



Revista do

Ministério Público Militar

Brasília - DF
2010



**República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar**

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Procuradora-Geral de Justiça Militar
Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz

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

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

Corregedor-Geral do MPM
Roberto Coutinho

Conselho Editorial

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar – Coordenadora

Clauro Roberto de Bortolli
Procurador de Justiça Militar

Adriano Alves
Promotor de Justiça Militar

Romana de Castro
Secretária-Executiva



Revista do

Ministério Público Militar

Ano XXXVI - Número 21 - Abril de 2010
Brasília - DF

Revista do Ministério Público Militar

Uma publicação do Ministério Público Militar

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

Copyright © 2010. Todos os direitos autorais reservados.

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

Tiragem: 1.500 exemplares
Impressão: Supernova Soluções Gráficas e Editora LTDA - ME

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

Revista do Ministério Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 36,
n. 21 (abr. 2010). – Brasília : Procuradoria-Geral de Justiça Mili-
tar, 1974–

Irregular

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

ISSN 0103-6769

I - Brasil. Ministério Público Militar

Voltamos!

Cerca de dois anos depois do último lançamento, após o Ministério Público Militar inaugurar sua nova sede, a Comissão Editorial apresenta nova edição da “*Revista do Ministério Público Militar*”. Trata-se do 21º número de uma trintenária revista (na verdade, são trinta e cinco anos, completos agora em 2009). Como tal, esperamos que a edição ora lançada possa ostentar a madura conjugação de beleza, coerência, experiência e novidade, contradições e sinónimas perfeitas da balzaquiana que é.

Com inteira propriedade, assentou Lobato que um país se faz de homens e livros. Ousando parafrasear o escritor taubateano, diríamos que uma instituição se fortalece e renova com as ideias e ideais de todos que a compõem...

Nesse sentido, a publicação se propõe a expressar algumas ideias de alguns daqueles que, a cada dia e nas diversas oportunidades em que representam a instituição, defendem os ideais do *Parquet* Castrense, sem embargo de também deixar espaço a pensamentos outros, advindos de pessoas que, embora não “colegas de carreira”, nos deixam verdadeiramente lisonjeados com suas contribuições e opinamentos, em inegável e democrático entrechoque de posições, o que, ao fim e ao cabo, engrandecem esta revista e verdadeiramente a fazem acontecer.

Rendemos, pois, aqui, nossos preitos aos autores dos diversos artigos que, ao longo do tempo, permearam as páginas da nossa revista, os quais se constituem nos verdadeiros responsáveis (e não a comissão editorial – de efêmera duração) pela continuidade desse importante canal de expressão opinativa.

E, como disse o grande poeta baiano,
“(...) *Bendito o que semeia*
Livros ... livros à mão cheia ...
E manda o povo pensar!
O livro caindo n’alma

É germe – que faz a palma,

É chuva – que faz o mar.”

Esperamos, mais do que qualquer outro desejo, que a leitura seja agradável. É esse o propósito. Se causar enriquecimento, por mínimo que seja, ao conhecimento do leitor, melhor ainda; se, indo além, permitir um novo olhar sobre velhas questões, ou um velho olhar sobre novas propostas, ótimo!

A Comissão Editorial, ao seu turno, já está engatinhando, rumo ao próximo número.

“*E já vai tarde*”, como dito em um dos artigos ora publicados...

Boa leitura !

CLAURO ROBERTO DE BORTOLLI
Procurador da Justiça Militar

umário

- **A legitimidade do Ministério Público Militar para a defesa dos direitos coletivos nas áreas sob administração militar**
Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz 9
- **A Justiça Restaurativa: um resgate, ainda que tardio, das vítimas de delitos**
Selma Santana 15
- **Os varões conspícuos**
Claudio Martins 49
- **A inconstitucionalidade da fixação de competência de prerrogativa de função pela lei de organização judiciária militar**
Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues 75
- **A (in)constitucionalidade do foro por prerrogativa de posto nos crimes militares**
Soel Arpini 103
- **Cooperação entre as justiças castrenses dos Estados partes do Mercosul: realidade e perspectivas**
Elisa de Sousa Ribeiro 117
- **A atuação do Ministério Público Militar em decorrência do recebimento de “denúncia anônima”**
Alexandre Reis de Carvalho 139
- **A ação civil pública na Justiça Militar**
Octavio Augusto Simon de Souza 157

■ Aplicação das inovações do Direito Penal (dito) comum na Justiça Militar. Imposição ou omissão? Antonio Facuri	165
■ A Justiça Militar da União em seu bicentenário Gabrielle Santana Garcia	175
■ A inconveniência do julgamento dos crimes militares impróprios pelo escabinato na justiça militar Lendel Fernandes Oliveira	213
■ Cabimento do Habeas Corpus nas punições disciplinares Maria Tereza Faria	249
■ Fraude em pensões nas Forças Armadas Luciano Moreira Gorrilhas	265
■ Drogadicção e Forças Armadas Hevelize Jourdan Covas Pereira	273
■ Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial	279

A Legitimidade do Ministério

Público Militar para a defesa dos direitos coletivos nas áreas sob administração militar

Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz
Procuradora-Geral de Justiça Militar

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição da República de 1988, o Ministério Público ganhou uma dimensão nunca havida nas cartas constitucionais anteriores.

De fato, preceitua o art. 127: “O Ministério Público é 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 cumprir esses objetivos, o legislador constituinte, no art. 129, aumentou o leque das funções do MP. Entre elas, está a promoção do inquérito civil público e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Inegável que a ampliação das atribuições conferidas pelo legislador constituinte ao MP abrange todos os seus ramos, inclusive o Ministério Público Militar. Para se chegar a esta conclusão, basta a leitura do art. 129 da CR, verbis:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Diante do teor desse dispositivo constitucional, verifica-se que não há fundamento para a exclusão do MPM do rol dos legitimados para a instauração

de ICP e o ajuizamento de ACP. E, como sabemos, é vedado fazer interpretação constitucional restritiva a direitos que visam à proteção social.

Aqueles que entendem que o Parquet castrense não tem legitimidade para atuar em inquéritos civis e ações civis públicas interpretam de maneira equivocada o art. 124 da CR, que determina a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Uma simples leitura dessa norma demonstra o erro desse entendimento, uma vez que o referido artigo refere-se exclusivamente à Justiça Militar, órgão do Poder Judiciário. Evidentemente, tal dispositivo não pode ser aplicado ao MPM, já que, como sabemos, é instituição que não integra o Poder Judiciário, com funções constitucionais distintas.

Uma vez que, após 1988, a legitimidade do MP para instaurar ICP e oferecer a ACP passou a ter assentamento constitucional, torna-se defeso ao legislador ordinário excluí-la¹, o que, aliás, tampouco poderia fazer em relação a qualquer dos ramos do Parquet, haja vista a inexistência de limitação constitucional decorrente da especialização de seus órgãos.

Corroborando esse entendimento, a LC nº 75/93 coloca em destaque, como instrumento de atuação do Ministério Público da União, a promoção do ICP e da ACP, não se olvidando dessa nobre função institucional do Parquet, nos termos do seu art. 6º.

Nesse contexto, salienta-se que, de acordo com a atual disciplina da ACP – Lei nº 7.347/85 –, entre os legitimados, o MP, com exclusividade, está autorizado a promover o ICP, com poderes de notificação e requisição; está sempre presente na ação, seja como parte, seja como fiscal da lei; e pode receber representações daqueles que não detêm legitimidade para o ajuizamento da ação, tendo independência para recusá-las ou arquivá-las.²

¹ “ (...) Quando o art. 129, inciso III, da Constituição diz ser função institucional do Ministério Público a apuração de inquérito civil, a instauração de inquérito civil e a propositura da ação civil pública, para defesa do meio ambiente e outros direitos difusos e coletivos, eu quero significar que o primeiro legitimado para a tutela desses direitos em juízo, por meio da ação coletiva, Ministério Público, tem uma legitimação que decorre diretamente do texto constitucional.

Isso quer dizer, na consequência, que o legislador ordinário infraconstitucional não poderá retirar do Ministério Público essa legitimação, o que poderia fazê-lo com relação aos demais colegitimados.” (NERY JUNIOR, Nelson. Legitimação para a Defesa dos Direitos Difusos Coletivos. Porto Alegre: Revista do Advogado, ano IX, nº 20, IARGS, p. 94.)

² MILARÉ, Édís. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 31.

Reza o art. 128, I, c, da CR que o MPM faz parte do MPU, é um dos seus ramos. Assim, a única interpretação possível dessa norma é a de que não estão ali estabelecidas restrições, ao Parquet das Armas, que não são impostas aos demais ramos do mesmo órgão.

Logo, o fato de a competência da Justiça Militar limitar-se ao processo e julgamento dos crimes militares definidos em lei não pode servir como fundamento para impedir que o MPM exerça as funções constitucionais outorgadas ao Parquet, sejam judiciais, sejam extrajudiciais.

Como justificar, então, que o MPM não possa realizar inquéritos civis se não há restrição na CR nem na legislação infraconstitucional? Como justificar que não há interesse e necessidade de o MPM exercer esta função se existem grandes áreas ambientais e patrimônio público, inclusive histórico, sob guarda das Forças Armadas (FFAA)? Como não reconhecer que, entre outros direitos difusos, a saúde dos integrantes das FFAA e de seus familiares, inclusive idosos, deve ser protegida e garantida pelo MPM? Evidente que, entre os ramos do MP, o mais apto a exercer esta função é o MPM, haja vista que a não efetivação desses direitos tem reflexos diretos no Direito Penal.

2. DA NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DO MPM EM INQUÉRITOS CIVIS E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

O MP contemporâneo deve ter uma expressiva atuação preventiva em todas as áreas, inclusive, e talvez, precipuamente, na criminal.

A razão desta afirmativa decorre do fato de ser o Direito Penal o mais poderoso instrumento de controle social do Estado. Mas, por impor graves soluções, só deve ser chamado quando outros ramos do Direito não puderem solucionar os conflitos de interesses.

Daí porque, como ocorre nos demais ramos do MP, é missão do MPM atuar preventivamente, de modo a evitar a ocorrência de crimes. E, para a consecução deste objetivo, é mister ter reconhecida nossa legitimidade para realizar ICP e ACP, dois dos mais efetivos instrumentos na prevenção de ilícitos penais.

Caso o Parquet Militar seja impedido de promover o ICP e a ACP, ficará indevidamente reduzido a um mero órgão de acusação e será excluído da relevante atuação preventiva em relação aos conflitos ou de qualquer medida

extrajudicial, restando impossibilitado de prevenir a prática de crimes que poderiam, facilmente, ser inibidos mediante a eficaz e diligente atividade ministerial.

Sobre essa função preventiva de conflitos, merece destaque, no âmbito do Parquet das Armas, compromisso de ajustamento de conduta celebrado entre a Procuradoria da Justiça Militar em Belém-PA e a Direção do Centro de Lançamento de Alcântara-MA, com o objetivo de sanar irregularidades constatadas pela ANVISA no refeitório daquela unidade militar, o que preveniu eventuais demandas por crimes contra a saúde, afastamentos de militares do serviço por licença médica e inclusive pedidos de indenizações perante a Justiça Federal.

Outra atuação ministerial igualmente relevante foi o termo de ajustamento de conduta firmado pelo MPM no Estado do Rio de Janeiro e pela Base Aérea dos Afonsos, a qual se comprometeu a tomar providências no sentido de evitar a contaminação, por benzeno, de militares responsáveis pela deca-pagem química das aeronaves.

Vale ainda mencionar que, em atuação conjunta, o MPM e o MPF recomendaram ao Departamento Geral do Exército a revogação de normas que definiam determinada distância entre a residência do militar e o seu local de trabalho como fator limitador à concessão do benefício do auxílio-transporte. A recomendação foi acatada e a limitação revogada por meio da Portaria nº 269 DGP, de 11.12.07. A importante medida tomada pelos dois ramos do MPU teve por objetivo diminuir o expressivo número de deserções constatadas no biênio 2005-2006, na área de jurisdição da 3ª Auditoria da 3ª CJM, decorrentes, principalmente, do não pagamento de auxílio-transporte aos convocados incorporados, residentes em Municípios distantes da organização militar em que serviam.

Como visto, bem-sucedida mostra-se a atuação conjunta entre órgãos do Parquet, sendo inequívoca a possibilidade de o MPM, em razão da competência exclusivamente criminal da Justiça Militar, propor ACP, em litis-consórcio com outros ramos do MP, perante as Justiças Estadual e Federal, como está previsto no § 5º do art. 5º da Lei nº 7.347/85.

Assim, diante desse dispositivo legal, não há como justificar a impossibilidade de litisconsórcio entre o MPM e outros ramos do MP.

Essa orientação já encontra amparo em acórdão unânime do colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, verbis:

3. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA.

In casu, o Ministério Público Militar ajuizou ação civil pública para compelir as Forças Armadas, em todo o território nacional, a não utilizar os militares subalternos em atividades domésticas na residência de seus oficiais superiores. O MM. Juízo a quo considerou que a competência do MPM está restrita ao disposto nos arts. 116 e 117 da LC nº 75/93, onde não se encontra a ação civil pública, de modo que o MPM não teria legitimidade ativa para o feito.

O art. 128 da CF/88 refere-se ao Ministério Público como instituição, abrangendo tanto o Ministério Público da União e seus desdobramentos (...) quanto o Ministério Público dos Estados. Da mesma forma ocorre no art. 129, CF/88, o qual estabelece as suas funções institucionais, dentre estas a promoção da Ação Civil Pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Ademais, nos termos do § 5º do art. 128 da CF/88, lei complementar estabelecerá a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público. Assim, foi editada a Lei Complementar nº 75/93, que dispõe sobre o Ministério Público da União e seus desdobramentos. Nos seus arts. 116 e 117, o referido diploma legal estabelece as atribuições do Ministério Público Militar.

Entretanto, não se pode olvidar que as funções institucionais do Ministério Público, na qual está abrangido o Ministério Público Militar, vêm estabelecidas constitucionalmente. Portanto, da exegese do art. 129 da CF/88, constata-se que é função do Ministério Público Militar, também, a promoção da Ação Civil Pública, no âmbito da Justiça Militar.

Perante a Justiça Federal, quem detém a legitimidade ativa é o Ministério Público Federal. Pode o Ministério Público Militar, somente, atuar como litisconsorte ativo facultativo no presente feito.

Provimento da apelação.

(ApC nº 2008.71.02.004712-8/RS, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 14.04.09.)

Lamentavelmente, o MPM ainda encontra resistência no exercício de sua legítima função institucional de promoção de ICP e ACP.

Nessa esteira, cabe mencionar que o eminente Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia (PT-RJ), Relator do Projeto de Lei nº 5.139/09 na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, sensível a essa situação, acolheu emenda apresentada pelo Deputado Federal José Genoíno (PT-SP), para estabelecer, de forma expressa no texto substitutivo ao projeto, a legitimidade concorrente do MPM para promover a ACP com vistas à proteção de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos relacionados a lugar ou patrimônio sob administração militar ou ato praticado por autoridade militar.

4. CONCLUSÃO

À luz da legislação vigente, o MPM, como os demais ramos do MP, pode e deve realizar inquéritos civis e propor ações civis públicas, dentro da área em que atua, pois está previsto entre as suas atribuições. Qualquer outro entendimento equivale a negar as normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes e reduzir o MPM a mero órgão de acusação, amesquinhando seu relevante papel dentro do Estado Democrático de Direito.

A Justiça Restaurativa:

um resgate, ainda que tardio, das
vítimas de delitos

Selma Pereira de Santana

Promotora de Justiça Militar
Doutora e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFBA

1. INTRODUÇÃO

Assistimos, nos últimos anos, à mercê de um fantástico avanço tecnológico, a um processo acelerado de transformações que provocaram a criação de um novo paradigma social, marcado pela extraordinária capacidade de expansão e pela alta voltagem político-social. À latere, e como fatal resultado, nesse novo tipo societário desenvolveram-se também “novas” formas de criminalidade. A paisagem e o ambiente que marcam essa sociedade, ante a nova onda que se agita no mar social, é a criminalidade, e, por consequência, o medo ou o temor. A globalização é o seu cenário.

