não concluiu o tempo de serviço militar obrigatório, e que a isenção do processo somente deve alcançar aquele que foi declarado incapaz definitivamente para o serviço militar por motivo de saúde que impeça a continuidade do serviço militar obrigatório. Em decorrência, a condição de prosseguibilidade deveria se vincular à capacidade para o serviço militar e não à manutenção do *status* de militar.

E é esse o sentido da Súmula nº 12 do Superior Tribunal Militar (STM), estabelecendo que “a praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o *status* de militar, condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo”.

No entanto, a despeito do contido em sua Súmula nº 12 (ao que parece, editada para tratar de “condição de procedibilidade” vinculada à capacidade para o serviço militar constatada em inspeção de saúde), o STM vem decidindo no sentido de que o processo para apuração do crime de deserção, já deflagrado, deve seguir somente enquanto o desertor ostentar o *status* de militar da ativa (“condição de prosseguibilidade”). E mais: para o STM, seja qual for o motivo que ensejou a perda do *status* de militar, quer vinculado a problema de saúde, quer não, tal situação indica a ausência de condição de prosseguibilidade.

Ora, se o legislador estabeleceu um requisito de procedibilidade (questão processual), caracterizado pelo *status* de militar como verdadeira condição especial da ação penal militar para o crime de deserção, o fez em prol da continuidade do serviço militar obrigatório para aquele que dele se esquivou com a deserção. E por isso mesmo, admite-se a isenção do processo para aquele desertor que não possui condições de saúde que propiciem

a continuidade do serviço militar obrigatório. No entanto, é necessário delimitar o alcance daquela condição especial da ação penal militar que, na atual interpretação do STM, caracteriza também condição objetiva de punibilidade (questão penal), refletindo diretamente no prosseguimento do processo regularmente iniciado (condição de prosseguibilidade).

A condição de prosseguibilidade é, geralmente, suscitada de ofício e preliminarmente pelo STM, sob o argumento de representar a condição de militar formalidade essencial à continuidade dos feitos onde se apura a ocorrência do crime de deserção.

Entender que o *status* de militar é condição de procedibilidade implica inferir que o processo não pode ser instaurado se o desertor não for reincluído, ao passo que, entender que a condição é de prosseguibilidade, implica, necessariamente, afirmar que o processo regularmente deflagrado não pode seguir quando o indivíduo for excluído da Força a que pertencia, independentemente da espécie de exclusão do serviço militar que se operou.

O alcance da premissa estabelecida pela Súmula nº 12 do STM e as conclusões do silogismo que dela decorrem vêm sendo objeto de acaloradas discussões entre os operadores do Direito Militar. Isso porque, se por um lado a reinclusão de ofício para o processo, conforme determina o § 1º do art. 457 do CPPM, pode sujeitar o desertor a um período de serviço militar obrigatório maior que aquele definido por lei¹¹, criando um suposto constrangimento ilegal, de outro, a isenção ou a suspensão do processo, pela perda superveniente da condição de militar, pode afastar a aplicação da lei penal militar, gerando a impunidade que compromete a tutela almejada pela Constituição.

O problema surge da extensão daquela interpretação diante de situações outras que não envolvem incapacidade. Isso porque são criadas construções de circunstâncias estranhas às regras processuais legais que acabam por interferir na tutela almejada pelo CPM, como se depreende do julgado do STM abaixo transcrito:

¹¹ O tempo de serviço militar obrigatório é definido por meio da Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64), sendo normalmente de 12 (doze) meses (art. 6º, caput).

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO APELADO. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. Sendo a deserção um crime propriamente militar, para que haja processo, condenação e execução da pena é necessário que o acusado mantenha a condição de militar da ativa. A falta de condição de militar da ativa nos crimes de deserção, seja qual for o motivo, traz prejuízo à procedibilidade ao prosseguimento da ação penal militar. Diante disso, a sentença condenatória não merece prosperar, concedendo-se habeas corpus de ofício ao apelante para o trancamento da ação penal em curso, por manifesto constrangimento ilegal. Recurso prejudicado. Decisão unânime¹².

Tal entendimento, hoje chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, representa verdadeira renúncia ao direito de punir não autorizada pela legislação castrense, uma vez que, mesmo aperfeiçoado o delito, cria-se causa de exclusão e extinção da punibilidade alheias ao Código Penal Militar e mitiga a proteção almejada pela Constituição da República¹³. A isenção do processo (ou a extinção da punibilidade pela perda da condição de militar) só é autorizada por lei para a hipótese de exclusão (ou não reinclusão) decorrente de problema de saúde superveniente que inviabilize a

¹² Apelação nº 0000205-37.2010.7.05.0005/PR, Rel. Min. Marcos Martins Torres, Julgamento: 10/5/2012, Publicação: 31/5/2012 Vol: Veículo: DJE.

¹³ Citando Túlio Padovani, Antonio Januzzi Marchi de Godoi esclarece que “o problema das condições objetivas de punibilidade, também chamadas pressupostos de punibilidade, remonta historicamente ao poder discricionário concedido aos juízes e soberanos pelo direito penal do Antigo Regime, autorizando que certos crimes não fossem punidos quando presentes certas circunstâncias pessoais estabelecidas em lei, tais como a posição de nobreza ou eclesiástica do autor do fato, ou, ainda, a oportunidade política da punição, dentre inúmeras condições”. (PADOVANI, T. **Diritto penale**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993. p. 443). “Os princípios de igualdade e legalidade, bem como da obrigatoriedade da ação penal, introduzidos com o advento do período iluminista, ensejaram a redução na utilização deste instrumento legal. Permanecia autorizado, contudo, o juízo de apreciação objetiva acerca de determinados fatos conexos ao delito, subordinando a punibilidade do fato a critérios de oportunidade estabelecidos em lei”. (GODOI, A. J. M. **Natureza Jurídica das Condições Objetivas de Punibilidade**, para o Direito Penal Brasileiro. Disponível em http://www.unilestemg.br/revistaonline/volumes/02/downloads/artigo_24.pdf. Acesso em 13nov2012).

continuidade do serviço militar, a teor do que dispõe o § 2º do art. 457 do CPPM.

A ausência de condição objetiva de punibilidade ocasiona a exclusão da punibilidade. Tal constatação decorre de um juízo de valor adicional à necessária verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade¹⁴.

Com efeito, a pretensão punitiva condiciona-se à verificação de elementos adicionais diversos das elementares necessárias à configuração da infração penal, situados entre a verificação do crime e sua punibilidade, mas não representa um sentido de valoração social do fato.

Entretanto, o alcance que se tem dado às condições objetivas de punibilidade demonstra o surgimento de diferentes construções teóricas, ora as incluindo no quadro analítico do fato (direito material), ora as identificando como condicionantes da ação penal (direito processual). E a opção por uma ou por outra vertente pode resultar em equivocada interpretação tendente a afastar a tutela estabelecida pelo Código Penal Militar, com reflexos na proteção almejada pelo texto constitucional.

Assim, as condições objetivas de punibilidade não podem se vincular à análise da conduta penalmente relevante, interferindo na ofensividade do resultado causado pelo crime de deserção, sob pena de ensejar uma proteção penal deficiente. Essas devem ser analisadas sob o enfoque da viabilidade jurídica de imposição de sanção e, só por isso, podem interferir na persecução penal. Por isso mesmo é que, uma vez verificada, a extinção da punibilidade resulta no arquivamento do Inquérito Policial Militar (art. 25 do CPPM), na rejeição da denúncia (art. 78, alínea “c”, do CPPM) e na absolvição do acusado (art. 439, alínea “f”, do CPPM).

¹⁴ Sobre o assunto, leciona Marques que “a pretensão punitiva pode estar sujeita a condições. Não basta assim a prática de um fato típico, antijurídico e culpável para que surja a punibilidade. Em certos casos, imprescindível se faz, para nascer o direito concreto de punir, que se realize determinada condição: é o que se denomina de condição objetiva de punibilidade”. MARQUES, J. F. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002. 3v. p. 369.

Assim, se determinado militar se ausentou de sua unidade por mais de 8 (oito) dias, sua conduta dolosa, vinculada ao resultado “ofensa ao serviço/dever militar” pelo nexo de causalidade, amolda-se ao tipo descrito no art. 187 do CPM, caracterizando a tipicidade de sua conduta (juízo de valor que incide sobre a conduta do agente).

Posteriormente, avalia-se a ilicitude da conduta daquele militar, que pode ser afastada, por exemplo, diante da presença da excludente “estado de necessidade” (juízo de valor que incide sobre a reprovabilidade da conduta praticada, ou seja, sobre sua antijuridicidade).

A seguir, avalia-se o próprio agente, no intuito de verificar se ele preenche os requisitos para sofrer a pena, que não pode ser aplicada, por exemplo, ao agente inimputável (juízo de valor que recai sobre a culpabilidade).

A constatação de tipicidade, ilicitude e culpabilidade implica a conclusão da ocorrência de crime. E somente essas circunstâncias podem ser consideradas, pois a punibilidade não integra o conceito analítico do crime.

A punibilidade refere-se a um juízo de valor que incide sobre a própria pena, no intuito de verificar se ela pode ou não ser aplicada ao agente que cometeu um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, ao agente que praticou um crime.