É certo que o processo globalizador¹ não se instalou subitamente, como sempre ocorre no aparecimento de novos fenômenos sociais. Quando as condições se tornaram favoráveis, a globalização surgiu, criando um poder econômico globalizado, sem que exista uma sociedade global, tampouco, organizações internacionais fortes, e, menos ainda, um Estado global. Devido à circunstância de a globalização significar, na essência do fenômeno, a ausência de Estado mundial, ou melhor, de uma sociedade mundial sem Estado mundial e sem governo mundial, assistimos à difusão de um capitalismo globalmente desorganizado, em que inexistente poder hegemônico, regime internacional, seja econômico, seja político². É um novo momento de poder planetário. Trata-se de uma realidade que chegou e que, como as anteriores, é irreversível.

¹ ALBERTO SILVA FRANCO, RPCC, p.183/228.

² ULRICH BECK, Qué es la globalización? p. 32 (apud ALBERTO SILVA FRANCO, RPCC, p. 190).

Foi, contudo, o modelo globalizador que fez nascer novas formas de criminalidade, caracterizadas exatamente por serem supranacionais, organizadas, isto é, por possuírem uma estrutura hierarquizada e permitirem a separação tempo-espaço entre a ação das pessoas que atuam no plano criminoso e a danosidade social provocada.

O crime adquiriu uma grande capacidade de diversificação, organizando-se estrutural e economicamente para explorar campos diversos, como crimes econômicos e financeiros, crimes ligados à tecnologia, crimes contra o ambiente, crimes de tráfico internacional de substâncias entorpecentes, de armas, de pornografia, de prostituição de menores, de terrorismo, de contrabando, de comércio de pessoas ou de partes do corpo, de espionagem industrial, de evasão fiscal, dentre outros.

A criminalidade é marcada pelo alto poder de corrupção-contaminação das relações econômicas lícitas e da organização do ponto de vista estrutural³.

Nesse cenário, o da globalização, as grandes construções institucionais e a concentração de poder provocam o declínio dos Estados e um mundo diferenciado, onde proliferam as redes. A criminalidade deixa de situar-se à margem da sociedade, já que está em todo o lado, sendo o seu maior flagelo a criminalidade organizada, a principal responsável por uma política criminal que tende a reduzir-se a uma “política criminal de segurança”.

A repressão da criminalidade organizada e o apoio, na opinião pública, que essa repressão merece caucionam uma repressão muito abrangente. A mistura de dois tipos de criminalidade, a organizada e a de massa, vicia os dados da política criminal. O consenso obtido na luta contra a criminalidade grave permite justificar um endurecimento cego e generalizado da punição. A criminalidade grave, de feitos danosos, incita um discurso de encurtamento de direitos, liberdades e garantias do delinquente, dando a entender que é inconciliável o respeito pelos direitos fundamentais com a eficácia da perseguição desse tipo de criminalidade. Nesse cenário, o apelo à intervenção socializadora do Estado sobre o delinquente ou a invocação dos direitos fundamentais afigura-se como algo anacrônico e pueril. A política criminal tende a reduzir-se, como já fora afirmado, a uma “política de segurança”.

³ De acordo com SILVA SANCHEZ, criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade de poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização (Revista Brasileira de Ciências, p. 69).

Assiste-se a uma redefinição da função do Estado, que se retira paulatinamente da área econômica, e afirma-se a necessidade de reduzir o seu papel socializador e o de alargar, endurecendo-a, a intervenção penal. A segurança, definida em termos físicos, emerge como prioridade da ação pública. Esvai-se, pois, a política do Estado providência.

Por essa razão, é certo afirmar, em relação, sobretudo, à criminalidade interna, que nunca, como agora, atuou tanto o poder repressivo. Em lamentável contraponto, enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive um período marcado pela desregulamentação, pela deslegalização e pela desconstitucionalização, no âmbito do ordenamento penal interno ocorre uma situação exatamente oposta, marcada por uma intensa criação de novos tipos penais, pelo enfraquecimento do princípio da legalidade, por meio do recurso a normas com conceitos imprecisos, e pela ampliação do rigor das penas, como se essas medidas tivessem força para coibir da delinquência os excluídos do sistema globalizado.

No entanto, pede-se eficácia ao sistema da justiça penal e abre-se espaço ao sacrifício dos direitos e liberdades fundamentais em razão do combate à criminalidade.

Em diagnose sociopolítica, transparece nitidamente que o Estado se revela tímido e temeroso em relação à criminalidade transnacional, embora duro e inflexível quanto à criminalidade de massa.

Diante dessa perspectiva, como atuar? Que direcionamento deve ser seguido? Entendemos que a solução se dirige por dois caminhos: o primeiro seria a busca de formas de uma política criminal comum⁴, haja vista a evidência de que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder aos desafios apresentados pela nova criminalidade; o segundo, não dar cobertura a uma “política criminal de segurança” em detrimento de uma “política criminal de liberdade”.

⁴ “O que se vem dizer é que os mais recentes desenvolvimentos em matéria de iniciativas legislativas ao nível europeu ultrapassam a ‘visão estreita’ da soberania nacional e demonstram que se está perante a emergência de uma política criminal comum. Falta, todavia, um ‘pensamento’ sobre o penal. Falta, dito de outro modo, o travejamento de uma política criminal europeia. (...). Vem-se denunciando ao projecto da União Européia, no domínio da justiça penal, o carácter ‘prioritariamente repressivo’, que faz ‘primar o objectivo da segurança sobre o da liberdade’” (ANABELA RODRIGUES, *Liber Discipulorum*, p. 223/224).

Fatores como a massificação da criminalidade e uma nova criminalidade abriram caminhos a reformas que se lastreiam em propostas opostas: de um lado, a que procura dar maior ênfase às garantias individuais, associada a modelos políticos democráticos; de outro, a necessidade de uma maior eficácia da luta contra o crime.

A eficácia e proteção dos direitos fundamentais continuam a ser pólos de uma tensão que alimenta as diferentes formas de realização da Justiça. No entanto, a proteção dos direitos fundamentais, obtida à luz do valor “segurança”, obriga a reencontrar novos equilíbrios para essa polarização. Para isso, é necessário continuar a se fazer a síntese do conflito garantia-eficácia nos quadros do Estado de Direito.

Para a autora, a solução encontra-se em atribuir ao Direito Penal a função exclusiva de proteção subsidiária de bens jurídicos⁵. Trata-se de assumir os princípios político-criminais da “intervenção mínima” e da “ultima ratio”, que informam uma política criminal racional. Ou, na lição de FIGUEIREDO DIAS⁶: “Uma política criminal que se queira válida para o presente e o futuro próximo e para um Estado de Direito material, de cariz social e democrático, deve exigir do direito penal que só intervenha com os seus instrumentos próprios de actuação ali, onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem”.

Isso significa que, se o Direito Penal não constitui resposta para os problemas sociais, ele não deve demitir-se⁷ ou ausentar-se de intervir perante as novas formas de criminalidade, sob pena de introduzir-se, na realização da justiça

⁵ “É necessário, efetivamente, que o Direito Penal do futuro se ocupe em hipótese – e com particular atenção – dos fatos ilícitos que se enraízam no mundo político e dos negócios, dos atentados ao meio ambiente, dos delitos económicos e tributários (MARINUCCI-DOLCINI), ou bem é possível cultivar a contraposta perspectiva ‘reducionista’ (HASSEMER; BARATTA; FERRAIOLI), orientada, por exemplo, ao ‘Direito Penal mínimo’, ao contextual potenciamento do Ordnungswidrigkeitenrecht e à criação de um direito da intervenção (Interventionsrecht)?” (NICOLA MAZZACUVA, Crítica y justificación, p. 236).

⁶ RMP, p. 77.

⁷ FIGUEIREDO DIAS, Questões Fundamentais, p. 74.

penal, uma seletividade⁸ que poderia aproximá-la de um Direito Penal para os “novos” perigosos.

⁸ GÜNTHER JAKOBS, por meio de trabalho apresentado em um congresso de professores alemães de Direito Penal, realizado em 1985, na cidade de Frankfurt, tornou conhecida a noção do “Direito Penal do Inimigo”. Mais recentemente, há cerca de um ano e meio, na Espanha, publicou um livro intitulado *Derecho Penal del Enemigo*. Em face disso, hoje é lugar comum os críticos de Jakobs situarem-no como defensor de um modelo autoritário de Direito Penal. Assim, o “Direito Penal do Cidadão” aplicar-se-ia à média e baixa criminalidades, enquanto o “Direito Penal do Inimigo”, à criminalidade mais complexa ou altamente organizada. O primeiro destinar-se-ia aos “delinquentes cidadãos” integrados ao Estado, que aceitassem a “autoridade da norma” jurídica e, como tal, fossem sensíveis à mensagem pedagógica e reintegradora da pena. O segundo dirigir-se-ia aos “delinquentes inimigos”, que negam tudo isso e que não aceitam a autoridade do Estado ou da Lei. Em suma, o “Direito Penal do Cidadão” visaria aos criminosos “normais ou vulgares”, enquanto o “Direito Penal do Inimigo” visaria aos delinquentes “profissionais”, compulsivos ou ideológicos. As bases filosóficas do “Direito Penal do Inimigo” foram buscadas no pensamento de Rousseau, Kant, Fichte e Hobbes, para justificar que certos indivíduos, ao praticarem certos delitos, quebrariam o contrato social ou de cidadania e, portanto, não poderiam ser tratados como cidadãos, mas como inimigos. Quem comete, de forma permanente, determinados crimes que ameaçam o Estado e a sociedade não poderá esperar ser “castigado como um súdito”, mas, antes, ser eliminado como um inimigo. As principais consequências do “Direito Penal do Inimigo”, de JAKOBS, incidem, nomeadamente, ao nível dos direitos e garantias dos arguidos, uma vez que surgiria um “Direito Processual Penal do Inimigo” e um “Direito Processual Penal do Cidadão”. Ao delincente cidadão deverá aplicar-se o clássico direito processual penal, com todas as suas garantias. Contudo, para o delincente inimigo, deverá flexibilizar-se o princípio da legalidade, reforçar-se as medidas cautelares e preventivas, endurecer-se as penas e a reclusão, atenuar-se os direitos e garantias dos arguidos, incentivar-se a denúncia, recompensar-se a colaboração dos arrependidos, restringir-se ou violar-se os sigilos legalmente protegidos, etc. O valor fundamental é a segurança, e não exatamente a justiça. FIGUEIREDO DIAS, manifestando-se sobre o tema, sustenta que se está outra vez perante a ideia de pôr pessoas fora do gênero humano, pessoas a quem se tiram a própria personalidade, dizendo que não merecem a proteção da ordem jurídica. Para ele, tal teoria é inadmissível e quase incompreensível, pois uma pessoa que cometa um crime, seja ele qual for, deve ser julgada como criminoso, e não abatida como um inimigo. Por seu turno, FARIA COSTA considera que a teoria de JAKOBS mais não é do que o fecho de uma tendência doutrinária que, de há muito, concebe um Direito Penal a “duas velocidades”. Com ela, abandona-se a matriz de um Direito Penal liberal, de um Direito Penal de garantia, que teve o berço nesse tempo único: a Ilustração. E acrescenta que são os ventos fortes, fortíssimos, do outro lado do Atlântico, a quererem a todo o custo implantar o seu “law and order”, concluindo que o que parece dramático é não haver resistência, e que a primeira brecha tenha sido aberta justamente no campo do pensamento penal alemão (ANTONIO MARINHO, *Expresso*, p. 52/53). Sobre o tema, ver GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal del Enemigo*, e ALEJANDRO APONTE, *RBCCRim*, p. 9/43. De acordo com ESER, essa indiferença da contemplação limitada à lesão da norma produz ainda mais estremecimento quando se observa a fronteira traçada por Jakobs entre o cidadão no âmbito de um Direito Penal de um Estado de Direito e os inimigos do sistema. A circunstância de os inimigos não serem considerados “como pessoas” é um dado que já conduziu à negação do Estado de Direito. (*La Ciencia*, p.472)

Assim, por exemplo, o sistema punitivo deveria repousar na ideia de que a pena privativa de liberdade constitui a “ultima ratio” da Política Criminal, e deve ficar reservada para a criminalidade mais grave. No que se refere à ação penal, deve-se optar por um regime processual diferenciado (soluções diferenciadas, céleres e consensuais, por um lado, e formais e ritualizadas, por outro, para fenômenos criminais diferenciados), advertindo-se, contudo, que, em qualquer nível da intervenção penal, a solução há de passar sempre pela afirmação dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, assiste-se ao surgimento de uma tendência consensualista na justiça penal, que, embora não seja alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia.

O momento atual e o que se avizinha é o momento de permitir inovações capazes de tornar a Justiça mais eficaz e menos dispendiosa, como, por exemplo, admitindo-se a reparação⁹, como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, renovando-se soluções de diversão¹⁰, implantando-se e ampliando-se o uso da mediação.

Todavia, nesse quadro de desafios existe um conjunto de ideias marcado por vetores essenciais em que se realça a defesa da eminente dignidade da pessoa humana e se atribui ao Direito Penal a função exclusiva de proteção subsidiária de bens jurídicos.

⁹ CLAUS ROXIN, *Neue Wege der Wiedergutmachung*, p. 367/375.

¹⁰ “No direito penal mais nuclear e, sobretudo, em relação aos delitos mais cotidianos (pequenos delitos contra a propriedade, patrimônio, lesões, injúrias, danos, ameaças...), existe uma necessidade de controle crescente, que poderá, inclusive, aumentar se continuarem a debilitar, ainda mais, os mecanismos informais de controle social, como consequência de tendências como a concentração de pessoas nas grandes cidades, o individualismo, o anonimato e o enfraquecimento dos deveres mais tradicionais. A solução atual e seguramente futura desse problema radica em manter a presença do Direito Penal, porém, configurando processos, através de distintas formas de diversão, e consequências jurídicas flexíveis e não tanto custosas” (LOTHAR KUHLEN, *Crítica y justificación*, p. 228). O mesmo autor considera como desafios jurídico-penais mais relevantes do nosso tempo a progressiva ampliação da proteção jurídico-penal a bens universais de difícil precisão; o enfraquecimento da imputação individual, por meio da responsabilidade por condutas relacionadas a organizações ou, inclusive, por exigência de responsabilidade da organização; a flexibilização das consequências jurídico-penais; a flexibilização do procedimento judicial, por meio da diminuição do princípio da legalidade; a progressiva importância dos acordos entre as partes no processo e a diminuição das formalidades deste (*La Ciencia del Derecho Penal*, p. 68/69).

O primeiro vetor vem a ser a ideia da “não intervenção”. Ou seja, para um eficaz domínio e controle da criminalidade, o Estado e seu aparelho penal formalizado não devem fazer mais, porém, até menos. O Estado introduziu o arsenal penal em áreas nas quais não deveria intervir, e, ainda, sobre-utilizou a lei penal e as reações criminais, com resultados desastrosos, devido, sobretudo, à sua função estigmatizante¹¹. Com a atuação que o Estado vem tendo, até então, ele terminou por produzir mais delinquência do que aquela que ele próprio é capaz de evitar¹².

Melhor do que uma não intervenção radical¹³, uma não intervenção moderada ou judiciosa, em que assumem papel de extrema importância os movimentos de descriminalização e de diversão. O primeiro, partindo do pressuposto de

¹¹ Dessa ideia, partem alguns para defender a abolição do Direito Penal. O abolicionismo constitui o modo mais radical de afrontar a realidade do Direito Penal, entendido como potestade punitiva do Estado, exercida no marco de um conjunto de normas. Em sua versão mais radical, rechaça a existência do Direito Penal e propõe sua substituição por outras formas não punitivas de resolução de conflitos, a que denominamos “delitos”. Um dado significativo é que sua aparição se tenha produzido fundamentalmente nos países nos quais a tendência predominante tenha sido a ressocializadora (Estados Unidos, Holanda e Escandinávia), e, sem dúvida, como uma reação ao fracasso desta. LOUK HULSMAN, por exemplo, defende a eliminação das noções de crime, de Direito Penal, de reações criminais, substituindo-as pelas categorias de “situações-problema” e de “respostas societárias diversificadas”. (RBCCrim, p. 13/26, Conversações abolicionistas, p. 189/213).