De acordo com o art. 123 do CPM, são causas de extinção da punibilidade: morte do agente; anistia ou indulto, retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, prescrição, reabilitação e o ressarcimento do dano no peculato culposo. E, como é possível observar, o CPM não trata da perda da condição de militar como causa de extinção da punibilidade. Ademais, os princípios da legalidade e da obrigatoriedade não permitem a extinção da punibilidade por situações outras não previstas de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.

É certo que a regra processual que impõe a reinclusão do desertor como condição da ação penal militar e a isenção do processo para aquele que foi julgado incapaz acabou, por via reflexa, criando uma espécie de causa de

extinção da punibilidade implícita, caracterizada pela perda superveniente da condição de militar, em razão da incapacidade definitiva verificada em inspeção de saúde. Mas, frise-se que tal permissivo legal contempla somente o agente incapaz, assim reconhecido por inspeção de saúde realizada conforme as normas da respectiva Força, não alcançando os demais atos de exclusão do serviço ativo¹⁵.

Interessante destacar que o CPPM anterior (Código de Justiça Militar) previa expressamente que nenhum acusado por crime de deserção podia ser julgado à revelia¹⁶. Tal disposição não foi repetida pelo atual CPPM, indicando que, após a reinclusão ou reversão do desertor, nada obsta o seu julgamento à revelia, nem mesmo a exclusão superveniente, desde que não guarde relação com incapacidade definitiva. Ao contrário, prevê o atual CPPM que o processo seguirá à revelia do acusado que, citado, intimado ou notificado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado (art. 292).

Verifica-se na prática que, com apoio na Súmula nº 12 do STM, quando o desertor é reincluído, o processo é iniciado e, se praticar nova deserção, o primeiro processo fica “suspensão” até que seja capturado ou se apresente voluntariamente. Com a reinclusão, o processo volta a correr e, diante da superveniência de outra hipótese de exclusão do desertor, por exemplo, o licenciamento por conclusão de tempo de serviço ou a bem da disciplina, o processo de deserção é “extinto” sem julgamento de mérito.

No entanto, de acordo com as disposições do CPPM, o processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecorrível, quer resolva o mérito, quer não (art. 35), somente devendo ocorrer sua “suspensão” ou “extinção” nos casos nele previstos (parágrafo

¹⁵ Diferente, no entanto, deve ser o tratamento conferido ao arrimo de família, uma vez que legislação preserva o interesse da família em detrimento do serviço militar, prevenindo a hipótese da anulação da incorporação (situação de arrimo preexistente à incorporação) ou da desincorporação (situação de arrimo superveniente à incorporação).

¹⁶ Essa era a redação do Decreto-Lei nº 925, de 2 de Dezembro de 1938 (revogado), que estabeleceu o Código de Justiça Militar, em seu artigo 203: “Nenhum acusado por crime de deserção ou insubmissão será julgado à revelia”.

único do art. 35). E o CPPM não prevê hipóteses de suspensão ou extinção do processo pela perda da condição de militar, em razão de nova deserção praticada ou de qualquer outra forma de exclusão superveniente, assim como não as prevê também para os demais crimes propriamente militares. Logo, iniciado o processo penal militar por deserção, somente deve ser admitida a sua extinção em razão de incapacidade definitiva superveniente.

Poder-se-ia argumentar que, se a deserção é classificada como crime propriamente militar, assistiria razão à tese segundo a qual o *status* de militar configura condição de procedibilidade e de prosseguibilidade. No entanto, nos demais crimes propriamente militares, não se exige aquela condição, tanto para o início da ação quanto para o seu prosseguimento.

Outro argumento que poderia ser ventilado diz respeito às consequências da condenação por deserção. Como impor condenação àquele que praticou crime propriamente militar, mas deixou de ostentar o *status* de militar? Ora, a pena deve ser cumprida conforme a condição pessoal do condenado: se ainda ostentar o *status* de militar, terá a prerrogativa de cumprir sua pena somente em Organização Militar da respectiva Força, conforme assegura o art. 73 da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares)¹⁷; se perder a condição de militar, deverá cumprir sua pena em estabelecimento prisional comum, seguindo os ditames da legislação comum, conforme se depreende do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), determinando que “esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

Reforçando essa possibilidade legal, convém destacar o previsto no art. 62 do CPM, estabelecendo que “o civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar”. Assim, a condição de civil do desertor não obsta o cumprimento da pena nos moldes disciplinados pela Lei de Execução

¹⁷ Tal prerrogativa é reforçada pelo art. 59 do CPM, prevendo que a pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida em estabelecimento militar.

Penal, assim como não obsta o cumprimento da pena na hipótese de condenação por qualquer crime propriamente militar.

Merece destaque também a questão da suspensão condicional da pena, uma vez que o CPM veda expressamente a concessão daquele benefício ao condenado por deserção e por outros crimes propriamente militares (art. 88). Como se desdobra a situação do civil condenado por deserção (ou por outro crime propriamente militar)? Deve ser recolhido ao sistema prisional comum, sem o direito à suspensão condicional da pena? É certo que, se não for amparado por qualquer benefício, deve ser recolhido a estabelecimento comum, uma vez que não goza da prerrogativa de cumprir pena em estabelecimento militar. Quanto à vedação do *sursis* penal, trata-se de rigor da legislação penal militar que somente deve incidir sobre aquele que ostentar a condição de militar¹⁸.

Com efeito, caso o civil condenado por crime de deserção não cumpra as condições impostas na audiência admonitória, deverão ser observados os mesmos procedimentos para os civis condenados por outros crimes, culminando com a execução penal em estabelecimento prisional comum, de acordo com os ditames da Lei de Execução Penal.

Em síntese, é possível inferir que, embora o *status* de militar possa ser considerado condição para o exercício da ação penal por deserção, a lei não autoriza considerá-lo condição para a punição do desertor.

¹⁸ Sobre o assunto, convém trazer à colação o entendimento de Assis, lecionando que “tratando-se de crime propriamente militar (contra o serviço e o dever militar), os rigores da legislação castrense justificam-se enquanto o sentenciado detiver a condição de militar. Sendo civil, a rigorosa restrição legal não tem mais sentido já que nenhum benefício poderia trazer às instituições militares colocar-se esse sentenciado, com uma pena relativamente pequena, diretamente no ambiente carcerário comum sem poder beneficiar-se dos benefícios legais vigentes.” ASSIS, J. C. Direito Militar – **Aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 114. Tal entendimento encontra guarida no princípio constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CRFB/88).

3. CONCLUSÃO

O reconhecimento de causa supralegal de extinção da punibilidade, além de contrariar a legislação penal castrense, configura verdadeira afronta aos princípios constitucionais militares (Hierarquia e Disciplina)¹⁹, podendo comprometer o sistema de comandos estabelecido em prol da defesa da pátria e da soberania²⁰.

Se a capacidade das Forças Armadas e seu aprestamento dependem da observância da hierarquia, da disciplina e do serviço militar obrigatório, como determina a CRFB/88, a inobservância destes princípios deve sujeitar o agente aos ditames da lei penal castrense. Por isso é que qualquer regra legal processual que possa ensejar a abrupta extinção do processo onde se apura a ocorrência de deserção deve ser interpretada de forma restrita, mormente diante da possibilidade de provocar a odiosa impunidade dos militares desertores, com reflexos diretos e significativos sobre os interesses e as garantias decorrentes da Constituição.

Dessa forma, deve ser evitada a prematura declaração de isenção do processo tendente a afastar a incidência do Código Penal Militar, instrumento de garantia da defesa da Pátria, uma vez que não se afigura razoável afastar tanto do Ministério Público quanto do Judiciário o conhecimento de condutas que, em tese, caracterizam o crime de deserção, em decorrência de simples decisão de um órgão administrativo. Tal postura tende a enfraquecer a separação (autonomia e independência) entre as instâncias (penal e administrativa) e a subtrair do Ministério Público as atribuições inerentes à sua missão constitucional em matéria penal.

¹⁹ A CRFB/88 revela para a comunidade jurídica que a hierarquia e a disciplina são princípios de marcante singularidade e representam o suporte mínimo de preservação das Forças Armadas.

²⁰ Neste sentido, o entendimento de Bandeira de Mello, lecionando que: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” BANDEIRA DE MELO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 12. ed, 2000, p. 748.

A hora reclama, assim, uma mudança de paradigma, balizada em interpretação conforme a Constituição, para restabelecer o império da lei e evitar que continuem frustrados diversos procedimentos instaurados para apuração do crime de deserção, com ofensa direta aos postulados do Estado Democrático de Direito.

4. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Direito Militar – Aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BANDEIRA DE MELO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 12. ed, 2000.

GODOI, A. J. M. **Natureza Jurídica das Condições Objetivas de Punibilidade, para o Direito Penal Brasileiro**. Disponível em http://www.unilestemg.br/revistaonline/volumes/02/downloads/artigo_24.pdf, acesso em 13 jun. 2013.

MARQUES, J. F. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002. 3v. p. 369.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

Reflexos jurídicos do emprego da artilharia antiaérea

Marcos Fernando Theodoro Pinheiro

Juiz de Direito Substituto da Justiça Militar do Estado de São Paulo

RESUMO: O presente trabalho demonstra os aspectos jurídicos do emprego da Artilharia Antiaérea, sob o ponto de vista da legislação interna e dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Apresenta também as diversas conjunturas nas quais esta defesa antiaérea pode estar sendo utilizada, passando desde a situação de normalidade institucional, os atos de terrorismo ou mesmo os períodos de conflitos armados. São abordados ainda como se dá o funcionamento do Sistema de Defesa Antiaérea e o sistema de Defesa Aeroespacial, bem como a cadeia de ações que resultam no tiro antiaéreo. As possíveis consequências do tiro antiaéreo são estudadas à luz da estrutura analítica do crime e da responsabilidade civil. Estuda-se também acerca dos órgãos competentes para o julgamento de possíveis crimes que possam ocorrer por ocasião do tiro antiaéreo. Por fim, são estudadas as hipóteses de emprego da Artilharia Antiaérea bem como os principais reflexos jurídicos decorrentes da mesma.