¹² Para a perspectiva interacionista ou do *labeling approach*, a distinção entre atos criminosos e não criminosos não deve ser procurada nos próprios atos, mas no estigma atribuído pela sociedade a certos atos. São os próprios grupos sociais que criam a delinquência, ao instituírem regras cuja violação se transmuda em delinquência, ao aplicarem tais regras a grupos de pessoas e ao rotularem-nas de *outsiders*, desviantes ou delinquentes. Estudos empíricos realizados nos últimos anos demonstraram que, das pessoas que cometem atos legalmente definidos como desviantes, somente uma pequena parte é socialmente estigmatizada. A perspectiva interacionista defende que esse processo de seleção decorre de interações sociais nas quais o papel fundamental é desempenhado pelas instâncias de controle social, sejam elas formais, sejam informais. E, por outro lado, o processo de criação e de perecimento das normas criminais constitui uma etapa fundamental daquele processo de seleção, por meio do qual a sociedade estigmatiza o delinquente. Por essa razão é que o processo legal-social de criminalização e de descriminalização constitui um comando importante, e mesmo decisivo, de prevenção e controle da delinquência e de defesa da sociedade perante ela. A esse respeito, FIGUEIREDO DIAS ressalta que, seja qual for o relevo que caiba a outras instâncias, formais e informais, interventoras no processo de recrutamento (as polícias, os tribunais, as prisões, a família, a escola, os grupos sociais), o primeiro lugar pertence, sem dúvida, à lei criminal; aquele processo, em princípio, será permitido e comandado nos termos estabelecidos pela lei (Revista da Ordem dos Advogados, p. 72/73).

¹³ Conforme FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português, p. 64/68.

que, num Estado de Direito material, o Direito Penal somente pode intervir onde se verificarem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e a realização da personalidade de cada homem. Isso significa que o Direito Penal não está legitimado a intervir em condutas que não violem o bem jurídico claramente individualizável, por mais imorais, a-sociais ou politicamente indesejáveis que sejam. E, mesmo que uma conduta viole um bem jurídico, os instrumentos jurídico-penais não devem ser utilizados, desde quando a violação possa ser satisfatoriamente controlada por instrumentos não criminais de política social; o segundo, procurando impedir o efeito estigmatizante da submissão ao sistema formal da Justiça Penal e, em particular, da aplicação das sanções criminais, abarca o conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controle, com vistas a alcançar uma solução para os conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da Justiça Penal, afastando as pessoas daquele sistema e do corredor da delinquência, ou de parte dele.

Outros vetores são as ideias da descentralização dos subsistemas de controle e da participação dos membros da comunidade naqueles sistemas. Tanto a descentralização quanto a participação surgem como ideias de uma Política Criminal oficial, e não como respostas de natureza puramente societária, totalmente separada do sistema estadual da Política Criminal¹⁴.

Como assevera FIGUEIREDO DIAS, isso significa a permissão de acesso das pequenas comunidades e comunidades intermediárias (privadas, semi-públicas, ou mesmo públicas, mas não estaduais) à realização de tarefas político-criminais específicas, mesmo dentro do sistema formal de controle, não só “porque o sistema estadual centralizado se encontra irremediavelmente sobrecarregado e precisa ser aliviado, mas porque concretas tarefas político-criminais há para desempenho das quais o Estado se não encontra na melhor posição, e pode ser substituído com vantagem por comunidades não estaduais”¹⁵. A ideia da participação dos membros da comunidade naqueles sistemas significa ultrapassar o aproveitamento da boa vontade dos particu-

¹⁴ Sobre o tema, ver DELMAS-MARTY, Modelos e Movimentos.

¹⁵ Direito Penal Português, p. 68: “O que está em causa é nada menos que descentralizar as tarefas da Política Criminal, conferindo competência para a realização de algumas delas a comunidades não estaduais e substituí-las, assim, na expressão de McClintock, uma Política Criminal ao macronível por políticas criminais diversificadas ao micronível.”

lares e das suas atividades assistenciais ao Estado, para se tocar àquela outra, da chamada formalizada das pessoas individuais à participação, na execução de políticas criminais comunitárias.

Por essas razões, não é correto ver, nessas manifestações, a ocorrência de uma privatização do sistema de Política Criminal. Trata-se, na realidade, de conferir àquelas comunidades competência jurídica e de ação, para a realização de específicas tarefas político-criminais, bem como de reconhecer, às pessoas individuais, a pretensão de participar daquelas tarefas e incentivar o seu exercício. Exemplos dessa nova forma de compreensão podem ser observados em certos casos de participação da vítima nos processos formal e informal de reação e controle¹⁶.

Por outro lado, a crescente politização do problema criminal, aliada à sua generalizada discussão, alargou substancialmente o foro da Política Criminal. A respeito, bem recorda LEFERENZ¹⁷, que, para a Política Criminal, não se trata apenas de saber como se deve reagir, mas também e, principalmente, a quem se deve reagir.

Pressupostos essenciais da definição de um programa político-criminal são os seus princípios diretores, ou seja, aqueles que devam ser considerados como emanações do sistema jurídico constitucional democrático.

Os princípios diretores da Política Criminal de emanação jurídico-constitucional abrangem toda a matéria penal, ou todo o sistema penal, e não apenas a sua parte substantiva. São eles o princípio da legalidade, o da referência constitucional, o da culpabilidade, o da solidariedade (ou socialidade) e o da preferência pelas reações não detentivas.

Buscando fazer o enquadramento necessário para o tema, entendemos necessária a abordagem de um princípio que, conquanto não seja de direta emanação jurídico-constitucional, não deve ser omitido, exatamente em razão da sua importância, qual seja, o princípio vitimológico.

¹⁶ Nesse sentido, FIGUEIREDO DIAS, Direito Penal Português, p. 70.

¹⁷ “Kriminologie und Kriminalpolitik”, em *Kriminologische Gegenwartsfragen*, 1968, p. 14 e ss. (apud FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE, *Criminologia*, p. 106).

A vítima praticamente vinha sendo “esquecida” pela “ciência conjunta do Direito Penal”¹⁸ e pelo Direito Processual Penal. O crime era visto como mero enfrentamento entre o seu autor e as leis do Estado, esquecendo-se de que, em sua base, há geralmente um conflito humano, gerador de expectativas outras bem distintas, além da mera pretensão punitiva estatal. Esse discurso deveria passar a refletir um caráter triangular das relações mútuas entre o Estado, o delinquente e a vítima, reclamando-se, mesmo, a criação de uma disciplina autônoma no conjunto das ciências penais: a Vitimologia¹⁹.

Em muitos países, da Vitimologia derivou-se o Victim’s Rights Movement.

O consenso, cujas fronteiras ultrapassa, cristalizou-se, outrossim, na Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 11 de dezembro de 1985, como, da mesma forma, e mais recentemente, na Decisão-quadro do Conselho da União Europeia²⁰, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal²¹.

¹⁸ A Dogmática Jurídico-Penal, a Política Criminal e a Criminologia. Foi mérito de Franz von Liszt ter criado o “modelo tripartido”, a que chamou “ciência conjunta (total ou global) do Direito Penal”: a gesamte Strafrechtswissenschaft. (Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I, apud FIGUEIREDO DIAS, Questões Fundamentais, p. 23/25).

¹⁹ Para COSTA ANDRADE, ao sublinhar o conflito real que pode estar na gênese do crime, a Vitimologia veio pôr em causa o modelo tradicional que se bastava, pela abstração metafísica, de uma restauração da ordem jurídica como condição suficiente na superação do conflito que se exprimia no crime. Além disso, a Vitimologia veio recordar que, ao lado das relações entre a sociedade e o delinquente, o crime pode torná-los, ambos, responsáveis perante a vítima. E o Estado não pode considerar-se desonerado da sua quota de responsabilidade dispensando à vítima o magro benefício da adesão (A vítima, p. 244/245).

²⁰ ANABELA MIRANDA RODRIGUES e JOSÉ LUIS LOPES DA MOTA, Para uma Política Criminal, p. 711/718.

²¹ Outras orientações anteriores propugnadas pelo Conselho da Europa, relativas à salvaguarda dos direitos e interesses das vítimas de crimes, são a) Resolução (77) 27, de 28 de setembro de 1977 – indenização às vítimas de infrações criminais; b) Recomendação R (83)7, de 23 de junho de 1983 – participação do público na elaboração e na aplicação da Política Criminal; c) Convenção Européia, de 24 de novembro de 1983 – indenização, pelo Estado, às vítimas de crimes violentos; d) Recomendação R (85) 4, de 26 de março de 1985 – prevenção da violência no seio da família; e) Recomendação R (85) 11, de 28 de junho de 1985 – posição da vítima no ordenamento penal e processual penal; f) Recomendação R (87) 21, de 17 de setembro de 1987 – assistência às vítimas de crimes e prevenção da vitimação; e g) Recomendação R (91) 11, de 9 de setembro de 1991 – exploração sexual, pornografia, prostituição, tráfico de crianças e de jovens adultos.

Paralelos à escalada da Vitimologia, fatores outros têm provocado um ressurgimento extraordinário da figura da vítima na discussão científica dos últimos anos. Para essa ocorrência são muito variadas as causas²², dentre as quais as mais representativas são a força do movimento de “restituição” americano e a frustração pelos resultados obtidos com o tratamento social-terapêutico²³ de infratores jurídicos.

Acrescente-se a tudo isso a visão, cada vez maior, da injustiça social de uma Justiça Penal que não tem tomado a vítima em pouca ou nenhuma consideração.

Sobre esse panorama, alerta ROXIN²⁴: “Tudo parece indicar que nossa Justiça Penal é, sobretudo, um sistema para fazer fracassar os interesses da vítima, apesar de que seria racional, do ponto de vista político-social, começar, no intuito de uma solução do conflito social emergente da conduta punível, por colocar a vítima em situação de incolumidade e, depois, ver se existe algo mais de que dispor”.

Assinale-se que o princípio vitimológico, já aludido, assumiu, nas últimas décadas, três vetores fundamentais, em termos de Política Criminal: o primeiro vetor resolve sua atuação no âmbito do movimento da criminalização / descriminalização²⁵; o segundo, assume-se na colocação da vítima, como

²² ROXIN, De los delitos, p. 139.

²³ “Houve um tempo, faz vinte ou trinta anos, no qual os penalistas escandinavos acreditavam que o preso médio poderia ser reformado através de esforços reabilitadores cientificamente planejados. Esta filosofia obteve uma legião de partidários, parecendo ser mais humana e benévola se comparada com a justiça criminal ordinária. Sem embargo, pouco a pouco o crescente volume de investigações conduziu à conclusão de que, em geral, existia um suporte empírico muito escasso para esse modelo médico ou ideológico do tratamento. Também se demonstrou, claramente, que este modelo não conduzia necessariamente a um sistema mais humano e benévolo. Pelo contrário, amiúde, favorecia sentenças indeterminadas, algumas delas por delitos relativamente triviais. Ignorou também o princípio de igualdade perante a lei” (ANTTILA, La ideología del control del delito en Escandinávia. Tendencias actuales, 1986, apud SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, p. 29).

²⁴ De los delitos, p. 140.

²⁵ Dando margem, segundo alertou FIGUEIREDO DIAS, a tensões contrapostas; requerendo-se, aqui, o endurecimento da criminalização e da penalização em nome do direito de defesa, de proteção e de compensação das vítimas (e chegando a sufragar discursos de ‘guerra ao crime’ e de law and order), apoiando além, pelo contrário, em nome da prevenção da

destinatária da Política Criminal, relativamente ao discurso da vitimização / desvitimização e ao papel da vítima em face das instâncias formais de controle; o terceiro, refere-se à ideia de tornar a reparação das consequências do delito uma terceira espécie de sanção criminal, ao lado das penas e das medidas de segurança.

2. O REDESCOBRIMENTO DA VÍTIMA

Falemos, contudo, ainda que sejamos breves, sobre a vítima.

Sabe-se que, antes do surgimento do Direito Penal, a vítima se encontrava situada no centro dos interesses dos sistemas primitivos de justiça, basicamente fundados na vingança privada, uma vez que, nesses sistemas, seria ela, a vítima, ou seus parentes, os que se encarregavam de dar soluções a tudo aquilo que lhes significava agressão. Vale dizer, era a eles que competia administrar a justiça.

O nascimento e o desenvolvimento do Direito Penal propiciaram a extinção das formas de justiça privada. Todavia, o que, nomeadamente, marcou a história do Direito Penal, nesse aspecto, foi o *jus puniendi* competir exclusivamente ao Estado, implicando, porém, em contrapartida, o começo do abandono da figura da vítima. O Estado é alçado à condição de garantidor da ordem pública e, somente a ele compete o direito de impor a sanção penal. A reação ao delito relaciona o Estado com o delinquentes, resultando a vítima cair no esquecimento.

Iniciou-se, assim, o processo de “neutralização” da vítima²⁶.

vitimização potencial e de uma nova concepção sobre o interesse de reparação da vítima, movimentos de diversão, de descentralização e de participação, como já foi referido. (Direito Penal Português, p. 76).

²⁶ Na história do Direito Penal distinguem-se, no que se refere à relevância da vítima, duas fases distintas. No Direito romano primitivo, no Direito dos povos germânicos e, em alguma medida, no Direito medieval, foi-se possível assistir a uma fase conhecida como “idade de ouro” da vítima. Nesses períodos, também em razão da confusão existente entre o Direito Penal e o Direito Civil, a reação ao delito ficava praticamente nas mãos da vítima, ou de seus parentes, a quem devolviam a ofensa sobre a esfera jurídica autor do delito (seus bens jurídicos ou de seus familiares), nos termos do *jus talionis*. Era o Direito Penal da vingança privada. Contudo, progressivamente, produz-se a consolidação do Direito Penal como Direito Público, e, no surgimento do Estado moderno, passa a ser possível falar de que o exercício do *jus puniendi* constitui um monopólio das instituições do Estado. Assim mesmo, tem

Ocorreu, porém, que, com o surgimento da noção de “bem jurídico”, surgiu uma objetivação da figura da vítima, deixando ela de ser o sujeito sobre o qual recairia a ação delitiva, que sofreria a conduta delituosa, e passando a ser o sujeito portador de um valor, o bem jurídico, exatamente o que, realmente, vem a ser lesado.

Como assegura HASSEMER, o pensamento sobre o bem jurídico não se ocupa da proteção da vítima, senão da proteção da liberdade frente ao controle jurídico-penal ilegítimo. Nessa concepção, a vítima é somente uma condição que possibilita a delimitação sistemática do bem ou interesse digno de proteção. Sendo assim, não é de se estranhar que, nos amplos estudos que se vêm realizando sobre o bem jurídico, não se encontrem análises sobre a vítima²⁷.

Forçoso admitir, contudo, que a evolução de um Direito Penal de característica retributiva a um Direito Penal baseado na prevenção, seja ela geral ou espe-

lugar a crescente diferenciação entre o Direito Civil e o Direito Penal como disciplinas que se ocupam, respectivamente, da relação entre o autor do delito e a vítima (no que se refere à pretensão indenizatória) e de relação entre o autor do delito e o Estado.

O trânsito de um Direito Penal de conotações privadas a um Direito Penal público foi vantajoso tanto em se tratando de pacificação social, quanto, outrossim, em objetivação, imparcialidade e proporcionalidade. Entretanto, com essa nova fase iniciou-se um largo processo de esquecimento da vítima no Direito Penal. Dessa forma, o delito passa a ser entendido como uma relação entre o indivíduo e o Estado, seja como infração das normas estatais, seja como lesão de bens jurídicos, cuja proteção se estima como pressuposto necessário da convivência em sociedade. A vítima também ficou ausente da definição da pena e de suas finalidades; a pena passou a ser uma resposta social pelo comportamento delitivo que cumpre finalidades de prevenção geral e especial. Por fim, o processo penal constitui o mecanismo para a imposição da sanção estatal, e não para atender às questões privadas.

Sem embargo, tudo isso, instituído com a finalidade de obtenção de uma Justiça Penal objetiva e desapaixonada, na qual fiquem devidamente garantidos os direitos do autor do delito, relegou a vítima à condição de mero objeto neutro, passivo, sobre o qual recai o delito (lembrar, entretanto, que, se bem que os delitos sejam perseguíveis de ofício, alguns deles se entendem como perseguíveis à instância da parte, o que atribui à vítima certa disposição sobre o começo do processo. Ademais, deve ser lembrada, ainda, a possibilidade da constituição de acusação particular, para os delitos perseguíveis de ofício). Já não se trata somente de que a intervenção jurídico-penal não dê satisfação aos autênticos interesses da vítima, senão que, em ocasiões, inclusive, supõe um dano adicional para a mesma, a chamada “vitimização secundária”. Neste sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Revista Brasileira*, p.163/165.

²⁷ Anuario, p. 246.

cial, nada significou, em termos de melhoria, quanto à condição da vítima. Isso porque a ideologia da prevenção especial, direcionada ao pensamento da ressocialização do delinquente, terminou por consolidar um Direito Penal dirigido ao autor do crime, enquanto que a ideologia da prevenção geral tem em vista a sociedade.

Recentemente, em razão dos conhecimentos hauridos da Vitimologia, sobretudo nos últimos 20 anos, e relativos à constatada inter-relação entre o autor do delito e a sua vítima, e à eventual influência desta última na origem do delito, desenvolveu-se, no âmbito da dogmática penal, uma nova abordagem, a “Vitimodogmática”, de pouca ou nenhuma aproveitabilidade para a vítima, senão, e tão somente, para o autor do delito.

A Vitimodogmática trata de analisar até que ponto se pode tomar em consideração o comportamento da vítima, durante o fato delitivo, para determinar o grau de responsabilidade em que há de incorrer o autor do evento. Isso significa que, a depender da conduta imputável à vítima, deve-se conceder uma atenuação, senão a própria exclusão da responsabilidade penal do autor do delito.

A orientação da Vitimodogmática parte do princípio de que o Direito Penal se destina à proteção de bens jurídicos. Consequentemente, só estarão legitimadas a ameaça penal e a pena quando se tratar de proteger os bens jurídicos. Por sua vez, a vítima possui e detém seus próprios meios de autoproteção, podendo deles fazer uso para proteger o bem jurídico, do qual é portadora.

Inspira-se nisso o chamado Princípio da autorresponsabilidade da vítima, com base no qual se entende que, caso a vítima, por iniciativa própria, renuncie ao uso das medidas de proteção de que dispõe, e, portanto, abandone o bem jurídico, o autor do delito deverá ser eximido de sua responsabilidade penal.

Assinale-se, contudo, que essa possibilidade de isenção da pena por parte do autor apenas é defendida pela corrente mais radical, representada por SCHÜNEMANN²⁸, sob o fundamento de que, nessas hipóteses, o fato será impune por atipicidade²⁹.

²⁸ SCHÜNEMANN desenvolveu o que denomina “princípio vitimológico”: uma máxima de interpretação, consistente em subsumir somente no tipo penal uma ação que suponha manobrar, para evitar a possível e exigível autoproteção da vítima potencial. E utilizando, como exemplo, os tipos protetores dos segredos (§§ 201 e ss. do StGB), vem tentando

No entanto, a opinião majoritária na Alemanha sustenta uma conclusão mais moderada, consistente em apreciar a eventual corresponsabilidade da vítima, exclusivamente no âmbito da medição da pena.

a) O contributo da Criminologia / Vitimologia

De idêntica forma, o surgimento da Criminologia pouco serviu para melhorar a situação da vítima. Os pioneiros da Criminologia, que deram lugar ao seu nascimento como ciência, foram representantes da Escola Positiva italiana, que buscava explicar o crime por meio da perspectiva do delinquente. De acordo com eles, as causas do delito seriam determinadas por indícios presentes na pessoa do delinquente, que, por sua vez, não tendo liberdade de vontade, necessitaria de tratamento para evitar a reincidência, enquanto que a vítima, considerada como mero objeto neutro, passivo, estático, em nada influenciaria a origem do delito³⁰.

demonstrar que o legislador, ao configurar os tipos e descrever o círculo dos autores, tem seguido pontos de vista vitimológicos, aos que também se podem recorrer, neste campo, para solucionar os problemas interpretativos [ZStW 90 (1978, p. 11 e ss., e Bockelmann-FS, 1979, p. 130, apud ROXIN, *Derecho Penal*, p. 563)].

²⁹ Como aponta SCHÜNEMANN: Acaso pode o Direito Penal sancionar quando a conduta do autor, em si mesma considerada, não contém um perigo relevante de lesão de bens jurídicos, senão que só adquire tal caráter perigoso somente por consequência de determinados comportamentos da vítima? (“Die Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege”, II, *NStZ*, 1986, p. 442, apud SILVA SÁNCHEZ, *Revista Brasileira*, p. 176).

³⁰ Hoje, com efeito, parece irreversivelmente abandonada a ideia de uma Criminologia de conteúdo exclusivamente explicativo-etiológico operando nos limites e ao serviço do sistema jurídico-penal. Uma Criminologia que, para ser ciência, deveria, segundo os cânones positivistas, limitar-se a explicar, por causas, como deveria, segundo a epistemologia de raiz aristotélica, recentemente retomada por MAX WEBER, resistir à tentação de qualquer referência política. Quer se entendesse que o seu objeto era heteronomamente determinado, porque recebido passivamente das mãos do legislador e da doutrina penal, quer se entendesse que caberia à Criminologia assistir o direito de identificar o seu objeto como unidade de sentido sociológico real (com destaque para SELLIN e a generalidade dos criminólogos americanos com o seu conceito de deviance), em um ponto encontravam-se todos os cultores da Criminologia tradicional: na crença da neutralidade axiológica-política da sua ciência. Em conformidade, a Criminologia aceitava positivamente a ordem social oficialmente imposta e, por isso, a definição do que é ou não é criminalizado (do que deve e do que não deve ser criminalizado), na base do postulado acrítico de que o crime releva necessariamente das margens de consenso e dos valores fundamentais da coletividade. Em síntese, e segundo a dicotomia dos neokantianos, a Criminologia perfilava-se como uma ciência da natureza ou do ser, versando sobre o crime em termos radicalmente distintos daqueles das ciências do espírito ou da cultura (máxime a doutrina penal), que, também, têm por objeto a mesma manifestação da vida (cf. COSTA ANDRADE, *Jornadas de Direito Criminal*, p. 187/188).

A situação de interesse exclusivo pela pessoa do delinquente, na investigação criminológica, manteve-se até as mudanças de orientação na Criminologia, ocorridas posteriormente à 2ª Guerra Mundial, com o que se conecta o nascimento da Vitimologia como disciplina científica.

Atualmente, a moderna Criminologia explica o delito por meio da perspectiva de conflitos interpessoais. Isso se deve, em especial, à significação que adquiriu na Criminologia a teoria da aprendizagem social e da interação simbólica. O delito é compreendido agora como um processo social, como uma interação entre o delinquente, a vítima e a sociedade. O que também caracteriza a criminologia moderna é a circunstância de o sistema penal aparecer como objeto central de conhecimento de crítica e de Política Criminal. Trata-se, acima de tudo, de penetrar na racionalidade desse sistema de controle em toda a sua dimensão: a começar pela lei criminal – instância de criminalização primária – até as sucessivas instâncias de reação formal (Polícia, Ministério Público, Tribunal, Administração Penitenciária), a quem cabe recrutar as pessoas que, em concreto, vão desempenhar o papel de delinquente e imprimir às simbolizações abstratas da lei o seu conteúdo definitivo, acrescentando a isso, como afirma COSTA ANDRADE³¹, uma atitude reflexiva mais ou menos explícita: no pressuposto de uma ideia de conflito, os cultores da criminologia moderna preocupam-se em saber de que lado estão e quem aproveita os resultados do seu labor. É fundamentalmente nesse sentido que se encaminham as diferentes correntes ou escolas da chamada criminologia nova ou criminologia dos anos sessenta, com destaque para a perspectiva interacionista, ou *labeling approach*, e para a criminologia radical ou crítica, descontadas as naturais divergências que as separam, tanto no plano teórico quanto político-criminal.

Por outro lado, merece chamar atenção para o avanço da investigação vitimológica nas suas bases científicas, nas últimas décadas³², devido, principalmente, ao descobrimento do interesse que apresentam as pesquisas de

³¹ Jornadas de Direito Criminal, p. 192.

³² De acordo com COSTA ANDRADE, foi nos meados do século passado que se assistiu ao retorno da vítima ao primeiro plano das preocupações da Criminologia e da Política Criminal, evento que podemos situar em 1948, data em que HENTIG publicou o clássico *The Criminal and His Victim*. Tal retorno deu-se, de resto, como um estatuto reconhecidamente equívoco já assimilado ao rosto de Jano: entre o extremo de uma vítima - Abel, que sofre inocentemente o crime e suscita solidariedade, ato extremo oposto de uma vítima-Mulherde-Putifar que provoca, precipita ou causa o crime e suscita censura, há todo um contínuo

vitimização como fonte de informação de grande valor, mormente no que se refere à pesquisa sobre as cifras ocultas da criminalidade. Ademais, ficou evidente o papel da vítima como fator desencadeante da atuação dos órgãos da Justiça Penal, mediante a sua denúncia, uma vez que cabe à vítima pôr em marcha o processo penal, em muitos casos. Em face disso, investigam-se não apenas os motivos que movem a vítima a apresentar a denúncia, mas também aqueles que operam no sentido de abster-se ela de o fazer.

Hoje, em razão do avanço da Vitimologia como disciplina científica, os esforços dos vitimólogos se dirigem também à elaboração de programas de assistência às vítimas, de tratamento dirigido a elas e de prevenção do delito (programas direcionados a vítimas em potencial), tais como, recentemente, as propostas de programas de indenização às vítimas, tanto a cargo do infrator quanto do Estado.

b) A condição da vítima no âmbito do processo penal

Paralelamente a essas abordagens do Direito Penal e da investigação criminológica / vitimológica, vale a pena chamar a atenção, ainda, para a circunstância de o Direito Processual Penal ter-se preocupado, tradicionalmente, com

de manifestações intermédias. Complementarmente, a teoria da seleção veio revelar a vítima como a mais poderosa agência de seleção, já que da sua decisão dependem cerca de 90% dos casos levados ao conhecimento das instâncias oficiais, que só excepcionalmente intervêm de forma pró-ativa, limitando-se, por via de regra, a reagir ao input feito pela vítima.

De acordo com o autor, esse estatuto criminológico reflete-se no teor das propostas de Política Criminal de conteúdo vitimológico. Ganhou-se, em primeiro lugar, a consciência da gratuidade da criminalização de condutas, que contam com o apoio ou, pelo menos, com a tolerância da vítima, como o demonstra, de forma paradigmática, a criminologia dos crimes sem vítima. Em segundo lugar, a reparação da vítima readquiriu o seu significado penal originário funcionando hoje já como forma de sanção, como expediente de diversão, já como critério da concessão de benefícios (v.g., o regime de prova ou a sentença condicional), como reivindicação dirigida diretamente ao Estado, como expressão maior da solidariedade institucionalizada ou como responsável último pela ocorrência do crime. Em terceiro lugar, há princípios basilares da Política Criminal, cuja compreensão se vem enriquecendo à custa de uma nova dimensão vitimológica. É o que sucede, v.g., com o princípio da bagatela – em que a referência à situação concreta da vítima vale como critério da gravidade da ilicitude – e com o princípio da subsidiariedade, que, segundo o entendimento dominante, deve funcionar, em primeira linha, em relação à autotutela que uma sociedade tolera e exige de cada vítima potencial do crime. Nesta linha, não faltam mesmo as tentativas de imprimir um cunho vitimológico à construção dogmática de certos tipos de crimes. (Jornadas de Direito Criminal, p. 198/199.)

os direitos de defesa do acusado, ficando renegados a um segundo plano os direitos da vítima.

De forma idêntica, o processo penal, desde as suas origens e em suas etapas de desenvolvimento, orbitou em torno da pessoa do delinquente e ateu-se tão somente aos direitos fundamentais deste. No entanto, a vítima do delito precisa que se lhe reconheçam direitos, ao se ver envolvida num processo penal, não bastando, pois, apenas, essa assistência. Na verdade, para uma completa segurança, necessita ela de que o Estado tenha a obrigação de assegurar apoio efetivo e proteção desde o momento em que ocorre aos órgãos de Justiça Penal.

Ironicamente, a realidade oferece quadro diverso, dado que, desde o momento em que a vítima entra em contato pela primeira vez com esses órgãos, a começar pela polícia, para simples comunicação da ocorrência, inicia-se, para ela, mor vezes, um novo processo de vitimização.

Os criminólogos põem em relevo um detalhe extremamente importante: a vítima, além de sofrer a vitimização primária (decorrente de sua relação com o infrator), pode sofrer uma vitimização secundária, que decorre do contato da vítima com as instâncias de controle social, que a tratam de maneira impessoal. Some-se a isso a sensação de perda de tempo e de recursos, como consequência da excessiva burocratização do sistema.

Ao chegar à fase processual, a vítima já se encontra, em mais de uma ocasião, diante de situações que lhe são, no mínimo, incômodas. Porém, curiosamente, é nesse momento que a vítima se confronta com o agressor, seus familiares e seu advogado; este, muitas vezes empenhado em demonstrar a falsidade da acusação, ou pretende deixar claro que a vítima mente, ou, como acontece com bastante frequência, busca desqualificá-la. Na melhor das hipóteses, a vítima é utilizada exclusivamente como meio de prova, e as suas necessidades não são levadas em conta.

Em suma, pode-se afirmar que, no processo penal, ainda no presente estágio, adicionam-se para as vítimas novos prejuízos sociais, psíquicos e econômicos, acrescidos daqueles ocasionados pelo delito.

A constatação dessa realidade tem contribuído para o funcionamento, na ordem internacional, de determinadas medidas encaminhadas a melhorar

a situação jurídica da vítima no processo penal³³. Algumas dessas medidas sugerem que, ao se dirigir à Polícia, a vítima deva ser tratada de forma a não sofrer nenhum dano psíquico adicional, além de receber informações sobre suas possibilidades de obter ajuda, tanto material quanto médica e psicológica, assim como seus direitos de reparação, não apenas por parte do autor do delito, mas, também, por parte do Estado (fundos de assistência). Dentro do processo penal, a vítima deve ser ouvida respeitosamente, sem que seja atingida nos seus direitos e honra, e ser informada da sua função no processo, das datas e das marchas deste, bem como, ainda, das decisões de suas causas; deve-se considerar a possibilidade de constituir a reparação do dano em sanção, adotar medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, assim como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias³⁴.

³³ A partir do primeiro Simpósio Internacional de Vitimologia (Jerusalém, 1973), passando pelos quatro congressos seguintes (Boston, 1976; Munster, 1979; Tokyo / Kyoto, 1982, e Zagábria, 1985), houve uma reformulação da concepção da vítima no Direito Penal e no Direito Processual Penal. A posição da vítima viu-se particularmente reforçada nos códigos latino-americanos. Nos ordenamentos da Bolívia, do Chile, da Costa Rica, de El Salvador, da Guatemala, de Honduras e do Paraguai, a vítima pode impugnar a decisão que dá por concluídas as investigações ou a instrução, ainda que não a tenha tido qualquer participação ativa ao longo do processo; deve ser informada, pelo Ministério Público, a respeito de seus direitos e, pelo Juiz, sobre o resultado do processo; pode recorrer da sentença absolutória; eventuais soluções consensuais somente podem ser adotadas após ouvir a vítima (também no Brasil). Na Bolívia, caso a vítima não disponha de recursos necessários para a participação no processo, pode recorrer a organizações sem fins lucrativos. Tem, ainda, a possibilidade de obter a reparação na própria sentença condenatória penal (Costa Rica, projeto brasileiro de reforma ao Código de Processo Penal). Também no México houve certo fortalecimento dos direitos da vítima. (ADA PELLEGRINI GRINOVER, RBCCRIM, p. 99.)