PALAVRAS-CHAVES: Artilharia Antiaérea. Tiro Antiaéreo. Reflexos Jurídicos.

ABSTRACT: The present text shows the legal aspects of the use of Anti-Aircraft Artillery, from the point of view of domestic legislation and international treaties to which Brazil is a signatory. It also presents the various conjunctures in which this air defense may be being used, going from the situation of institutional normality, acts of terrorism or even periods of armed conflict. Are discussed further how is the functioning of the Antiaircraft and Aerospace Defense systems as well as the chain of actions that result in antiaircraft fire. The antiaircraft fire consequences are studied under the perspective of the criminal and civil results. It also studies about the competent courts for trial possible crimes that may occur during the antiaircraft fire. Finally, we studied the hypothetical use of the Antiaircraft Artillery and the main legal consequences arising therefrom.

KEYWORDS: Anti-aircraft Artillery. Anti-aircraft shot. Legal Consequences.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O ambiente jurídico – 2.1. Conflito armado internacional – 2.2. Conflito armado não internacional – 2.3. Estado de defesa – 2.4. Estado de sítio – 2.5. Estado de normalidade institucional – 2.6. E os atos de terrorismo? – 3. O sistema de defesa antiaérea – 3.1. O sistema de defesa antiaérea – 3.2. O sistema de defesa aeroespacial – 3.3. Cadeia de ações que resultam no tiro antiaéreo – 4. Estrutura analítica do crime – 4.1. Tipicidade – 4.1.1. Resultado – 4.1.2. Subsunção à norma penal – 4.1.3. Conduta humana – 4.1.4. Nexo causal – 4.2. Ilicitude – 4.2.1. Legítima defesa – 4.2.2. Estrito cumprimento do dever legal – 4.2.3. Estado de necessidade – 4.3. Culpabilidade – 4.3.1. Imputabilidade – 4.3.2. Dolo – 4.3.3. Culpa – 4.4. Inexigibilidade de conduta diversa – 4.4.1. Estado de necessidade exculpante – 4.4.2. Coação irresistível – 4.4.3. Obediência hierárquica – 4.4.4. Erros essenciais – 4.4.5. Erro de direito – 4.4.6. Erro de fato – 5. Responsabilidade civil – 6. Competência jurisdicional e política – 6.1. Justiça Militar da União – 6.2. Tribunal do júri? – 6.3. Justiça Federal – 6.4. Tribunal Penal Internacional (TPI) – 6.5. Organizações internacionais de defesa dos Direitos Humanos – 7. Hipóteses de emprego e reflexos jurídicos – 7.1. Conflitos armados (internacionais ou não internacionais) – 7.1.1. Objetivo militar – 7.1.2. Direito de legítima defesa – 7.1.3. Outros bens que gozam de proteção especial – 7.1.4. Combatentes e guerrilheiros – 7.1.5. Feridos – 7.1.6. Terroristas, espões e mercenários

– 7.1.7. Conclusão parcial – 7.2. Estado de defesa e estado de sítio – 7.3. Situação de normalidade institucional – 7.3.1. Forças adversas advindas do exterior – 7.3.2. Forças adversas atuando em proveito do crime organizado – 8. Conclusão – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O emprego de aeronaves em atividades ilícitas de toda espécie demanda uma ação enérgica por parte do Estado a fim de coibir tais delitos. Nessa mesma esteira, na seara dos conflitos armados, nações que se encontravam em paz – frise-se: sem que fosse declarada a guerra – foram alvos de ataques armados, figurando o vetor aéreo, aqui também, como um dos principais meios. Há, ainda, aquelas situações em que o ambiente jurídico não fica perfeitamente delineado, como ocorre no caso dos ataques terroristas.

Nesse ambiente de espectro diverso e variado é que, por vezes, as Forças Armadas são chamadas a atuar contra aeronaves, quer estejam sendo empregadas por forças inimigas – no caso do estado de beligerância –, quer estejam sendo empregadas por forças adversas – no caso de atividades ilícitas.

Neste breve trabalho, serão abordados apenas os aspectos jurídicos do emprego dos meios terrestres e, em especial, os meios de defesa antiaérea.

Inicialmente, cabe esclarecer que toda atividade humana encontra limites legais, e com a atividade militar não é diferente. Desde há muito a comunidade internacional estabeleceu regras impondo comportamentos humanos aos combatentes. Percebeu-se que submeter os inimigos a sofrimentos desnecessários e desproporcionais, além de não se coadunar com o princípio da humanidade, não traz nenhuma vantagem militar. Primeiramente, as regras foram costumeiras e, gradativamente, foram sendo positivadas, havendo atualmente, um arcabouço jurídico vasto e complexo¹. Algumas dessas normas também são dirigidas ao tempo de paz.

¹ Vide sítio na rede mundial de computadores (internet) do Ministério das Relações Exteriores: <http://www2.mre.gov.br/dai/dearm.htm>.

O mesmo se diz do combate à criminalidade ou da manutenção da ordem pública, em que a atuação preventiva e repressiva do Estado encontra rígidos parâmetros legais.

Retornando ao tema principal, por óbvio, o emprego do armamento antiaéreo terá como efeito principal o abate da aeronave hostil. Somente por acaso haverá sobreviventes. Nesse contexto, em que o resultado esperado é a morte é que avultam de importância os reflexos jurídicos da ação militar, qual seja: o tiro antiaéreo.

Tais reflexos jurídicos serão tratados conforme a situação institucional vivida pelo país no momento do fato (*tempus regit actum*). Daí a necessidade de, primeiramente estudá-la, eis que o chefe militar deve conhecê-la perfeitamente, a fim de que se estabeleçam regras de engajamento adequadas e não se cometam abusos.

Acrescente-se que o emprego do vetor aéreo, como sói acontecer, caracteriza o divisor de águas de uma situação para outra, qual seja: da calma para a crise, da paz para a guerra ou, da normalidade institucional para o estado de sítio ou de defesa. Nesse passo, a defesa antiaérea deverá estar em condições de atuar antes mesmo que as autoridades nacionais tomem as medidas necessárias a uma mudança de postura em face da ameaça. É da caserna que “a antiaérea atua no primeiro minuto do combate”.

Daí porque se faz necessário estar em condições de reagir, imediatamente, migrando de uma situação para outra, sem solução de continuidade. Passemos ao estudo das diversas situações que possam emoldurar o emprego da artilharia antiaérea.

2. O AMBIENTE JURÍDICO

2.1. Conflito armado internacional

Tradicionalmente, pode ser definido como a situação de beligerância entre Estados, é o estado de guerra. A Constituição Federal brasileira trata do tema em diversos dispositivos: art. 84, XIX (cabe ao Presidente da Re-

pública declarar a guerra no caso de agressão estrangeira); art. 49, II (cabe ao Congresso Nacional autorizar o Presidente da República a declarar a guerra); art. 91, §1º (cabe ao Conselho de Defesa Nacional opinar nas hipóteses de declaração de guerra); art. 137, II (declaração do estado de sítio em caso de guerra ou resposta a agressão estrangeira); art. 148 (instituição de empréstimos compulsórios em caso de guerra externa) e outros.

A Carta das Nações Unidas de 1945² emprega os termos “guerra” (preâmbulo) e outros correlatos, tais como: “ameaça à paz e segurança internacionais” (art. 33, “1”), “ameaça à paz”, “ruptura da paz” ou “ato de agressão” (art. 39) para tratar da situação de beligerância ou sua iminência.

A matéria é tratada de forma mais amiúde pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) e os principais textos normativos são as “Quatro Convenções de Genebra de 1949” e o “Protocolo I Adicional de 1977³”, abrangendo: a guerra – declarada ou não, ou ainda, reconhecida ou não por uma ou todas as partes envolvidas – ; os casos de ocupação territorial estrangeira, ainda que sem resistência militar; lutas contra a dominação colonial; e a luta contra regimes racistas⁴.

A relevância de se delimitar esta situação no presente trabalho, encontra-se no fato de a artilharia antiaérea, ainda que em período de normalidade institucional, poder ser empregada em tempo de paz e enfrentar atos de guerra. Acrescente-se que nessa situação, o emprego dos meios militares encontra limites de atuação bem mais amplos, como será exposto adiante.

2.2. Conflito armado não internacional

A Constituição Federal não trata desta hipótese. Vale dizer, não contempla a chamada “guerra civil”. Todo conflito armado é de todo indesejável – e proibido pela lei interna e internacional – , mormente se este ocorrer no

² Vide sítio na rede mundial de computadores (internet) do Ministério das Relações Exteriores: <http://www2.mre.gov.br/dai/dearm.htm> .

³ Disponível no site <http://www2.mre.gov.br/dai/dearm.htm> .