³⁴ O Brasil, conquanto encontre-se ainda tímido no tratamento dispensado às vítimas de delitos, não permanece absolutamente inerte diante desse quadro, uma vez que a Constituição Federal, no seu artigo 245, reconhece que: “A Lei disporá sobre hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”. Relembremos, ainda, das Leis dos Juizados Especiais Criminais. Recentemente, a Lei brasileira n. 10.741, de 1º/10/2003, que dispõe sobre o Estatuto dos Idosos, prevê, no seu artigo 94, que aos crimes nela previstos, cuja pena máxima privativa de liberdade não ultrapasse quatro anos, aplica-se o procedimento previsto na Lei 9.099/55.

Por outro lado, ressalte-se a vigência da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (“Lei Maria da Penha”), como, também, a recente reforma do Código de Processo Penal comum que, entre outras alterações, estabeleceu no seu artigo 387, IV que o magistrado, ao proferir sentença condenatória fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A conceitualização inicial da justiça restaurativa iniciou-se na década de 70 do século passado. A discussão desse novo paradigma se estabeleceu, principalmente, nos Estados Unidos, com uma pequena rede de acadêmicos e práticos na Europa.

Em 1990, realizou-se na Itália uma conferência internacional, custeada com fundos da Organização do Tratado do Atlântico Norte, para analisar o crescente interesse mundial sobre a justiça restaurativa. Em 1995, o Ministério da Justiça da Nova Zelândia emitiu um documento de trabalho sobre a justiça restaurativa, a fim de tomá-la em consideração, em forma relevante, nos planos de ação do governo federal. Em 1997, um grupo de estudiosos e práticos dos Estados Unidos e da Europa reuniu-se na Bélgica para examinar, mais detidamente, a teoria e prática emergentes em uma conferência sobre justiça restaurativa. O interesse nos Estados Unidos tem aumentado nos últimos anos. Também na Europa há um número considerável de experiências nesse sentido, principalmente na Alemanha, Finlândia, Noruega, França, Inglaterra, Áustria, Bélgica, Escócia, etc.

O movimento em prol da justiça restaurativa reconhece que o crime atinge a vítima, a comunidade e o autor do delito. A justiça restaurativa considera que, para combater com êxito os efeitos do crime, devem ser atendidas as necessidades das vítimas individuais e das comunidades. Ademais, pondera que se deve dar aos autores de delitos a oportunidade de responderem, perante suas vítimas, de forma significativa e de responsabilizarem-se pela reparação do dano que tenham causado. Entende que a mera recepção de uma pena constitui um ato passivo, e não requer que aqueles se conscientizem de suas responsabilidades.

A justiça restaurativa estima que se deve oferecer-lhes a oportunidade de emendar seus erros e de redimir-se ante a si mesmos e à comunidade. Entende que, se não se oferecem tais oportunidades, tanto os ofensores quanto as suas próximas vítimas, e a comunidade, todos pagarão um preço. A noção de justiça restaurativa sustenta que, quando se comete um ato delituoso, o transgressor incorre na obrigação de reparar a vítima e, por extensão, a comunidade.

As bases da justiça restaurativa estão nas seguintes ideias: a) o delito constitui, em primeiro lugar, uma ofensa contra as relações humanas; em segundo, uma violação à lei; b) a justiça restaurativa reconhece que o delito é pernicioso e não deve ocorrer; porém, admite também que, depois de ocorrido, existem

não somente riscos, como também oportunidades; c) a justiça restaurativa é um processo que permite emendar as coisas tanto quanto seja possível, e inclui a atenção das necessidades criadas pelo ato delituoso, tais como segurança, reparação dos prejuízos, restabelecimento das relações ou dano físico resultante; d) tão pronto como as condições de segurança da vítima imediata, da sociedade e do infrator fiquem satisfeitas, a justiça restaurativa percebe a situação como um tempo de aprendizagem e como uma oportunidade para inculcar no autor do delito novas maneiras de atuar na comunidade; e) a justiça restaurativa tende a responder ante o delito com a maior antecipação possível, com a máxima vontade de cooperação e a mínima coerção aos fins do restabelecimento das relações humanas; f) a justiça restaurativa dá preferência a que a maioria dos atos delituosos seja tratada com uma estrutura cooperativa que inclua os mais impactados pelo delito como grupo que provê apoio e faça assumir responsabilidades; g) a justiça restaurativa reconhece que nem todas as vítimas serão cooperadoras; h) deve ser alertado, para não gerar equívocos, que a justiça restaurativa não é branda com o crime; ao contrário, mantém em expectativa os infratores e submete-os a grandes exigências, maiores que as do sistema punitivo tradicional; não é contrária à privação da liberdade; põe sua atenção na capacidade do infrator de corrigir-se, e não em seus defeitos ou falta de capacidades.

No que se refere à relação entre o autor do delito e a vítima, a justiça restaurativa entende que ele deve responsabilizar-se por suas próprias ações e consequências. Busca-se impor a ele o reconhecimento do verdadeiro impacto humano de sua conduta e dar-lhe uma oportunidade de tomar responsabilidade direta para consertar o realizado. A justiça restaurativa pretende que se busquem esforços por parte do autor do delito para restaurar as perdas sofridas pela vítima. A noção de reparação, de serviço comunitário e de mediação autor-vítima instam aquele a se dar conta das consequências de seus atos em prejuízo das vítimas, e o motiva a tomar vias de atuação para lograr emendar tais consequências para as vítimas e a comunidade. O papel do sistema judicial deve consistir em prover recursos para assegurar que os autores dos delitos paguem às vítimas e cumpram outros requerimentos de reparação como bases prioritárias do programa. Busca-se, com isso, uma prática eficiente, justa e significativa da justiça restaurativa e um aumento de respostas às necessidades das vítimas³⁵.

³⁵ Sobre o tema, ver: CAREN FLATEN, *Restorative Justice*, p. 387/401. Sobre as tendências atuais da justiça restaurativa, ELENA LARRAURI, *RBCCRim*, p. 67/104.

3.1. A JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

Tradicionalmente monolítica e autoritária³⁶, a justiça “imposta, de caráter unilateral e vertical, cede o passo a uma justiça negociada, horizontal, que procura a composição de interesses utilizando uma racionalidade dialética.”³⁷ A tendência consensualista na Justiça Penal tem obedecido a uma lógica racionalizadora e de eficácia, não apenas atendendo a uma “lógica de produtividade”, mas, ainda, a uma “lógica de justiça”. A tendência consensualista, na Justiça Penal, não é alheia ao movimento de expansão dos direitos do homem.

Nas sociedades modernas, o indivíduo reforçou sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projeto e limite. O Estado restringiu o seu domínio para aumentar aquele que reserva à livre determinação da pessoa. Os direitos do homem, sobre os quais se constrói a sociedade, constituem a afirmação de uma ética social fundada sobre uma certa ideia do Homem considerado como um ser livre, titular de direitos fundamentais, cujo respeito se impõe a todos, inclusive ao Estado.

A nova Justiça Penal assume-se, então, como guardiã desta concepção do Homem. Daí que, e paradoxalmente, o Estado, tido como principal ameaça à liberdade do indivíduo, é conduzido a desenvolver um sistema de proteção jurídica para garantir o exercício de direitos e, ao mesmo tempo, apagar-se

³⁶ ROXIN explica que o processo penal até agora vigente é contraditório: Ministério Público e acusado se enfrentam como adversários. Esse processo contraditório continuará conservando sua importância no futuro, uma vez que, sempre que o acusado afirme sua inocência, que discuta determinados pontos da acusação, ou que não mostre interesse na reparação ou no acordo de compensação com a vítima, deve seguir mantendo-se todos seus direitos a um procedimento contraditório e, especialmente, todos seus amplos direitos de defesa. Porém, junto ao procedimento contraditório figurará, cada vez mais, uma segunda forma procedimental: a consensual, desenhada para a reparação e o entendimento, a que muitos acusados não negam o delito que lhes é imputado, nem tampouco poderiam fazê-lo com possibilidades de êxito, tendo em conta as provas que os incriminam. Contudo, têm um grande interesse em chegar a um entendimento com a vítima e em sair livres do processo. Em tais casos, a vítima e, também, o Estado têm o mesmo interesse em um acordo de compensação autor-vítima. E isso significa que o processo contraditório tradicional deve ser completado com regras independentes para um processo consensual, pois, em um processo assim configurado, há que se chegar a acordos cuja conclusão, licitude, conteúdo e limites devam ser determinados legislativamente, mediante um aparato especial de regras. (Anuario, p. 15.)

³⁷ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Liber Discipulorum*, p. 228.

precisamente por esses mesmos motivos. “É um movimento circular de demanda de proteção ao Estado e de exigência de autonomia do indivíduo”³⁸.

A justiça negociada faz apelo à participação e ao consenso³⁹, conferindo um papel ativo à vítima e ao autor do delito. Essa nova forma de justiça – com os limites que a impeçam de se tornar um “negócio sobre a pena” (aqui a igualdade das partes repousaria numa ficção) –, aparece como a mais adequada numa sociedade menos estratificada e mais complexa, que, ao mesmo tempo, rejeita a colonização da vida quotidiana pelo direito, na conhecida formulação de HABERMAS. Nesse modelo, o que é novo é a emergência do privado, do individual. O Estado recua, restringe o seu domínio, para aumentar aquele que reserva à livre determinação do indivíduo⁴⁰.

Contra a justiça negociada, surgem críticas que denunciam a perigosa armadilha de uma ilimitada disposição de espaços irrenunciavelmente públicos em um Estado garantista e de Direito. A informalidade da fórmula consensual, contudo, não é sentida como ameaça no âmbito do Direito Penal do Jovem Adulto; porém é sentida diferentemente quando se trata de ganhar espaço no Direito Penal comum.

Os registros de opinião social revelam tão favoráveis receptivas inclinações às formas consensuais que têm provocado o descrédito do mito com que se pretendeu abater a alternativa consensual – ou seja, a falsa ideia da vítima espantada, esquiva, não participativa, e pouco interessada em se envolver

³⁸ “Se a justiça negociada não é (ou ainda não é) uma alternativa à justiça ritualizada e formalizada, a verdade é que ela reforça a ordem jurídica estadual. Tornando mais consensual, mais rápida e mais eficaz a reação social, reforça a sua função simbólica” (ANABELA RODRIGUES, *Separata da Revista Portuguesa*, p. 236).

³⁹ Sobre uma justiça penal “à medida do ser humano”, ESER sustenta que, quando se privam autor e vítima, de forma absoluta, da possibilidade de resolução de conflitos, transferindo essa competência a uma instância superior, e impondo-se essa via como solução geral, podem-se produzir soluções equivocadas. Pode haver, sem dúvidas, razões de peso argumentando que essa forma viabiliza a continuação da vingança interpessoal, ou, até, a própria guerra por vingança entre diversos grupos. Não obstante, deve-se ter muito presente a circunstância de que, com a desautorização da vítima e a monopolização da legítima violência (Estado), produz-se uma despersonalização do conflito e deixa-se de produzir a consciência de que a indenização de danos e prejuízos é algo que pertence ao indivíduo e ante o qual deve sentir-se ele responsável (*Revista*, p. 137/138).

⁴⁰ *Idem*, *Ibidem*, p. 230.

pessoalmente nos mecanismos de reação ao conflito e, no entendimento de BURT GALAWAY⁴¹, mais que disposta a ficar afastada dessa possibilidade, deixando ao Estado a tarefa de enfrentar esse “trabalho sujo”.

Esse mito tem sua base em concepções punitivas e mercantilistas: de um lado, a vítima não desejaria dialogar porque seu interesse exclusivo radicaria na obtenção de um severo castigo ao autor do delito. Nessas condições, a vítima somente teria aspirações retributivas; de outro, a vítima aparece como figura parasita, autoinibida e única e vorazmente interessada na percepção da indenização.

Tais perspectivas, certamente, não são infundadas em todos os casos. Contudo, desde as primeiras experiências da alternativa consensual, a vítima indiferente, mercantil e punitiva perdeu seu brilho diante do surgimento de um novo tipo de vítima, sobretudo em relação aos delitos de pequena e média gravidades; uma vítima participativa, adaptativa e flexível, de tal maneira que não apenas encontre na renovação das interações vítima-autor do delito um meio conveniente, senão, inclusive em ocasiões, um expediente imprescindível e necessário para que seu conflito interpessoal termine satisfatoriamente resolvido⁴².

É sabido que muitos países já tenham introduzido em seus ordenamentos modelos processuais fundados em um consenso⁴³ entre as partes⁴⁴. Trata-se, na realidade, da introdução, no âmbito da justiça criminal, de um modelo

⁴¹ “Victim participation in the penal corrective process”, *Victimology, An International Journal*, v. 10, USA, 1985. p. 626, apud HERRERA MORENO, Revista, p. 386.

⁴² Nesse sentido, HERRERA MORENO, Revista, p. 386/387.

⁴³ Sobre o significado geral do consenso no processo penal, COSTA ANDRADE defende que: a) um alargamento da tentativa de consenso, “para o que importa melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais”; b) a impossibilidade de um processo penal perspectivado e estruturado em termos de consensualidade absoluta; c) além de não ser viável, um modelo de consenso puro seria, do ponto de vista ético-jurídico, indesejável. Ele seria incompatível com um processo penal alinhado segundo as exigências e valores do Estado de Direito. (Jornadas, p.325/330.)

⁴⁴ As especificidades da sociedade de risco, de acordo com FIGUEIREDO DIAS, podem suscitar, no Direito Processual Penal, novos e interessantes problemas, nomeadamente em tudo que respeite à definição da vítima e à admissibilidade, e aos modos da sua participação no processo; “o que, quanto a este último ponto, assume particular interesse entre nós, perante a figura (com tendências ainda incipientes e relativamente imprecisas de alargamento) dos

consensual de solução de conflitos de natureza penal, devendo alertar-se, desde logo, que estamos diante de uma complementaridade entre modelos baseados, um, no conflito, e outro, no consenso; e de que este último, além de ser complexo, determina uma nova leitura das bases do processo penal.

FIGUEIREDO DIAS⁴⁵ bem sintetiza essa tendência, ao sustentar que a tentativa de consenso deve ser levada tão longe quanto possível, para o que importaria melhorar sensivelmente as estruturas de comunicação entre os sujeitos e as diferentes formas processuais⁴⁶.

Pela negativa, a tese de NIKLAS LUHMANN⁴⁷, que nega ao consenso todo o relevo processual (a teoria da legitimação por meio do processo, ou *legitimation durch Verfahren*). Para essa teoria, o processo penal consiste num sistema de ação, cuja função é tornar as decisões judiciais aceitáveis pelos seus destinatários. O fator determinante é que estes convertam as decisões em premissas vinculativas da sua ação futura. E é precisamente na aceitação fática e na reorientação das expectativas por via de aprendizagem que se consuma a legitimação da decisão judicial. A legitimação por meio do processo não leva necessariamente a um consenso real, à harmonização social de opiniões quanto ao lícito e ao ilícito. Do que basicamente se trata é, antes, de um processo de aprendizagem no sistema social, que, por princípio, tende a ser indiferente à circunstância de aquele que deva modificar as suas expectativas, concorde ou não.

assistentes como exclusivos titulares do bem jurídico protegido pela incriminação. Discutir a possibilidade de essa figura ter também – em termos ainda a precisar – lugar relativamente a certos crimes cujo bem jurídico protegido seja de natureza supraindividual ou mesmo colectiva é decerto uma tarefa que os anos próximos tornarão particularmente instante e mesmo inevitável.” (Revista Brasileira, p. 64).