⁴ Artigo “1” do Protocolo I.

território pátrio e envolver compatriotas. Ocorre que, apesar de indesejável e ilícito, é possível que aconteça. Infelizmente, encontramos diversos episódios na história nacional em que eclodiram conflitos desta natureza, tais como as Guerras da Independência, a Revolução Farroupilha, a Revolução Constitucionalista de 1932 e muitos outros.

O texto legal que trata desta espécie é o “Protocolo II Adicional de 1977, às Convenções de Genebra de 1949⁵”. Encontram-se nessa situação os conflitos que se desenrolem no território de um Estado, entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes; ou entre grupos armados organizados que, sob a chefia de um comandante responsável, exerçam sobre uma parte de seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e concertadas, aplicando o referido tratado⁶. Tal acordo exclui as situações de tensão e perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados, esporádicos e outros análogos.

Repita-se aqui, o que foi afirmado acerca da relevância do estudo das hipóteses de conflito armado internacional. Reitere-se, nesta hipótese, os limites de atuação da tropa são mais amplos, e as implicações jurídicas do emprego do tiro antiaéreo serão expostas a seguir.

2.3. Estado de defesa

Situação prevista na Constituição Federal (art. 136), em que são tomadas algumas medidas restritivas às liberdades individuais e coletivas a fim de preservar ou restabelecer “em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza”.

Para o estado de defesa, as limitações ao tiro antiaéreo são idênticas ao período de normalidade institucional, como será abordado mais abaixo.

⁵ Disponível no site <http://www2.mre.gov.br/dai/dearm.htm>.

⁶ Artigo “1” do Protocolo II.

2.4. Estado de sítio

Esta situação abrange duas hipóteses elencadas no art. 137 da Constituição Federal (CF/88): a primeira (art. 137, I da CF/88) é a “comoção de grave repercussão nacional ou a ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia das medidas tomadas durante o estado de defesa”. Nesta hipótese, a tiro antiaéreo receberá o mesmo tratamento jurídico das situações de normalidade institucional. A outra possibilidade (art. 137, II da CF/88) é a declaração do estado de sítio com base em “guerra externa”. Aplicam-se aqui as regras dos conflitos armados internacionais.

Como já afirmado, a nossa Lei Maior não contemplou as hipóteses de guerra civil (conflito armado não internacional). Entretanto, se esta ocorrer, as regras também serão as do DIH, com regramento mais permissivo, onde a tropa atua com maior liberdade.

2.5. Estado de normalidade institucional

De forma residual, esta situação abarca todas aquelas não tratadas acima. Vale dizer: se não há guerra externa (conflito armado internacional), guerra civil (conflito armado não internacional), estado de sítio ou de defesa, a situação é de normalidade institucional.

Esta é a hipótese em que normalmente a tropa federal é empregada. Nesta situação as hipóteses que ensejam o tiro antiaéreo são bastante restritas, como será tratado logo a seguir.

2.6. E os atos de terrorismo?

Tema intrincado e controverso é a situação jurídica dos atos de terrorismo. A nossa Carta Magna, em seu art. 4º, inciso VIII, ao tratar dos princípios que regem as relações internacionais menciona o “repúdio ao terrorismo”. Prossegue o legislador constituinte, no art. 5º, inciso XLIII, estabelecendo que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia”, dentre outras espécies, o “terrorismo”.

O Brasil promulgou a Lei nº 10.744/03, que:

Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo (grifei).

Tal norma não possui disposições penais, ocupa-se apenas do aspecto indenizatório e da responsabilidade indenizatória do Estado brasileiro. Entretanto, o legislador, no art. 1º, § 4º da referida lei, definiu o “ato terrorista” da seguinte forma: “§ 4º. Entende-se por ato terrorista qualquer ato de uma ou mais pessoas, sendo ou não agentes de um poder soberano, com fins políticos ou terroristas, seja a perda ou dano dele resultante acidental ou intencional” (grifamos).

Convenhamos, a definição não é esclarecedora.

Outros Estados tipificaram o “terrorismo” como crime⁷. Já o legislador brasileiro, assim, ainda não procedeu. Neste ponto, foi encaminhado ao Senado Federal um anteprojeto de lei propondo a criação de um novo Código Penal que, na sua Parte Especial, dedica um capítulo a essa espécie. Entretanto, por ora, na seara penal, haja vista o princípio da legalidade⁸. Atualmente nem há como atender o comando constitucional de vedar a anistia, a graça ou o indulto aos atos que sejam reputados terroristas.

Segundo a lição de Luiz Fabrício Thaumaturgo Vergueiro, em sua obra *Terrorismo e Crime Organizado*, editora Quartier Latin, 2009, o terrorismo, de acordo com a motivação que o impulsiona, pode assumir as tipologias de revolucionário, sub-revolucionário, repressivo, separatista, narcocriminal ou tradicionalista-religioso, além de outras subdivisões.

⁷ Espanha, por meio do art. 571 do Código Penal de 1995; Inglaterra, por meio do art. 1º do Terrorism Act de 2000, emendado em 2006.

⁸ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX da CF/88).

Prossegue o autor, apontando como características do terrorismo a natureza indiscriminada (qualquer pessoa ou instituição pode ser alvo da causa), imprevisibilidade e arbitrariedade (não é possível saber onde e quando irá ocorrer, impondo sentimento de fobia em determinada população), gravidade ou espetacularidade (a despeito de causar menos baixas que a criminalidade comum, a crueldade que caracteriza o terrorismo o distingue no inconsciente coletivo) e caráter amoral e de anomia (os terroristas demonstram desprezo pelos valores morais vigentes).

O assunto é demasiado amplo e o tratamento dispensado pelos Estados, organismos internacionais e doutrinadores não é pacífico. Por isso, não nos aprofundaremos no tema. Limitar-nos-emos a abordar os atos terroristas praticados a bordo de aeronaves, bem como o regime jurídico aplicável.

No caso dos ataques terroristas ao território americano no dia 11.9.2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, por meio da Resolução 1368 de 12/09/2001⁹, considerou aqueles atos como “ameaças à paz e à segurança internacionais” e reconheceu o “direito inerente à legítima defesa individual ou coletiva conforme a Carta da ONU”, o que levou boa parte da comunidade internacional a concordar que se estava diante de um Conflito Armado Internacional, regido, portanto, pelas Convenções de Genebra.

Após extenso estudo sobre o tema, o Professor José Cretella Neto, em sua obra *Terrorismo Internacional – Inimigo sem rosto – Combatente sem Pátria*, editora Millenium, 2008, página 273, assim concluiu sobre o caso:

Portanto, para terroristas capturados em solo afegão, durante os combates, o tratamento jurídico adequado deve ser o das Convenções de Genebra e os respectivos Protocolos, enquanto que, a terroristas capturados em outras circunstâncias, deve ser aplicada a lei do Estado onde forem presos – frequentemente, resultado da internalização de tratados firmados por esse Estado – ou, se isso não ocorrer, deverá ser efetuada a extradição dos acusados para países aptos a julgá-los segundo as leis penais internas (grifei).

⁹Disponível em: http://www.un.org/Docs/sc/unsc_resolutions.html.

Conclui-se que, dependendo da motivação (ideológica ou criminosa) ou do local onde atue (território próprio ou estrangeiro), o ato terrorista poderá ensejar a aplicação das normas atinentes aos Conflitos Armados (internacionais ou não internacionais), com ampla liberdade de atuação da tropa; ou, ainda, das normas relativas à situação de normalidade institucional, com medidas mais restritivas.

3. O SISTEMA DE DEFESA ANTIAÉREA

Antes de enfrentar os aspectos jurídicos resultantes do tiro antiaéreo, faz-se mister esclarecer o modo pelo qual atua a artilharia antiaérea, a fim de delimitar as responsabilidades. Há uma gama de órgãos que atuam nessa tarefa, e é sob as ações humanas de seus integrantes que pode pesar a responsabilidade jurídica.

Frise-se: da série de ações encadeadas dos diversos órgãos e pessoas é que reside a análise jurídica e repousa a responsabilidade, daí a relevância de abordarmos, também, este aspecto.

3.1. O sistema de defesa antiaérea

A estrutura dos meios militares terrestres de combate é integrada por cinco sistemas: manobra, apoio de fogo, mobilidade e contramobilidade, comando, logística e defesa antiaérea. Por sua vez, o sistema de defesa antiaérea destina-se – como próprio nome está a indicar – à defesa de pontos, áreas sensíveis e instalações de infraestrutura crítica contra ataques aéreos. Subdivide-se nos subsistemas de controle e alerta, de armas e de logística.

O subsistema de controle e alerta destina-se à detecção e identificação das aeronaves que sobrevoem o espaço sob a responsabilidade de determinada Unidade. Destina-se, também, ao comando e controle do sistema de armas, fornecendo, ainda, o alerta antecipado, designando alvos a serem abatidos e estabelecendo medidas restritivas ou permissivas ao tiro antiaéreo.

Por sua vez, o subsistema de armas, também é capaz de detectar e identificar aeronaves. Ocorre que o faz de forma mais aproximada, no entorno do ponto, área sensível ou instalação de infraestrutura crítica defendida por meios de artilharia antiaérea. É o subsistema que executa o tiro.

Já o subsistema de logística, destina-se a fornecer o suporte para o funcionamento dos demais subsistemas. Exerce atividades de pessoal, saúde, transporte, manutenção e suprimento.

3.2. O sistema de defesa aeroespacial

A par dos sistemas terrestres de combate, a defesa antiaérea também é parte integrante do sistema de defesa aeroespacial que apresenta duas vertentes: o Sistema de Defesa Aeroespacial Brasileiro (SISDABRA), e o Sistema de Controle Aerotático (SCAT). O primeiro (SISDABRA), tem a função de defender o espaço aéreo sobrejacente ao território brasileiro. O segundo (SCAT), só ativado em caso de guerra, destina-se a ao controle do espaço aéreo sobrejacente ao teatro de operações.

Ambos são integrados por órgãos de controle aéreo militares (OCOAM) que se destinam a identificar e alocar alvos ao braço armado do sistema. Ambos também são integrados por meios de detecção (radares, aeronaves tipo AEW) e meios e comunicações capazes de atuar de forma bem mais longínqua do que os meios de detecção da antiaérea. O braço armado de ambos os sistemas é composto por unidades aéreas (dotadas de aeronaves de combate) e antiaéreas (dotadas de mísseis ou canhões solo-ar, além dos outros subsistemas expostos no item 3.1. acima).

3.3. Cadeia de ações que resultam no tiro antiaéreo

Assim que uma aeronave ingressa no espaço aéreo ela é detectada por um dos meios do SISDABRA (território nacional) ou do SCAT (teatro de operações). Feita a detecção, uma equipe de militares do órgão de controle aéreo militar (OCOAM) providenciará a identificação. Tal operação poderá resultar numa aeronave amiga (comercial, privada ou militar), inimiga (hostil) ou não identificada. O passo seguinte, em caso de aeronaves

hostis ou não identificadas é a alocação desse vetor para um dos meios do sistema: unidades aéreas (dotadas de aviões de combate) ou antiaéreas.

Alocado o alvo para o sistema de defesa antiaérea, passará a atuar o subsistema de controle e alerta. Serão emitidos comandos pelos Centros de Operações de Artilharia Antiaérea (COAAe) para o acionamento dos radares, e os meios de detecção passarão a buscar a aeronave alocada; serão emitidos pelos COAAe, ainda, comandos que restrinjam ou ampliem a execução do tiro, quais sejam: 1) abertura de fogo contra qualquer aeronave que adentre ao volume de responsabilidade; 2) abertura de fogo somente contra aeronaves identificadas como hostis ou não identificadas; e 3) abertura de fogo somente contra aeronaves hostis. Emitido o alerta para o subsistema de armas, este executará o tiro, conforme os parâmetros estabelecidos pelo sistema de controle e alerta.

Por óbvio, existe a possibilidade de o vetor hostil se furtar de todos ou parte dos elos desse sistema, fazendo com que alguns órgãos atuem de forma autônoma, decidindo e atuando de forma isolada. A relevância de tratarmos dessas minúcias, reside no fato de que tais condutas humanas, em caso do abate de aeronave, serão analisadas à luz da estrutura analítica do crime.

4. ESTRUTURA ANALÍTICA DO CRIME

Os reflexos jurídicos do tiro antiaéreo podem – ou não – afetar as esferas criminal, civil e administrativa, todas independentes entre si. Neste tópico, abordaremos os aspectos criminais. Segundo a doutrina majoritária, crime é fato típico, ilícito e culpável.

4.1. Tipicidade

A tipicidade é integrada por uma conduta humana (comissiva ou omissiva) e um resultado; entre a conduta e o resultado deve haver um nexo de causalidade; e, por fim, deve haver a subsunção da conduta a um tipo penal.

4.1.1. Resultado

Trazendo o conceito analítico do crime para a atividade militar em apreço, os resultados previsíveis e oriundos do tiro antiaéreo são os danos na aeronave e as lesões corporais ou óbitos dos tripulantes ou ocupantes desse vetor aéreo. Admite-se, ainda como resultados, os danos às propriedades e lesões corporais, ou óbitos, em pessoas que forem atingidas pelas munições que não acertarem o alvo ou que não se autodestruam antes de atingir esses bens. Acrescente-se a isso, os efeitos da queda e explosão da aeronave.

4.1.2. Subsunção à norma penal

Os resultados do tiro antiaéreo, podem-se amoldar aos tipos penais militares do homicídio (art. 205 do CPM), da lesão corporal (art. 209 do CPM), do dano (art. 259 do CPM) e outros.

4.1.3. Conduta humana

Somente o ser humano pode figurar no polo passivo de uma ação penal e, por consequência, ser autor de crime¹⁰. Para que haja crime, é essencial que exista uma conduta comissiva – um fazer; ou omissiva – um deixar de fazer.

Como será exposto a seguir, são exemplos de condutas humanas comissivas que provocam o tiro antiaéreo: municiar o canhão, abastecer o gerador, fazer a pontaria, designar o alvo, alocar o alvo, emitir o alerta antecipado e outras. São exemplos de condutas omissivas: deixar de delimitar o setor de tiro, deixar de determinar o “cessar fogo”, caso verifique que a aeronave tida como hostil é amiga, sendo possível fazê-lo e outras.

4.1.4. Nexo causal

De acordo com o mandamento da norma inserta no art. 29 do CPM, con-

¹⁰ A CF/88 estabelece exceção a esta regra, admitindo que a pessoa jurídica pratique crimes ambientais.

sidera-se causa “a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Neste ponto, a lei penal militar adotou a teoria da equivalência das condições, também conhecida como a teoria da *conditio sine qua non*.

Não se diferencia causa de condição. Para que se saiba se determinado antecedente é causa do resultado, deve-se recorrer ao chamado juízo hipotético de eliminação, que se faz da seguinte forma: indaga-se se determinado comportamento não tivesse ocorrido, o resultado teria surgido, mesmo assim. No caso do tiro antiaéreo, faríamos o raciocínio:

- a) se cada integrante da guarnição do canhão não tivesse tomado todas as medidas necessárias ao tiro (abastecimento, ligar o gerador, fazer a pontaria recíproca, liberar o registro de tiro e segurança, colocado o armamento em controle remoto e outros), o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?
- b) se o comandante da seção não tivesse apertado o botão “fogo” no painel do equipamento de direção de tiro, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?
- c) se o comandante do dispositivo de defesa antiaérea, atuando no COAAe, não tivesse designado o alvo para o comandante da seção, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?
- d) se o oficial de ligação terrestre não tivesse designado o alvo para o COAAe, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?
- e) se o oficial alocador de armas não tivesse alocado o alvo para a artilharia antiaérea, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?
- f) se o graduado responsável pela identificação da aeronave, não a tivesse identificado como inimiga, o resultado morte dos integrantes da aeronave teria ocorrido?

Como a resposta a todas as indagações é positiva, de acordo com o art. 29 do CPM, todos esses militares causaram a morte dos integrantes da aeronave abatida. Advirta-se que, de acordo com a lei, o retrocesso na cadeia causal é ilimitado, abrangendo, inclusive, o fabricante do armamento e da munição. Para que se evite um retrocesso infinito, deve ser feita a análise

do aspecto psicológico (subjetivo), recaindo a imputação sobre os agentes que atuaram com dolo ou culpa.

4.2. Ilicitude

É a contrariedade da conduta humana à norma penal. Via de regra, todo fato típico também é ilícito. Entretanto, há hipóteses em que, apesar de o fato ser típico, encontra-se amparado por uma excludente. São elas o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular do direito.

4.2.1. Legítima defesa

A título de exemplo, pode ser que para preservar direito próprio ou alheio (vida), todos os integrantes do sistema de defesa antiaérea tenham abatido a aeronave hostil, provocando a morte dos ocupantes daquele vetor, repelindo aquela injusta agressão (o vetor iria chocar-se contra um ponto defendido, onde havia diversos civis), que era atual (estava acontecendo) ou iminente (estava por ocorrer), usando moderadamente os meios (o tiro antiaéreo, era o único meio disponível para fazer cessar aquela agressão). Tem-se aqui a legítima defesa na forma do art. 44 do CPM.

4.2.2. Estrito cumprimento do dever legal

A hipótese acima também pode se enquadrar no estrito cumprimento do dever, eis que os artilheiros antiaéreos tinham o dever de proteger aquelas pessoas e bens que ocupavam a instalação defendida.

4.2.3. Estado de necessidade

O Código Penal Militar, no que toca ao estado de necessidade, adota a teoria diferenciadora, havendo duas espécies, o estado de necessidade justificante (art. 43 do CPM), que exclui a ilicitude, e o estado de necessidade exculpante (art. 39 do CPM), que exclui a culpabilidade.

No estado de necessidade, há uma ponderação de valores, sacrificando-se um bem jurídico, a fim de proteger outro. Também a título de exemplo, pode ser que para preservar direito próprio ou alheio (vidas de milhares de civis que participam de uma solenidade em um estádio), de perigo certo e atual (ataque terrorista suicida a bordo de aeronave), abata-se o vetor aéreo hostil, fazendo que com a queda da aeronave ocorra sobre área industrial, danificando o patrimônio alheio e, eventualmente, algumas vidas, e o mal causado (algumas vidas e dano patrimonial), é consideravelmente inferior ao mal evitado (morte de milhares de civis). Tem-se aqui o estado de necessidade justificante (art. 43 do CPM).

4.3. Culpabilidade

É a reprovabilidade ou censurabilidade da conduta humana típica e ilícita. É integrada pela imputabilidade e pela inexigibilidade de conduta diversa. Para a lei penal militar (art. 33 do CPM), de orientação causalista, a culpabilidade é integrada, também, pelos elementos psicológicos, quais sejam, o dolo e a culpa.