⁴⁵ Para uma reforma global, p. 220.

⁴⁶ O conceito e o programa político-criminal da diversão e, por via de consequência, da Justiça Penal consensual, podem ser procurados, numa perspectiva criminológica, a partir da teoria do interaccionismo ou do *labeling approach*. De acordo com essa teoria, as questões centrais da teoria e da prática criminológicas deixam de se reportar ao delinquente, ou mesmo ao crime, para se dirigirem, principalmente, ao próprio sistema de controle, como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de audiências de reação. O âmbito de investigação dessa teoria deixa de ser os “motivos” do delincente e passa a ser os critérios de seleção utilizados pelas agências ou instâncias formais de controle.

⁴⁷ *Legitimation durch Verfahren*, 1969, apud COSTA ANDRADE, Jornadas, p. 326.

Para LUHMANN, o consenso⁴⁸ não constitui um fim para o processo. Sua função não reside na prevenção de frustrações, mas em imprimir às frustrações inevitáveis a forma definitiva de um ressentimento privado e difuso, insusceptível de se converter numa instituição. A função do processo é, em suma, a especialização do descontentamento, a pulverização e a absorção dos protestos.

Na realidade, o modelo consensual⁴⁹ de solução de conflitos de natureza penal busca tanto atenuar o efeito de estigmatização dos delinquentes, quanto, ainda, alcançar os objetivos de ressocialização e de estabilização contrafática das normas.

Esse modelo deve ser inserido no programa mais amplo de orientação político-criminal, sendo legítimo e admissível tão somente à medida que, além da eficiência que pode proporcionar, se mostrar, outrossim, funcional, e não anular as garantias essenciais do processo penal. Assim, o modelo fundado no consenso insere-se num sistema jurídico-penal orientado para as consequências, já que esse modelo consensual procura dar mais importância às consequências do processo do que às formalidades. Isso significa, muito

⁴⁸ FARIA COSTA delimita o âmbito conceitual do consenso e do consentimento. Para o autor, o consenso se verifica quando uma ideia, opinião, causa, ideologia ou crença se beneficia da partilha mais ou menos generalizada de uma comunidade de pessoas ou de parte substancial dessa mesma comunidade. O consentimento, em contrapartida, constitui um ato de realização individual que somente pode ter lugar a bens ou valores disponíveis. O autor ainda considera que “vontade consensual e verdade cruzam-se no direito. E cruzam-se em proporções, está bom de ver, que variam conforme o tempo histórico da sua realização do direito, o lugar da sua específica concretização, e variam através (sic) de modos diferentes tendo em vista os objectivos que se querem alcançar” (BFD, p.421/432).

⁴⁹ De acordo com HERRERA MORENO, os custos com a conciliação penal não são significativos se os compararmos com os custos do processo tradicional e a manutenção da infraestrutura adequada para a execução das penas privativas de liberdade. O processo conciliador estimula menor hostilidade e tensão emocional. Não se trata de esclarecer fatos e estabelecer a culpabilidade. Se o processo penal gira em torno da atribuição da responsabilidade, na conciliação manda o critério do equilíbrio, a aproximação humana e a busca do compromisso. Mais que os problemas formais e de organização processual, o debate se concentra e focaliza o conflito humano. (...). A sensação final será a de que todos obtiveram ganhos: a vítima se sente “menos vítima” e o autor do delito, humanizado diante da vítima, “menos ofensor”. A melhora do clima social e a reabilitação serão os efeitos conaturais à consecução de um compromisso vítima-ofensor como máxima expressão da mínima aflição na reação social ao delito (Revista, p. 400/401).

concretamente, na pequena e média criminalidades, dada a sua massificação, abrir caminho a procedimentos consensuais, acelerados e simplificados, não somente para evitar o bloqueio ou a paralisia do sistema, mas também como penhor da própria realização da “justiça”.

A área da pequena e média criminalidades constitui, sem dúvida, o domínio em que se pode ir mais longe, “reinventando” a punição, na via da reparação – como terceira via, ao lado das penas e das medidas de segurança –, e na renovação de soluções de diversão, flexibilizando o princípio da legalidade e explorando as virtualidades, designadamente, da mediação.

Deve-se adotar a ideia de que um processo penal não pode estar demasiadamente marcado por uma postura retrospectiva, voltado para a reconstrução e análise de fatos passados. É necessário integrar esse ponto de vista a outro de caráter prospectivo, voltado, desde a fase inicial processual, para a eventual tarefa futura de socialização do delinquente.

O modelo consensual promete um processo penal mais humano e um aumento da disponibilidade para aceitar os seus resultados, de modo que, “na perspectiva do acusado, quem antes aceitou o desfecho do processo, pela via da negociação, depois não poderá queixar-se; pelo lado do Tribunal, quem conseguiu o consenso do acusado sobre a decisão não precisa de legitimar o veredicto”.⁵⁰

No modelo tradicional do processo penal, inserido numa justiça conflitual⁵¹, o respeito pelos direitos fundamentais do acusado impõe, indiscutivelmente, limites à realização da administração da justiça, consagrados nas leis processuais penais como “leis de garantia”. Só que, também aqui, a compreensão dos direitos fundamentais como direitos solidários, e não como direitos egoístas, impede que a sua utilização possa paralisar o sistema: está em causa não o que se “pode” fazer, mas o que se “deve” fazer. Não é a oposição liberdade-segurança, reduzindo o conflito a uma estrutura binária, que determina a utilização dos direitos fundamentais. O que ressalta é a interdependência das relações sociais, que se exprimem, nomeadamente, na multiplicidade dos direitos em jogo e comprometem o homem – cada homem – na reali-

⁵⁰ Nesse sentido, FERNANDO FERNANDES, O processo penal, p. 145.

⁵¹ ANABELA MIRANDA RODRIGUES, Liber Discipulorum, p. 230/231.

zação de um projeto ao mesmo tempo individual e coletivo. Isso implica, portanto, que os direitos que o acusado pode utilizar para sua proteção não sejam instrumentalizados, o que significa, com vistas à realização eficaz da justiça, que se deverá encontrar novos equilíbrios em face da proteção dos direitos do acusado.

Sob a perspectiva do modelo tradicional do processo penal, direcionado predominantemente à garantia da dignidade da pessoa humana, o modelo consensual de justiça criminal gera preocupações e temores⁵², em razão do risco de tais garantias não serem observadas em prol do objetivo da eficiência⁵³.

⁵² No modelo garantista, não se admite nenhuma imposição de pena sem que se produza a realização de um delito; sem que exista necessidade de sua proibição e punição; sem que os efeitos da conduta sejam lesivos para terceiros; sem a imputabilidade e culpabilidade do autor; e sem que tudo isso seja verificado por meio de uma prova empírica, levada pela acusação a um juiz imparcial em um processo público, contraditório, com amplitude de defesa e mediante um procedimento preestabelecido. Tudo isso cai por terra no modelo negocial.

O sistema negocial viola os seis princípios que sustentam o processo penal garantista: jurisdicionalidade; inderrogabilidade do juízo; separação das atividades de julgar e acusar; presunção da inocência; contradição e fundamentação das decisões judiciais. O sistema negocial fulmina esses seis pilares do garantismo processual – instrumentalidade garantística –, acabando por desterrar o mais importante de todos: o direito a um processo judicial justo (AURY LOPES JÚNIOR, *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*, disponível em <<<http://www.ambito-juridico.com.br/aurylopes/art0008.htm>>>, em 17 agost. 2004).

⁵³ Alguns sustentam como a mais grave consequência da linha conciliatória a vulneração de princípios e garantias do sistema jurídico-penal. Segundo TAMARIT SUMALLA e HERRERA MORENO, essas graves acusações concitam a uma necessária reflexão sobre a possibilidade de que tão inovadora combinação de “coerção e consentimento, espaços de consenso em um processo ontologicamente conflitual e contraditório, e a assunção da sanção pelo próprio autor do delito”, possa ser admitida no ordenamento, sem perda de seus valores fundamentais (La reparació a la víctima e La hora de la víctima). Segundo HERRERA MORENO, não parece que a conciliação deva ser entendida como uma forma de burlar as instâncias legítimas de resolução. Poder-se-á ser dito que o conflito em questão, ainda que se vá, não se ausenta do Direito Penal senão de forma relativa e matizada. Certamente, seria incabível afirmar que a reparação se situa em um terreno absolutamente alheio ao Direito Penal. A via conciliatória não implica, na realidade, essa fuga conceitual que tanto parece amedrontar os autores. Trata-se de um mero instrumento de flexibilização na dinâmica da aplicação punitiva. Certas soluções inspiradas na oportunidade, em desprezo absoluto da legalidade vigente, têm sido justamente qualificadas de toscas e assistemáticas. “Estes impropérios não podem alcançar a via conciliatória, já que não constitui saída para a arbitrariedade. Antes bem, goza de previsão formal em programas de conciliação vítima /autor do delito, com absoluta sujeição a um escrupuloso controle e sistemática seleção de

Sendo já conhecida a apreensão sobre a desconexão entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, como também a necessidade de aproximação entre ambos, torna-se imprescindível a construção, outrossim, de modelos de ritos consensuais com recurso à integração teleológica-funcional, procurando-se a composição dos ideais de garantia e funcionalidade.

Concluindo, é alvissareiro perceber que a vítima, antes praticamente expulsa do campo de visão nos últimos anos, seja novamente considerada. No entanto, não se deverá recair, em direção oposta, renovadamente, em uma maneira de ver as coisas de uma forma demasiadamente unilateral. Isso significa que não se deve tratar de ampliar as faculdades da vítima à custa dos justos direitos e garantias processuais do autor do delito, tampouco reduzir o Direito Penal a um conflito entre autor e vítima.

4. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal – Separata do volume XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980 (citado: A vítima).

—, “O novo Código Penal e a moderna Criminologia”. Jornadas de Direito Criminal. Lisboa, 1983. p. 187/234 (citado: Jornadas de Direito Criminal).

APONTE, Alejandro. “Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs e los avatares de un derecho penal dela enemistad”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 51. São Paulo, 2004. p.9 / 43 (citado: RBCCrim).

casos”. (...) “Por outra parte, no próprio encontro conciliador, o componente dialético não desaparece, senão que está moldado por uma plataforma comum da voluntariedade sobre a qual se desenvolve o enfrentamento”. (...). “Em suma, a conciliação implica uma especial forma de vigência de certos axiomas penais, porém supõe, assim mesmo, a máxima realização de outros princípios penais relevantes, como são o princípio de interesse ou salvaguarda do menor (na hipótese da Justiça de menores), o princípio da mínima aflição ou da pena humanizada, e finalmente, o princípio da intervenção ultima do Direito Penal Sancionador, cobra, através da conciliação, um vigoroso sentido; a pena privativa de liberdade, repressão punitiva extrema, ficará como recurso final, quando outra solução não seja viável”. (La hora de la víctima).

COSTA, José Francisco de Faria, “Consenso, Verdade e Direito”. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001. v. LXXVII, p. 421/432 (citado: BFD).

DIAS, Jorge de Figueiredo, “Lei criminal e controlo da criminalidade. O processo legal-social de criminalização e descriminalização”. Revista da Ordem dos Advogados, ano 36. Lisboa, 1976. p. 69/98 (citado: Revista da Ordem dos Advogados).

—, Para uma reforma global do processo penal português – Da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais. Conferência proferida em 23/07/1983, na Ordem dos Advogados do Porto, e em 21/10/1983, na Ordem dos Advogados de Lisboa (citado: Para uma reforma global).

-, “Os novos rumos da Política Criminal e o Direito Penal português do futuro”. Revista do Ministério Público do Estado do Paraná, ano 15, nº 11. 1987. p. 67/84 (citado: RMP).

—, Direito Penal Português. As conseqüências jurídicas do crime. Lisboa: Editorial Notícias, 1993 (citado: Direito Penal Português).

-, Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999 (citado: Questões Fundamentais).

—, “O Direito Penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 33. São Paulo, 2001. p. 39/65 (citado: Revista Brasileira).

—, / ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. 2ª reimpressão, Coimbra Editora, 1997 (citado: Criminologia).

ESER, Albin, “Una justicia penal ‘a la medida del ser humano’. Visión de un sistema penal y procesal orientado al ser humano como individuo y ser social”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, Madrid, 1998. p. 131/152 (traduzido por Jon Mirena Landa Gorostiza) (citado: Revista).

-, “Consideraciones finales”. Reunión Internacional realizada na Academia de Ciências de Berlín-Brandenburgo, nos dias 3/6 de outubro de 1999. La Ciencia

del Derecho Penal ante el nuevo milenio. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 463/476 (traduzido por Carmen Gómez Rivero) (citado: La Ciencia).

FERNANDES, Fernando. O processo penal como instrumento de Política Criminal. Almedina, 2001 (citado: O processo penal).

FLATEN, Caren L. “Victim – Offender Mediation: Application with Serious Offenses Committed by Juveniles”. Restorative Justice: International Perspectives (editado por Burt Galaway e Joe Hudson). Monsey / New York: Criminal Justice Press: Amsterdam / Netherlands: Kugler Publications, 1996. p. 387/401 (citado: Restorative Justice).

FRANCO, Alberto Silva. “Globalização e a criminalidade dos poderosos”. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 5, fasc. 3/4. 1996. p. 361/372 (citado: RPCC).

GRINOVER, Ada Pellegrini. “A defesa penal e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre o Juiz e o Ministério Público. Seus limites”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 40. São Paulo, 2002. p. 91/104 (citado: RBCCRIM).

HASSEMER, Winfried. “Consideraciones sobre la víctima del delito”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, tomo XLIII. Madrid: Ministerio de Justicia, 1990. p. 241/259 (traduzido por Rocío Cantarero Bandrés) (citado: Anuario).

HERRERA MORENO, Myriam. “Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación”. Revista de Derecho Penal y Criminología, nº 6. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 377/414 (citado: Revista).

—, La hora de la víctima. Compendio de victimología, Madrid: Edersa, 1996 (citado: La hora de la víctima).

HULSMAN, Louk. “Práticas punitivas: um pensamento diferente”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 14. São Paulo, 1996. p. 13/26 (traduzido por Helena Singer) (citado: RBCCrim).

—, “Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal”. *Conversações abolicionistas – Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p. 189/213 (traduzido por Maria Abramo Brant de Carvalho) (citado: *Conversações abolicionistas*).

KUHLEN, Lothar. “El derecho penal del futuro”. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidade de Castilla-La Mancha, 2003. p. 225/229 (traduzido por Adán Nieto Martín) (citado: *Crítica y justificación*).

-, “La autocomprensión de la ciencia jurídico-penal frente a los desafíos de su tiempo. Comentario”. *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 65/85 (traduzido por Pastora García Alvarez) (citado: *La Ciencia del Derecho Penal*).

LARRAURI, Elena. “Tendencias actuales de la justicia restauradora”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 51. São Paulo, 2004. p. 67/104 (citado: *RBCCrim*).

LOPES JÚNIOR, Aury. *Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista*, disponível em <<<http://www.ambito-juridico.com.br/aury-lopes/art0008.htm>>>, em 17 agost. 2004).

MARINHO, António. “O direito penal do inimigo”. *Expresso*, 12/02/2005. p. 52/53 (citado: *Expresso*).

MARTY, Mireille Delmas. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 1992 (traduzido por Edmundo de Oliveira) (citado: *Modelos e Movimentos*).

MAZZACUVA, Nicola. “El futuro del derecho penal”. *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003. p. 231/237 (traduzido por Rodríguez Arias) (citado: *Crítica y justificación*).

RODRIGUES, Anabela Miranda, “A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado”. *Separata da Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8, fascículo 2, 1998 (citado: *Separata da Revista Portuguesa*).

—, “Política Criminal – Novos desafios, velhos rumos”. *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra Editora, 2003. p. 207/234 (citado: *Liber Discipulorum*).