4.3.1. Imputabilidade

Em poucas linhas, é a capacidade penal. O autor dos fatos deve ter atingido a maioridade, ser maior de 18 anos. Advirta-se que as normas contidas nos artigos 50 e 51 do CPM não foram recepcionadas pela nova Constituição, estando derogadas, por força do art. 228 da CF/88: Art. “228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”.

Apenas de passagem, caso haja militares menores de dezoito anos, como os voluntários, nos termos da Lei do Serviço Militar, alunos ou cadetes, estes, são inimputáveis e responderão por seus atos na forma do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ainda nesse ponto, há quem entenda que, por força do ECA, nem poderiam manusear armas.

No que toca aos menores de quinze anos, como os alunos das escolas preparatórias e do Colégio Naval, a matéria foi objeto de tratado internacio-

nal, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)¹¹, que, em seu art. 38, veda a participação em conflitos daqueles que não tenham completado essa idade. No mesmo sentido o art. 77, “2” do Protocolo I às Convenções de Genebra de 1949 e art. 8º, § 2º, alínea “b”, inciso XXVI do Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional.

Ainda quanto à imputabilidade, o agente deve, ao tempo da ação, ser capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 48 do CPM). É o chamado sistema biopsicológico adotado pela Lei Penal Militar: a imputabilidade só é excluída se o agente, em razão da enfermidade ou retardamento mental, era, no momento da ação, incapaz de entendimento ético jurídico e autodeterminação.

4.3.2. Dolo

Conforme as teorias adotadas pelo CPM em seu art. 33, I, dolo é a vontade de realizar a conduta e produzir o resultado (teoria da vontade, dolo direto) ou de realizar a conduta assumindo o resultado (teoria do assentimento, dolo indireto).

Mais uma vez, a título de exemplo, no caso do artilheiro antiaéreo, quando do tiro, o dolo é a vontade de realizar a conduta (municar, apertar o botão fogo, disparar o míssil, etc.) e produzir o resultado (queda da aeronave, morte dos ocupantes, etc.): dolo direto. Ou ainda, a vontade de realizar a conduta (disparo do míssil, etc.), assumindo – admitindo – o resultado (queda da aeronave em área habitada, tiros que não atinjam o alvo provocando outros danos etc).

4.3.3. Culpa

Na forma do art. 33, II do CPM, é a falta de cautela, atenção ou cuidado, bem como a ausência de previsibilidade. Trazendo para o emprego da antiaérea, imaginemos as seguintes situações:

- a) o militar que se esquece de acionar o sistema IFF e abate aereo-

¹¹ Ratificada pelo Brasil em 24/09/1990.

nave amiga, terá agido com culpa, ao atuar com a falta de cautela e atenção necessários;

b) já o militar que deixa de limitar o setor de tiro em que haja bens a serem protegidos, supondo que não executaria disparo em determinada direção e acaba tendo que executar o disparo, provocando danos (pessoais ou materiais), terá agido com a falta de previsibilidade (culpa consciente ou inconsciente, conforme o caso).

4.4. Inexigibilidade de conduta diversa

Comporta uma série de situações que excluem a responsabilidade penal. Vejamos.

4.4.1. Estado de necessidade exculpante

É a hipótese prevista no art. 39 do CPM, em que, para a proteção de direito próprio ou alheio, pertencente à pessoa que possua estreitas relações de afinidade, sacrifica-se direito de terceiro, ainda que superior ao direito protegido. Tem-se aqui, também, como já exposto no item 4.2.3 acima, ponderação de valores. Não se vislumbra uma aplicação prática no caso do emprego da tropa antiaérea.

4.4.2. Coação irresistível

Tem-se aqui uma imposição contra a qual o agente não pode resistir. O agente atua mediante vontade de outrem sem que possa reagir. Por exemplo, age com uma arma na cabeça. Neste caso não há responsabilidade penal de quem executa a ação.

Por exceção, é possível ao comandante militar, em situações extremas, atuar com violência de forma a compelir seus subordinados a cumprirem o dever, com o intuito de salvar a unidade, executar serviços e manobras urgentes ou evitar o desânimo, o terror, a desordem ou o saque. Nesse ponto, o art. 42, parágrafo único do CPM, menciona a figura do coman-

dante de navio, aeronave ou praça de guerra como os destinatários desse permissivo legal.

4.4.3. Obediência hierárquica

É a situação da grande maioria dos integrantes do sistema de artilharia antiaérea. Ainda que seus chefes sejam responsabilizados, aquele que municiou o canhão, abasteceu o gerador ou executou o tiro, se estava sob o mando de algum superior, ficará isento da responsabilidade penal. O § 1º do art. 38 do CPM estabelece que “responde pelo crime, o autor da coação ou da ordem”.

É certo que os subordinados não devem obedecer às ordens manifestamente ilegais, por força do mandamento contido no art. 38, § 2º do CPM. Ocorre que no meio castrense, em situações de crise, durante as operações militares, a obediência deve ser cega.

4.4.4. Erros essenciais

No Direito Penal Militar, os erros essenciais podem assumir a forma do erro de direito e do erro de fato, diferentemente do que ocorre com o Direito Penal comum, que possui institutos próprios (erro de tipo e de proibição), que são substancialmente diferentes.

4.4.5. Erro de direito

É possível que o militar atue pensando estar agindo de forma lícita, por força de uma falsa compreensão da lei, quer seja por ignorância ou por erro de interpretação. Examinemos o exemplo de um soldado que, isolado e armado com um míssil, e acreditando ser possível valer-se da Lei do Abate, atinge a aeronave, matando todos os seus ocupantes. Como será exposto a seguir, a Lei do Abate¹² não se aplica à artilharia antiaérea.

¹² Lei nº 9.614/98, que modificou o art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica.

Se se entender que o erro é escusável, uma vez que o agente era um soldado com baixo nível de instrução, sua pena será atenuada ou substituída por outra menos grave, conforme determina o art. 35 do CPM.

4.4.6. Erro de fato

Creio que neste ponto reside a maior possibilidade de incidência de eventos envolvendo o tiro antiaéreo. É possível que aeronaves se furtem aos meios de detecção, sendo percebidas somente pelos sistemas de armas. As distâncias percorridas pelos vetores aéreos são gigantescas, atingem milhares de quilômetros. Os responsáveis pela identificação não as visualizam, examinam um sinal na tela e analisam parâmetros como velocidade, altura de voo e outros. Muito raramente ocorre a identificação visual. Os voos podem ocorrer no período noturno, o que dificulta a observação. O tráfego no espaço aéreo brasileiro é intenso. Aeronaves comerciais ou privadas podem ser utilizadas nos ataques. Quando o vetor aéreo atinge o alcance dos meios de detecção da artilharia antiaérea, o tempo de reação é bastante exíguo, chegando a ser menor que uma dezena de segundos¹³. Até aqueles que guarnecem os sistemas de armas, chegam a executar o disparo, sem visualizar o alvo, confiando nos sistemas automáticos de direção de tiro. Neste cenário, a probabilidade de erro é enorme.

O instituto do erro de fato, previsto no art. 36 do CPM, “isenta de pena” aquele que supõe, por “erro plenamente escusável, a existência de situação de fato que tornaria a ação legítima”.

Nessas circunstâncias, o militar que abrir fogo contra aeronave amiga ou civil, imaginando – dede que sua conduta seja escusável – estar executando o tiro contra vetor hostil, ficará isento da pena, vale dizer: fica excluído o dolo e, por consequência, a culpabilidade, não havendo que se falar em crime. Se o erro, a falsa percepção da realidade, derivar de culpa, o autor dos fatos responderá por crime culposos.

¹³ O tempo de reação entre as fases e eventos da detecção, apreensão e tiro do Equipamento de Direção de Tiro (EDT) FILA, para um alvo detectado a 8 km é de 5,5s.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL

A par da responsabilidade penal, figura a responsabilidade civil. Todo ilícito penal também é um ilícito civil. Havendo condenação criminal transitada em julgado, a decisão judicial (sentença ou acórdão) poderá ser executada afim de que se obtenha indenização ou obrigação de fazer (reconstruir, reparar, fornecer atendimento de saúde e outros). É a chamada ação civil *ex delicto*, prevista no art. 63 do CPP comum, combinado com o art. 3º, “a” do CPPM e art. 475N do Código de Processo Civil: “São títulos executivos judiciais: (...) II – a sentença penal condenatória transitada em julgado”.

Ainda que não haja responsabilidade penal a apurar, havendo dano (abate da aeronave, morte, lesões, danos a pessoas e bens localizados em terra e que tenham sido avariados ou feridos pelas munições que não atingiram o alvo ou pela própria queda da aeronave) e este sendo provocado pela ação da artilharia antiaérea (nexo causal), a responsabilidade do Estado é objetiva, não se devendo perquirir sobre a presença de dolo ou culpa. É o mandamento contido no art. 37, § 6º da CF/88:

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Havendo culpa ou dolo por parte do militar, este poderá ser acionado, de forma regressiva pelo Estado, a fim de indenizar o dano provocado por sua ação. Ressalte-se que os parâmetros do Direito Penal e do Direito Civil, no que tange ao dolo e à culpa são diferentes. As esferas penal e civil são independentes. É possível absolvição no crime e condenação no cível. Apenas por exceção – quando se reconhece a inexistência do fato ou a negativa de autoria – é que a decisão criminal vincula a civil. Vejamos o que estabelece o art. 935 do Código Civil:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existên-

cia de fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

6. COMPETÊNCIA JURISDICIONAL E POLÍTICA

Os quatro primeiros órgãos elencados abaixo possuem natureza jurisdicional. Já aqueles que serão mencionados no item 6.5 têm natureza política.

6.1. Justiça Militar da União

Compete à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares praticados pelos militares federais, ou, ainda, por civis, quando atentarem contra as instituições militares federais. Apenas de passagem, para que o crime seja militar, é necessário que encontre tipicidade na Parte Geral do CPM e que incida numa das hipóteses do art. 9º (tempo de paz) ou do art. 10 (tempo de guerra) do mesmo Código.

Via de regra, o artilheiro antiaéreo, se praticar crime nessa condição, incidirá na hipótese do art. 9º, II, alínea “c” do CPM:

Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

(...)

II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

(...)

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 a administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

6.2. Tribunal do júri?

O art. 9º, parágrafo único do CPM subtraiu a competência da Justiça Militar para processo e julgamento dos crimes contra a vida, tendo como víti-

mas civis. A questão ainda não se encontra assentada no âmbito da Justiça Militar da União. Há julgados declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade desse dispositivo legal¹⁴. Já no âmbito estadual, a Emenda Constitucional nº 45/2004 pôs fim à celeuma, com a nova redação dada ao § 4º do art. 125 da CR/88, que expressamente prevê a competência do júri, quando a vítima for civil.

Ocorre que a matéria não é pacífica, e um caso de repercussão pode reacender a polêmica. Atualmente, a tendência é que seja considerada competente a Justiça Militar da União.

6.3. Justiça Federal

A atividade militar (tiro antiaéreo), em face do emprego dos meios altamente lesivos que utiliza, poderá ensejar a propositura de ações cíveis (não penais), como exposto no item 5 acima. O órgão jurisdicional competente, consoante a norma do art. 109 da CF/88 é a Justiça Federal. Além disso, os crimes praticados pelos militares no exercício de suas funções e que não encontrarem adequação ao CPM, também serão julgados por esse ramo do judiciário. Há, ainda, a possibilidade de que esse ramo da justiça julgue os crimes dolosos contra a vida de civis, praticados por militares no exercício de suas funções, se esta competência for reconhecida como do júri, como exposto no item 6.2 supra. Ressalte-se que, neste último caso, o órgão competente é o tribunal do júri federal.

6.4. Tribunal Penal Internacional (TPI)

A competência do TPI se encontra estabelecida no Estatuto de Roma (ER)¹⁵, em seu art. 5º, que enumera os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão. A competência dessa corte internacional é complementar e subsidiária à jurisdição interna e só atuará se o Estado onde ocorreram os crimes for omissor, parcial ou não tiver condições

¹⁴ Vide Recurso Criminal nº 6.348-5-PE, tendo como relator o Min. José Sampaio Maia; Apelação nº 47.920-1-PA, tendo como relator o Min. Carlos Eduardo Cezar de Andrade; e a Apelação nº 2000.01.048.585-6-RJ, tendo como relator o Min. Aldo Fagundes, todas do Superior Tribunal Militar (STM).

¹⁵ Promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 4.388/02.

de apurar, processar e julgar as violações ao direito penal internacional. Acrescente-se que o TPI se ocupa de graves, reiteradas e sistemáticas violações.

É possível que no desempenho das missões atinentes ao artilheiro antiaéreo, este viole tais normas. Esclareça-se que a grande maioria dos bens protegidos pelo ER já se encontram tipificados como crimes no ordenamento jurídico brasileiro.

Repita-se: somente se o Estado brasileiro não apurar os fatos adequadamente é que incidirá a competência do TPI. Frise-se que o que se espera é um processo justo. Não se coaduna com o espírito do ER perseguição, rigor abusivo nem tampouco leniência ou corporativismo. Deve haver justiça, quer condenando ou absolvendo.

Cabe esclarecer que só podem figurar como réus no TPI pessoas naturais, os Estados não são processados nessa corte. Nesse ponto, avulta de importância a responsabilidade dos comandantes.

6.5. Organizações internacionais de defesa dos Direitos Humanos

Como já afirmado acima, as organizações internacionais de defesa dos Direitos Humanos, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos não são órgãos jurisdicionais. Conforme conceitua o Professor Francisco Rezek, em sua obra *Direito Internacional Público*, publicado pela editora Saraiva, 9ª edição, são órgãos de natureza política. Existe a possibilidade de o Estado brasileiro figurar no polo passivo de contendas internacionais e vir a ser alvo de resoluções e recomendações, com o objetivo de fazer cessar determinada atividade militar e indenizar os danos provocados.

Apesar de não ser este o escopo principal de determinados organismos como o Conselho de Segurança da ONU, a Organização dos Estados Americanos (OEA) e outros, existe, ainda, a possibilidade destes tomarem decisões gravosas contra o Estado brasileiro, em caso de violações ao Direito Internacional como um todo, e em especial aos Direitos Humanos. Frise-se que nesses foros internacionais, ao contrário do que ocorre

com o TPI, quem figura no polo passivo da demanda é o Estado e não o indivíduo.

7. HIPÓTESES DE EMPREGO E REFLEXOS JURÍDICOS

7.1. Conflitos armados (internacionais ou não internacionais)

Inicialmente, advirta-se que as regras aplicáveis aos conflitos internos e internacionais são praticamente as mesmas, ao menos no que tange aos pontos que serão abordados neste trabalho.

Ainda que a artilharia antiaérea seja empregada em situação de normalidade institucional, se houver um ataque contra o território nacional, o regime jurídico será o aplicável aos conflitos armados, aparelhado por extensos, complexos e esparsos diplomas internacionais, destacando-se as já citadas Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais de 1977. Acrescente-se aos tratados internacionais, a legislação interna, integrada, principalmente, pelo Código Penal Militar e pelo Código de Processo Penal Militar.

No que tange ao emprego da artilharia antiaérea, destacam-se algumas normas. Vejamos apenas as principais.

7.1.1. Objetivo militar

As ações militares – no caso em tela, o tiro antiaéreo – deve se limitar aos objetivos militares. Objetivos militares são aqueles que pela sua natureza, localização, finalidade e utilização, se destruídos, capturados ou neutralizados, ofereçam vantagem militar. Vejamos alguns exemplos para elucidar a questão:

- a) natureza: uma escola, uma igreja, uma aeronave comercial de carga, uma aeronave comercial de passageiros, um helicóptero civil, uma aeronave militar de qualquer espécie;
- b) localização: em um centro urbano, próximo a um centro de comando militar, em uma rota comercial, sobrevoando o volu-

- me de responsabilidade de um dispositivo de defesa antiaérea;
- c) finalidade: educar pessoas, celebrar cultos religiosos, transportar passageiros, desempenhar missões militares (apoio aéreo, ataques etc.);
- d) utilização: armazenar munições, transporte comercial, reconhecimento aéreo, ataque aéreo.

Aplicando o conceito:

- a) se uma escola está localizada em um centro urbano para educar pessoas, será considerada um bem civil e não poderá ser atacada; já, se apesar de ser escola, estiver localizada próxima a um centro de comando militar, poderá sofrer danos colaterais, uma vez que a parte, ao escolher essa posição para a instalação militar, abdicou da proteção a esse bem civil;
- b) se a igreja estiver sendo utilizada para cultos religiosos, será um bem civil e não poderá ser atacada; já se estiver sendo utilizada como uma posição de mísseis, poderá sofrer ataque;
- c) se a aeronave é comercial e está sendo utilizada para esse fim, não poderá ser atacada; se o fim for militar, perde a imunidade;
- d) já a aeronave militar, pela sua própria natureza, em ambiente de conflito armado, justifica o seu abate, ressalvadas algumas hipóteses como as aeronaves sanitárias.

O conceito de objetivo militar encontra-se estampado no art. 52 do Protocolo I às Convenções de Genebra. O artilheiro antiaéreo deve aplicá-lo sob duas óticas. Primeiramente, quando dispõe no terreno os diversos órgãos, poderá estar abdicando da proteção conferida a alguns bens civis. Depois, quando executa o tiro, só está autorizado a alvejar objetivos militares.

Por óbvio, como já exposto acima, a atividade de identificar o vetor aéreo hostil, é extremamente crítica e sujeita a falhas que, via de regra, no ambiente de conflito armado, são desculpáveis.

7.1.2. Direito de legítima defesa

De qualquer forma, se houver um ataque aéreo, ainda que em tempo de paz e em situação de normalidade institucional, a artilharia antiaérea poderá reagir, por força do que dispõe o art. 51 da Carta das Nações Unidas:

Art. 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva, no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança (...)

Não se deve confundir a legítima defesa no contexto do direito conferido ao Estado de se defender de um ataque com a excludente de ilicitude da legítima defesa exposta no item 4.2.1 acima.

7.1.3. Outros bens que gozam de proteção especial

Não podem ser alvo da artilharia antiaérea as aeronaves sanitárias (art. 24 e seguintes do Protocolo I). A mesma proteção recebem aqueles que saltarem de paraquedas das aeronaves em perigo ou após receberem o fogo antiaéreo (art. 42 do Protocolo I): por óbvio, se se tratar de tropa paraquedista, esta não goza dessa imunidade.