—, / MOTA, José Luís Lopes da. *Para uma Política Criminal Européia. Quadro de instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Européia*. Coimbra Editora, 2002 (citado: *Para uma Política Criminal*).

ROXIN, Claus, “Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht”. *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br.* (org. Albin Eser, Günther Kaiser, Kurt Madlener). Freiburg im Breisgau, 1992. p. 367/375 (citado: *Neue Wege der Wiedergutmachung*).

—, *Derecho Penal - Parte General I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Editorial Civitas, S. A., 1997 (traduzido da 2ª edição alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal) (citado: *Derecho Penal*).

—, “Pena y reparación”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 52. Madrid: Ministerio de Justicia, 1999. p. 5/15 (traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig) (citado: *Anuario*).

—, “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001. p. 131/156 (traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza) (artigo publicado, originariamente, no livro *Wiedergutmachung und Strafrecht*, aos cuidados de Hainz Schöch, München: Ed. W. Fink, 1987) (citado: *De los delitos*).

SILVA SANCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: José María Bosch Editor S. A., 1992 (citado: *Aproximación*).

- “El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 24. São Paulo, 1998. p.65 /78 (citado: *Revista Brasileira de Ciências*).

—, “La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la víctima-dogmática”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 34. São Paulo, 2001. p. 163/194 (citado: *Revista Brasileira*).

TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La reparació a la víctima en el Dret Penal. Estudi i crítica de les noves tendències polític-criminals*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 1993 (citado: *La reparació a la víctima*).

Os varões conspícuos

Claudio Martins
Promotor de Justiça Militar

“Se houvesse meio de formar uma cidade ou um exército só de amantes e dos respectivos amados, melhor base não fora possível encontrar para sua estruturação, por se absterem da mínima torpeza todos os seus componentes e se estimularem reciprocamente na prática do bem. Mais: juntos, nos combates, apesar de serem em número reduzido, venceriam, por assim dizer, o mundo inteiro. Sim, ser visto o amante pelo seu querido abandonar o posto ou jogar longe as armas, fora motivo muito mais sério de envergonhar-se do que se tal acontecesse na presença de todo o exército. Preferira mil vezes morrer a fazer tal coisa. Quanto a abandonar o amado e não socorrê-lo nalgum lance perigoso, não há indivíduo pusilânime que o Amor não encha de entusiasmo, para levá-lo a igualar-se aos varões mais conspícuos. O que Homero conta da coragem que a divindade insufla nalguns heróis é mais ou menos o que Eros faz com os amantes, quando a eles se associa.” (O Banquete, Platão)

“Não se iluda a guarnição deste navio! perorou o comandante. Desobediência, embriaguez e pederastia são crimes de primeira ordem. Não se iludam! ... (O Bom-Crioulo, Adolfo Caminha).

1. INTRODUÇÃO

A questão da homossexualidade masculina dentro das Forças Armadas voltou a ser discutida recentemente, após a divulgação da relação afetiva estável

mantida por dois sargentos do Exército¹. Um dos militares, logo após conceder entrevista ao vivo em programa de TV, foi preso por agentes da Polícia do Exército sob a acusação de prática de crime militar de deserção. O fato suscitou debates, críticas e dividiu opiniões, dando publicidade à questão da presença de homossexuais nas Forças Armadas. Em razão da atualidade da polêmica, a proposta do presente artigo é promover uma breve análise sistemática das disposições normativas aplicáveis aos militares no tratamento dado à questão sexual no interior dos quartéis. Como fonte de consulta foram analisados acórdãos do Superior Tribunal Militar, em julgamentos criminais envolvendo a prática do crime militar de pederastia e julgamentos administrativos de apuração de conduta sexual considerada ilícita. O enfoque, assim, recai sobre o tratamento penal e administrativo dado às práticas sexuais em unidades militares, de forma a permitir uma conclusão acerca da aceitação ou não da presença de homossexuais nas Forças Armadas.

2. BREVE HISTÓRIA

As Ordenações Filipinas, vigentes no país ao tempo da chegada da família real, previam em seu Título XIII, a punição relativa aos atos de sodomia². O Código Penal do Império, de 1830, revogando as disposições penais das Ordenações Filipinas, imbuído de influência iluminista, aboliu o crime de sodomia, ao mesmo tempo em que tipificou delitos sexuais, como forma de tutela dos costumes. Como crime militar, a primeira previsão típica surge no Código Penal da Armada (Decreto n.º 18, de 7 de março de 1891), já sob a égide do governo republicano. Até seu advento, os militares estavam submetidos aos rigores dos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, de 1763, tendo Chrysólito de Gusmão atribuído-lhes a qualidade de desumanos e bárbaros. Os Artigos puniam os crimes de recusa de obediência, abandono de posto, covardia, desrespeito a superior e sentinela, duelo, traição, embriaguez em serviço, deserção, motim, dentre outros. As penas eram as mais rigorosas:

¹ “Eles são do Exército. Eles são parceiros. Eles são gays. A história do primeiro casal de militares brasileiros a assumir sua homossexualidade”. Revista Época n.º 524, 2/6/2008.

² A introdução do Título XIII das ordenações revela o rigor repressivo: “*Dos que commettem peccado de sodomia, e com alimarias. Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos os seus bens sejam confiscados para a Corôa de nossos Reinos, postoque tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inha-biles e infames, assi como os daquelles que commettem crime de Lesa Magestade.*”

morte, carrinho perpétuo, pancadas de espada de prancha, força, prisão e expulsão. Não havia qualquer previsão que se assemelhasse a crimes sexuais. O Código Penal da Armada, ao contrário, continha o artigo 148:

“Art. 148. Todo indivíduo ao serviço da marinha de guerra que attentar contra a honestidade de pessoa de um ou outro sexo por meio de violência ou ameaças, com o fim de saciar paixões lascivas, ou por depravação moral, ou por inversão de instinto sexual.

Pena – de prisão com trabalho por um a quatro anos.

Parágrafo único. Em igual pena incorrerá quem corromper pessoa de menor idade, praticando com ella, ou contra ella, actos de libidinagem ou contra a natureza.”

A proibição era tratada no Título V, incumbido da definição dos crimes contra a honestidade e os bons costumes, sob o nome de libidinagem, e proibia conduta sexual praticada mediante violência ou ameaça. A epígrafe do presente texto, extraída do romance naturalista *O Bom Crioulo*, de 1895, escrito por um oficial da Armada, traz a advertência feita pelo comandante do couraçado, antes da aplicação de cento e cinquenta chibatadas ao marinheiro Amaro, titular da alcunha que dá nome ao livro. Vigiam, à época, o Código Penal da Armada e o Código Disciplinar, de 21 de junho de 1891.³

Como primeira definição típica de crime sexual de natureza militar, o artigo 148 do Código Penal da Armada não discriminava a natureza do atentado à pessoa honesta, podendo tanto ser de orientação hetero como homossexual, como esclarece a expressão “de um ou outro sexo”, e ainda relacionava as modalidades de dolo específico (com o fim de saciar paixões lascivas, por depravação moral ou inversão de instinto sexual). O agente somente poderia ser quem estivesse a serviço da Armada, indicando a natureza própria do

³ João Sivério Trevisan analisa o livro, afirmando ser a primeira vez, na literatura brasileira, em que surge um protagonista negro e homossexual. Afirma: “*Caminha narra aí a história de amor entre um grumete branco, o adolescente Aleixo, e o marinheiro negro Amaro, também chamado de Bom-Crioulo. Estruturado com rigor e escrito com elegância, o livro vai até o fundo na dissecação dessa paixão, inclusive com descrições detalhadas de atos sexuais entre os dois rapazes. (...) Poucas vezes a literatura brasileira produziu uma obra tão corajosa e direta sobre amores proibidos.*” (Devassos no Paraíso. A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. Rio de Janeiro: Record, 2000)

crime, revelando no dispositivo penal um precedente do atual artigo 235, do Código Penal Militar.

A despeito de inúmeras alegações de inconstitucionalidade do Código Penal da Armada⁴, suas regras foram aplicadas até o advento do Código Penal Militar de 1944 (Decreto-lei n.º 6.227, de 24 de janeiro de 1944), que previa, em seu artigo 197, no capítulo dos crimes sexuais, a seguinte conduta típica:

“Art. 197. Praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique, ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar.

Pena – detenção, de seis meses a um ano”.

Esse tipo penal apresentava redação mais clara e enxuta em relação ao atual artigo 235, do Código Penal Militar, e como tal melhor atende ao princípio da legalidade estrita, sem que haja qualquer dúvida quanto ao alcance da norma proibitiva, seus destinatários e seu âmbito de aplicação. Os militares encontram-se hoje submetidos ao Código Penal Militar, que define os crimes militares, o Código de Processo Penal Militar, no qual são encontradas as formas de processo e julgamento daqueles crimes especiais, o Estatuto dos Militares e os Regulamentos Disciplinares de cada Força, apenas para citar os mais importantes. O Código Penal Militar e de Processo Penal Militar foram instituídos pelos Decretos-leis n. 1.001/69 e 1002/69, respectivamente, outorgados pela Junta Militar⁵ que tomou o poder em 30 de agosto de 1969, impedindo a posse do vice-presidente Pedro Aleixo após o ataque de isquemia cerebral sofrido pelo marechal Costa e Silva. Na mesma oportunidade outorgou-se também o Decreto-lei n. 1.003/69, contendo as regras de organização judiciária militar, hoje integralmente substituído pela Lei n. 8.457/1992 (Lei de Organização da Justiça Militar da União). O anteprojeto de Código Penal Militar já estava pronto quando a Junta Militar tomou o poder (era discutido havia mais de dois anos), e fora elaborado por comissão

⁴ Em 12 de agosto de 1893 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 410, impetrado por Rui Barbosa, analisa a questão de direito intertemporal advinda com a promulgação da primeira Constituição da República, de 1891, e a recepção do Código Penal da Armada.

⁵ “Nove meses e sete atos depois do AI-5, o barítono saía de cena, deixando o Brasil sob o governo da mais folclórica das figuras do golpismo latino-americano: uma junta militar.” (Elio Gaspari. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

instituída no âmbito do Ministério da Justiça, a cargo de Benjamin Moraes Filho, Ivo d'Aquino e José Telles Barbosa. Na 48ª sessão da Comissão Revisora do anteprojeto de Código Penal Militar, em 11 de setembro de 1967, discutiram-se questões envolvendo o Capítulo VI, incumbido da definição de crimes contra a liberdade ou o resguardo sexual, e o teor da sua ata acabou por integrar a Exposição de Motivos do Código Penal Militar:

“Inclui-se entre os crimes militares nova figura: a pederastia ou outro ato de libidinagem, quando a sua prática se der em lugar sujeito à administração militar. É a maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal, onde os regulamentos disciplinares se revelaram insuficientes”.

Referia-se a comissão ao artigo 235. Não houve, contudo, inclusão de nova figura típica. Tanto o Código Penal da Armada quanto o Código Penal Militar de 1944 já puniam a prática sexual nos quartéis. A novidade consistiu no nome do crime e na inclusão da expressão “homossexual ou não” na descrição típica. O mal que se pretendia reprimir de forma mais severa, por falta de explicação da Comissão, pode ser entendido como a prática sexual nas unidades militares, sendo que há autor que vislumbrou na locução o repúdio do legislador à relação homoafetiva. A elaboração do Código Penal Militar vigente tinha como objetivo declarado manter alguma paridade de conceitos entre a legislação penal comum e a especial. Coube a Nelson Hungria a elaboração de um código penal promulgado mas que nunca entrou em vigor, embora tenha servido de orientação para a comissão incumbida de reformular a lei penal militar. Como o Código Penal de 1969 teve sua *vacatio legis* prorrogada por leis sucessivas até a definitiva revogação, a paridade perseguida nunca se concretizou. O Código Penal Militar, com fortes traços de orientação causalista, conviveu com o Código Penal de 1940 até a reformulação de sua Parte Geral em 1984, marcada pela adoção legislativa do finalismo, permanecendo a disparidade até hoje, ainda que seja mantida entre os dois relação de especialidade.

3. DOGMÁTICA PENAL

A abordagem da questão homossexual nas Forças Armadas passa pela análise dogmática do tipo previsto no artigo 235 do Código Penal Militar. Os precedentes do Superior Tribunal Militar representam uma importante fonte de pesquisa da aplicação judicial do tipo, revelando a análise de elementares típicas, conduta, dolo, justificação, dentre outras. Para Juarez Cirino dos Santos, “o estudo do tipo legal como tipo objetivo e tipo subjetivo, integrado

por componentes descritivos e normativos, hoje generalizado na ciência do direito penal, parece uma necessidade metodológica para compreensão de conceitos fundados em relações de congruência subjetiva e objetiva, como dolo e erro de tipo, por exemplo”.

3.1 *Nomen juris*

Sob o *nomen juris* de **pederastia** ou outros **atos libidinosos**, o artigo 235 do Código Penal Militar apresenta a seguinte definição típica:

“Pederastia ou outro ato libidinoso.

Art. 235. Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.”

A pederastia (do grego *paidēraistía*), entendida como homossexualidade masculina, designava, na antiguidade grega, a relação sexual entre um homem adulto e um rapaz mais jovem⁶. A inclusão do termo no título do tipo penal, além de desnecessária para a compreensão do alcance da norma, é fonte de confusão e fornece material de crítica⁷, gerando a leitura equivocada de proibição exclusivamente voltada à orientação sexual e à prática homossexual. Sua supressão atuaria em favor da melhor clareza da definição típica. Todavia, a mera inclusão do vocábulo no tipo penal, a demonstrar, como afirma Mariana Barros Barreiras, o repúdio do legislador a práticas homossexuais, não permite a conclusão de afronta “ao basilar princípio constitucional da igualdade”⁸.

⁶ “Na época clássica a pederastia era já, manifestamente, uma parte reconhecida da vida ateniense. Estava intimamente ligada à educação dos jovens nos seus deveres de cidadãos. Em muitos casos, o amante mais velho era em parte escolhida pela família do jovem amado. Isto é, a relação também cimentava os laços entre as famílias”. (Naphy, William. *Born to be gay. História da homossexualidade*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 57.

⁷ “O Código atual é preconceituoso. Quer afastar toda atividade libidinoso dos locais sujeitos à administração militar, mas o faz mencionando expressa e intencionalmente as práticas pederastas e homossexuais, como a evidenciar a especial aversão do legislador aos homoafetivos”. Barreiras, Mariana Barros. *Onde está a igualdade? Pederastia no CPM*. Boletim IBCCRIM – Ano 16 – nº 187 – junho/2008

⁸ *idem*.

Como demonstram as decisões do Superior Tribunal Militar que serão apresentadas, a proibição de prática sexual nas unidades militares é indistinta. Para o surgimento de tipicidade, pouco importa se o agente realiza prática sexual com pessoa do mesmo sexo ou do sexo oposto. Ademais, a opinião pessoal do legislador, após a promulgação da lei (ou outorga, como no caso do Código Penal Militar), ainda que guarde inegável relevância histórica, tem pouca utilidade para sua aplicação no momento presente⁹.

3.2. Autor

O tipo penal dirige a proibição da conduta descrita exclusivamente ao militar. Trata-se de elementar normativa, cuja definição é encontrada no artigo 22, do Código Penal Militar, ao menos para fins de aplicação da lei. Dessa forma, é militar quem esteja incorporado às Forças Armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar. A incorporação, por sua vez, é termo administrativo definido pelo Estatuto dos Militares (Lei n.º 6.880/80), sendo uma das formas de ingresso nas Forças Armadas. A Constituição Federal traz conceito mais sintético, denominando militares os membros das Forças Armadas. Importa, contudo, para a aplicação da lei penal militar, a definição típica da elementar normativa, de forma que a proibição é dirigida ao militar da ativa, e mais ninguém. Nesse sentido há o seguinte precedente do Superior Tribunal Militar:

“PEDERASTIA (art. 235, do CPM). 1. Crime propriamente militar, *ratione personae* e *ratione locci*, haja vista que **somente pode ser cometido por militar**, quer por ação (praticar), quer por omissão (permitir que com ele se pratique), em lugar sujeito à administração militar.”¹⁰

3.3 Tipo objetivo

Limitou-se o legislador a descrever a conduta do agente (crime de mera conduta), desprezando o resultado, e inseriu o tipo no rol de crimes sexuais, no título dos crimes contra a pessoa, tendo o Código Penal Militar desprezado

⁹ “É preciso ver as condições específicas do tempo em que a norma incide, mas não podemos desconhecer as condições em que ocorreu sua gênese”. Ferraz Jr., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2001, p. 286).