Como já mencionado acima, os bens culturais e religiosos recebem proteção especial. Acrescentem-se a esse rol as obras que liberam forças perigosas e o meio ambiente (artigos 52 a 56 do Protocolo I). Espera-se que ao estabelecer a defesa antiaérea de uma barragem hidrelétrica ou de uma usina nuclear, o reator ou o vertedouro não estejam no setor de tiro. Espera-se, ainda, que um bem cultural como o Cristo Redentor, localizado no Corcovado, o Museu de Arte de São Paulo (MASP) ou a Basílica de Nossa Senhora Aparecida também não estejam no setor de tiro antiaéreo.

7.1.4. Combatentes e guerrilheiros

Os combatentes – no caso da antiaérea, a tripulação sobrevivente ao tiro – têm o direito de participar do conflito. Se capturados ou se renderem, devem ser feitos prisioneiros de guerra e repatriados oportunamente. Não serão julgados, a menos que pratiquem crimes. Frise-se: combater em defesa da sua pátria não é crime. O mesmo se aplica aos guerrilheiros que, no mais das vezes, são considerados combatentes.

7.1.5. Feridos

Os feridos – no caso da antiaérea, a tripulação sobrevivente ao tiro – devem receber tratamento médico. Após o restabelecimento, farão jus ao correspondente estatuto, conforme tenha sido sua atuação (mercenário, combatente, espião etc.).

7.1.6. Terroristas, espiões e mercenários

São espécies diversas. O espião é o agente que obtém informações de forma dissimulada¹⁶. Já o mercenário, é aquele que atua no combate mediante vantagem pessoal. Já o terrorista, foi tratado no item 2.5 acima. Nenhum deles faz jus ao estatuto do prisioneiro de guerra. São considerados criminosos. Deverão ser processados e julgados por seus atos. As normas aplicáveis são as vigentes na República Federativa do Brasil. Ressalte-se que o espião, para o país de origem é um herói, mas se for capturado no estrangeiro, será um criminoso.

7.1.7. Conclusão parcial

Em que pese a complexidade do arcabouço jurídico que regula a situação de conflito armado, a liberdade de atuação da tropa é grande. Os danos colaterais porventura existentes são mais toleráveis. A atividade militar provocará danos de toda ordem e o combatente, atuando em respeito às leis

¹⁶ Não se deve confundir a figura jurídica do espião com a atividade de observação e reconhecimento militar. As últimas são lícitas, executadas por combatentes e fazem jus ao estatuto do prisioneiro de guerra.

da guerra, estará agindo sob o manto da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever (art. 42, IV do CPM).

7.2. Estado de defesa e estado de sítio

No estado de defesa, as regras vigentes, no que toca à execução do tiro antiaéreo, são as mesmas para a situação de normalidade institucional. As restrições a alguns direitos individuais previstos no art. 136 da CF/88, praticamente, não interferem nas operações antiaéreas. Em caso de lesão a bem jurídico (vida, patrimônio e outros), as excludentes de responsabilidade (civil e penal) são as expostas nos itens 4 e 5 acima.

O mesmo se diz em relação ao estado de sítio em caso de grave comoção nacional, estabelecido no art. 137, I da CF/88, praticamente não interfere nas operações antiaéreas. Já, se o motivo do estado de sítio for a guerra (art. 137, II), as regras são as já expostas no item 7.1 acima.

7.3. Situação de normalidade institucional

Muito provavelmente, esta é a situação em que a artilharia antiaérea será empregada, haja vista a atual conjuntura nacional. Nesse contexto, observa-se uma crescente participação do Brasil no campo internacional: abriga embaixadas de praticamente todos os Estados, é signatário dos mais importantes tratados internacionais, possui tropa no exterior, recebe chefes de Estado oriundos de todos os matizes políticos e ideológicos, pleiteia assento permanente do Conselho de Segurança das Nações Unidas e tem abrigado importantes eventos políticos e desportivos. Já no campo interno, em que pese o desenvolvimento econômico e social que a nação brasileira vem experimentando, o crime organizado é um dos principais problemas nacionais.

Nesse cenário, no que toca ao emprego da artilharia antiaérea, existe a possibilidade do emprego em duas vertentes: forças adversas oriundas do exterior; e forças adversas atuando em proveito do crime organizado.

7.3.1. Forças adversas advindas do exterior

Tendo em conta a natureza pacífica do povo e do Estado brasileiro, a hipótese de emprego da artilharia em caso de guerra, para fazer face à aeronaves de combate é extremamente remota. Mas, se houver, as regras são as aplicáveis aos conflitos armados, como já exposto acima. Entretanto, como o País abriga embaixadas de praticamente todos os Estados, inclusive daqueles que são antagônicos a determinados grupos extremistas, é possível um ataque aéreo terrorista.

Acrescente-se a isso, os grandes eventos desportivos que abrigarão chefes de estados, atletas de renome e multidões de espectadores de todas as nações. Temos aqui uma série de alvos compensadores para o terrorismo. Havendo ataque aéreo terrorista às instalações que abrigarem eventos, embaixadas e outras, as regras aplicáveis também são as dos conflitos armados.

7.3.2. Forças adversas atuando em proveito do crime organizado

Aqui as regras para o tiro antiaéreo são bem mais restritivas. Em caso de lesão a bens jurídicos como a vida, o patrimônio e outros são as tratadas nos itens 4 e 5 acima. Digo mais, como o resultado do tiro muito provavelmente será a morte dos ocupantes da aeronave, as hipóteses de permissivo legal para o tiro são raríssimas. O ordenamento jurídico pátrio não permite que a morte seja o método de combate ao crime.

Normalmente, o vetor aéreo é utilizado como meio de transporte pela criminalidade. Nessas circunstâncias, eis que não há violência ou grave ameaça, é incabível o tiro antiaéreo. Somente se a aeronave estiver atentando contra a vida ou a integridade de alguém é que estará autorizado o tiro. Cito, como por exemplo, helicópteros servindo de base de fogos para alguma empreitada criminoso. Neste caso o tiro antiaéreo fica autorizado, havendo a exclusão do crime, dependendo do caso concreto, fazendo valer um dos institutos explicados no item 4, supra.

No que tange à Lei do Abate, entendo que não se aplica à artilharia antiaérea. Não adentrarei nos aspectos acerca de sua constitucionalidade, legalidade e aplicabilidade aos meios aéreos. Para tanto, recomendo a leitura do artigo A Soberania do Espaço Aéreo e o Tiro de Detenção, de autoria do Brigadeiro Maurício Pazini Brandão, na obra *Direito Militar, Doutrina e Aplicações*, editora Elsevier, edição 2011.

Vigora no Brasil o princípio da legalidade e a lei – o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) – em seu art. 303, §§ 1º e 2º, este último, incluído pela Lei nº 9.614/98 (Lei do Abate), estabelece que esgotados os meios coercitivos previstos para compelir o pouso, esta será classificada como hostil, “ficando sujeita à medida de destruição”.

Essa lei foi regulamentada por meio do Decreto nº 5.144/04, que em seu art. 6º estabelece os meios e o pessoal que executarão a medida. Vejamos:

Art. 6º A medida de destruição terá que obedecer às seguintes condições:

I - emprego dos meios sob controle operacional do Comando de Defesa Aeroespacial Brasileiro - COMDA-BRA;

II - registro em gravação das comunicações ou imagens da aplicação dos procedimentos;

III - execução por pilotos e controladores de Defesa Aérea qualificados, segundo os padrões estabelecidos pelo COMDABRA;

Notem que a execução deverá ser feita por pilotos e controladores, condição que os artilheiros antiaéreos não ostentam.

8. CONCLUSÃO

Como se percebe, o tema é extremamente complexo e não há solução única. Acrescente-se que este singelo trabalho não esgota o tema. Somente o caso concreto, com as peculiaridades e especificidades das circunstâncias do momento institucional nacional e internacional e em face da atuação da força adversa, é que determinará o adequado emprego da artilharia antiaérea.

9. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Comentários ao Código Penal Militar**. 7. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

BRANT, L. N. C. **Terrorismo e Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CRETELLA NETO, J. **Terrorismo Internacional**. Campinas: Editora Millennium, 2008.

CRUZ, I. S. e MIGUEL, C. A. **Elementos de Direito Penal Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

DOTTI, R. A. **Curso de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

EXÉRCITO BRASILEIRO. **Manual de Campanha C-44-1 - Emprego da Artilharia Antiaérea**. Brasília: Estabelecimento General Gustavo Cordeiro de Farias.

EXÉRCITO BRASILEIRO. **Manual do Equipamento de Direção de Tiro (EDT) FILA**. Rio de Janeiro: Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea.

KRIEGER. C. A. **Direito Internacional Humanitário**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

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

MELLO, C. D. A. **Direitos Humanos e Conflitos Armados**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

MEZZANOTI, G. **Direito, Guerra e Terror**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

NEVES, C. R. C. e STREIFINGER, M. **Manual de Direito Penal Militar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

PRADO, L. R. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ROSSETTO, E. L. **Código Penal Militar Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, A. **Código Penal Militar Comentado**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2009.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SOUSA, M. T. C. **Direito Internacional Humanitário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

VERGUEIRO, L. F. T. **Terrorismo e Crime Organizado**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2009.

Este periódico foi impresso em Brasília, em outubro de 2013,
pela Gráfica Editora FeF Ltda.

O papel do miolo é *offset* 90g e o da capa é *duo design* 250g.

Visite nossa página: [www.mpm.mp.br/editorial_/_/](http://www.mpm.mp.br/editorial_/)