¹⁰ Apelação nº 46.405-0 MS, Rel. Min. Cherubim Rosa Filho, j. 8/10/1991.

a classificação de crimes contra os costumes presente na Parte Especial do Código Penal comum. Os verbos nucleares descritivos da conduta são **praticar e permitir a prática** de ato libidinoso, revelando modalidade de crime sexual consensual entre adultos. Quando houver constrangimento à prática de ato sexual, ou participação de menores, a tipicidade será remetida aos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e corrupção de menores (artigos 232, 233 e 234), para os quais há previsão de presunção de violência. Acerca da natureza consensual da prática sexual, decidiu o Superior Tribunal Militar:

“Ademais, o parceiro necessário à prática do ato de libidinagem ou assente, convertendo-se em co-autor, ou dissente, transformando-se em vítima”¹¹.

Dos quatro crimes sexuais, a pederastia é o único, portanto, a envolver **ato sexual consensual entre adultos**. Para Célio Lobão, o dispositivo legal perdeu sentido com a completa revolução dos costumes, enquanto Alberto Silva Franco, tratando dos crimes contra os costumes, defende a evolução das proibições em matéria sexual para as condutas abusivas em relação a menores de idade, às situações de violência ou grave ameaça e “ações típicas que ofendam à dignidade da pessoa humana na medida em que expressam manifestações de pura exploração sexual de terceiros, isto é, do corpo ou da sexualidade de outrem.” A inclusão do verbo permitir representa excesso legislativo, e sua supressão em nada alteraria a objetividade material. Sem permissão, o que se enfrenta é a violação da liberdade sexual, deslocando a conduta para os outros tipos penais contidos no capítulo destinado aos crimes sexuais. A permissão é intrínseca ao delito. A redação permitiu que se consolidasse o entendimento de que o crime pode ser praticado tanto por ação como por omissão. A conduta comissiva é representada pelo verbo praticar, enquanto a conduta omissiva está contida no verbo permitir, hipótese em que o militar consente que com ele seja praticado o ato libidinoso. Não raras vezes, encontra-se nos julgados a confusão de conduta comissiva e omissiva com homossexualidade ativa e homossexualidade passiva. Nessa linha de raciocínio, o homossexual ativo pratica, por comissão, o ato libidinoso, enquanto o passivo permite, por omissão, que com ele seja praticado. Trata-se de avaliação reveladora de pouco conhecimento da teoria da ação. Na condição de passivo da relação sexual, o militar não pratica o delito por omissão, mas sim por ação direta, já que toma parte no ato, dele participa, pouco importa se penetrando ou sendo penetrado. A omissão que interessa ao direito penal, como modalidade de ação, é a que representa a infração a um dever de agir,

¹¹ Apelação nº 46.868-4 RJ – Rel. Min. Eduardo Pires Gonçalves, j. 15/06/1993.

o que no caso do tipo em questão somente é concebível como o dever do militar de impedir que alguém com ele pratique ato libidinoso em área militar, o que não permite a confusão com a posição adotada no ato sexual. A decisão proferida na Apelação nº 44.759-8/SP incorre no equívoco:

“LIBIDINAGEM. Militar que permite seja com ele praticado ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar, comete o delito capitulado no Art. 235 do CPM. *In casu*, o comportamento do Acusado foi omissivo em virtude de ter permitido, como sujeito passivo, a prática do ato voluptuoso.”¹²

3.4 Bem jurídico

Na ótica do bem jurídico tutelado pela norma penal, o crime de pederastia enfrenta dilemas. Como crime sexual, pune o ato libidinoso sem violência ou coação, envolvendo agentes maiores e capazes de aderir voluntariamente ao ato sexual. Não protege a moral e os bons costumes, bens descartados expressamente da tutela penal militar. Não é crime contra o serviço militar, nem contra a disciplina, ambos descritos em capítulos próprios na Parte Especial do Código Penal Militar. Ainda assim, nos julgados do STM, encontra-se, como objeto de tutela penal, a própria disciplina militar, atingida pela prática sexual entre militares nos quartéis. Os precedentes do Superior Tribunal Militar raramente apresentam a discussão acerca do bem jurídico tutelado pela norma penal. Na Apelação nº 2002.01.049082-5/MG, o parecer do *custos legis* transcrito no acórdão aborda a questão sob a ótica da moral e dos costumes, sem descuidar da disciplina militar:

“Considerando que a sociedade vive sob regras segundo as quais o extravasamento da intimidade das pessoas para o mundo exterior pode gerar mal-estar, ferir o conceito de decência do homem-médio, causar sentimento de vergonha em quem eventualmente assiste, decidiu o legislador reprimir esse extravasamento, confinando-o dentro de limites bem precisos, que não importem em violência ou que não firam preceitos regulamentares rígidos, como são aqueles próprios da caserna. Por isso que o legislador estipulou que o lugar sujeito à administração militar não é próprio à prática de atos libidinosos, homossexuais ou não, tendo em vista os conceitos de disciplina, hierarquia, respeito, pundonor, dignidade, etc, conceitos esses clássicos dentro das Forças Armadas, e que, conservadores ou não, podem parcialmente ser

¹² Julgado em 12/02/1987, Relator Min. Alzir Benjamin Chaloub.

agredidos quando um militar procura satisfazer sua lascívia, íntima que é, dentro de uma unidade militar”¹³.

O bem jurídico, integrante do tipo penal (tipicidade material), é critério seguro de interpretação e aplicação da norma penal. Sua identificação, na legislação brasileira, é decorrência do método utilizado de divisão da parte especial dos códigos penais em capítulos temáticos, cada qual atribuído a um bem jurídico específico. Sua análise correta presta-se a impedir a utilização da interpretação extensiva e da analogia, de forma que apenas as condutas que guardem relação de tipicidade sejam efetivamente punidas. Da forma como se encontra, inserido nos crimes sexuais, o delito de pederastia traz consigo uma antinomia técnica, apresentando-se lado a lado com condutas caracterizadas pelo uso da violência e de grave ameaça. Estaria melhor localizado nos crimes que atentam contra a disciplina e a hierarquia, de forma a evitar a degeneração da ordem necessária às organizações incumbidas da defesa da Pátria e a impedir a utilização da precedência hierárquica como meio para obtenção de favores sexuais, cabendo registrar que a figura típica de assédio sexual, inserida no Código Penal comum, não encontra crime semelhante na lei penal especial.

3.5 Local do crime

O local em que a conduta sexual é praticada integra a definição típica. Como ressalta Selma Pereira de Santana, “o tipo penal constitui um crime militar *ratione personae* e *ratione loci*”, importando para a tipicidade que a conduta do agente desenvolva-se em área militar. Busca a lei, dessa forma, tutelar as unidades militares – quartéis, navios, aeronaves –, trazendo implícita a premissa de que a livre prática de atos sexuais nesses locais põe em risco a hierarquia e a disciplina. A questão controversa que surge na discussão dessa elementar típica diz respeito ao ato sexual praticado no interior do domicílio situado em vila militar, esta caracterizada juridicamente como local sob administração militar. A interpretação literal do tipo permitiria a conclusão de que o casal, hetero ou homossexual, que ocupa imóvel funcional em vila militar, pratica conduta típica à luz do aludido artigo de lei. Todavia, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas, posta no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, deixa a atividade sexual do militar, praticada no interior

¹³ Apelação nº 2002.01.049082-5 MG – Rel. Min. José Luiz Lopes de Oliveira – j. 29/10/2002, DJ 27/01/2003.

do domicílio situado em vila militar, fora do alcance da norma penal. Anota Célio Lobão, sem indicar o precedente:

“As dependências da residência de militar, edificadas em local sob administração militar, não se encontram sob essa administração, como já decidiu o Superior Tribunal Militar. Dessa forma, o ato libidinoso praticado no interior da residência do militar não atende à descrição típica do art. 235”.

3.6 Homossexual ou não. O sexo do agente

A locução *homossexual ou não*, contida no tipo penal, é também fonte de controvérsia, assim como o nome atribuído ao tipo. A primeira constatação a ser feita é que, se o legislador pretendia punir o ato libidinoso em área militar, não seria necessária a inclusão da locução, uma vez que o agente da conduta pode ser tanto o homem quanto a mulher, pouco importando a natureza da relação, se homo ou heterossexual. Ao tempo da outorga do vigente Código Penal Militar, não havia mulheres formalmente incorporadas às Forças Armadas. Maria Celina d’Araújo¹⁴ resgata a atualidade do ingresso de mulheres no serviço militar, remontando a 1980 o início desse processo, quando a Marinha criou o Corpo Auxiliar Feminino da Reserva. A Força Aérea, por sua vez, diplomou a primeira turma de graduadas em 1982, enquanto o Exército apenas em 1992 constituiu a primeira turma de mulheres a ingressar na Escola de Administração do Exército. A Exposição de Motivos que inaugura o Código Penal Militar autoriza as críticas que são dirigidas ao tipo penal. Mariana Barros Barreiras, por força da locução, chama o artigo 235 de preconceituoso¹⁵, ressaltando com precisão o item 17 da Exposição, em que consta que a nova figura é a “maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal”, sustentando a inconstitucionalidade da norma em função da intenção discriminatória do legislador. A carga de preconceito que gravita em torno do tipo penal revela-se em alguns artigos destinados a comentá-lo. Um dos que melhor expressa essa carga chega a afirmar:

“Realmente, que disciplina poderia haver, por exemplo, entre um oficial do sexo masculino e sua tropa, se esta soubesse que aquele à noite se afemina?”

¹⁴ Nova História Militar Brasileira. Mulheres, Homossexuais e Forças Armadas no Brasil. Artigo.

¹⁵ Onde está a igualdade. Pederastia no CPM. Boletim IBCCRIM n° 187, junho/2008.

Que moral teria o superior para exigir de seus subordinados obediência, respeito e deferência se estes descobrissem que aquele prefere ser acariciado por outrem do mesmo sexo? Nenhuma, por óbvio!”¹⁶ A ordem constitucional vigente instituiu o direito fundamental à intimidade, preservando a vida privada do cidadão, civil ou militar, de qualquer tipo de ingerência estatal ou privada. Disso decorre ser indiferente ao espírito da tropa ou do comando a orientação sexual do oficial pois, como já dito, a proibição expressa pela norma dirige-se a uma conduta específica, qual seja, a prática sexual em área militar, e não à orientação sexual do comandante. Sem pretensão de alongar a discussão (o argumento do autor não é jurídico), grandes líderes militares do passado preferiam a carícia noturna de um outro homem¹⁷. O Projeto de Lei nº 2.773, do deputado federal Alceste Almeida, propõe a supressão da palavra pederastia do *nomen juris* e da locução *homossexual ou não* do texto do tipo penal. Na fundamentação do projeto, seu autor diz ser evidente a pretensão de punir a prática homossexual, chamando de infeliz a redação do tipo. O Programa Nacional de Direitos Humanos, adotado em junho de 1996 pelo Governo Federal e posteriormente atualizado, propunha, no item 117, a exclusão do termo pederastia do Código Penal Militar, sem que fizesse qualquer referência à locução analisada. O Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual, criado pelo Conselho Nacional de Combate à Discriminação, publicado em 2004, não faz qualquer referência ao tipo penal de pederastia. De qualquer forma, a redação dada pelo legislador de 1969, em particular na inclusão da expressão *homossexual ou não*, prestou-se a permitir seja inferida a rejeição à prática sexual entre homens no interior dos quartéis, representando um retrocesso tipológico em relação ao crime equivalente que então trazia o Código Penal Militar de 1944, apresentado de forma mais sintética e desprovida de adendos desnecessários. A supressão da locução viria em benefício da clareza exigida pelo princípio da legalidade estrita, muito embora se preste, de forma positiva, a afastar a hipótese de afronta ao princípio da igualdade perante a lei, já que é punido o ato sexual praticado tanto entre homens quanto entre homens e mulheres, indiscriminadamente.

¹⁶ Campos Júnior, José Luiz Dias. Pederastia – Algumas Considerações. *Direito Militar*. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME – Ano V, nº 26, novembro/dezembro de 2000.

¹⁷ Suetônio, autor da biografia dos doze césares, registra frase atribuída a Curio, referindo-se a Júlio Cesar como o homem de todas as mulheres e a mulher de todos os homens. E, por sua amizade com Nicomedes, até de Rainha da Bitínia foi chamado por seus contemporâneos. Seus feitos militares, contudo, são até hoje reconhecidos, tendo expandido os limites de Roma até a Gália e a Britânia.

3.7 Ato libidinoso.

Resta ainda a análise do ato libidinoso, outra elementar típica muito discutida em manuais. Trata-se de gênero que comporta todas as modalidades de prática sexual, conferindo muita amplitude ao tipo penal, permitindo ao sistema repressivo atuação sem muitas restrições. A análise da casuística permite identificar as condutas consideradas típicas, na ótica do Superior Tribunal Militar. Em alguns acórdãos, é encontrada a transcrição de Nelson Hungria a respeito da definição do conteúdo do ato libidinoso, obra clássica, sendo desnecessária sua transcrição. Várias condutas encontraram tipicidade formal nos precedentes do Superior Tribunal Militar, como segue exemplificado, destacando-se, em primeiro lugar, os casos que envolveram a prática de atos sexuais entre homens, para depois demonstrar as decisões que apuraram práticas sexuais entre homens e mulheres. Por ter manipulado o pênis de um Aprendiz Marinheiro, durante suposto tratamento de estiramento muscular, 3º Sargento da Marinha enfermeiro foi condenado à pena de 06 (seis) meses de detenção, e a sentença foi confirmada pelo Superior Tribunal Militar¹⁸. Pelo toque no órgão sexual de um soldado, no interior da guarita em que este se encontrava de sentinela, um 1º Tenente do Exército recebeu reprimenda ainda mais grave, de 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de detenção¹⁹. Flagrado enquanto beijava um soldado e manipulava seu pênis no interior do posto de comando, Tenente Coronel do Exército recebeu a pena de 15 (quinze) meses de detenção (sic)²⁰. Pela prática de sexo oral e anal com grumetes, Cabo da Marinha teve a denúncia recebida pelo Superior Tribunal Militar²¹. A investigação do roubo de um fuzil da sentinela que guarnecia a casa do comandante revelou que os militares que estavam escalados para garantir a segurança da residência estavam envolvidos em práticas sexuais diversas (masturbação, coito oral e orgia desenfreada, nos dizeres do acórdão)²². Cabo da Marinha foi condenado por ter permitido que Grumete (menor, portanto) praticasse

¹⁸ Apelação nº 47.889-2 RJ, Relator José Sampaio Maia, julgado em 03/06/1997.

¹⁹ Apelação nº 48.282-2 CE, Relator Aldo da Silva Fagundes, julgado em 15/06/1999.

²⁰ Apelação nº 2002.01.049082-5 MG, Relator José Luiz Lopes da Silva, julgado em 29/10/2002.

²¹ Recurso Criminal nº 6.446-5 RJ, Relator Germano Arnoldi Pedrozo, julgado em 22/09/1998.

²² Apelação nº 44.140-9 SP, Relator Deoclécio Lima de Siqueira, julgado em 4/12/1984.

felação no interior da Casa da Guarda da Escola de Aprendizes-Marinheiros²³. A relação sexual entre um capitão e um soldado, no interior do alojamento dos oficiais do Parque Depósito Central de Material de Engenharia, é descrita em minúcias em acórdão, “figurando o militar mais graduado como pederasta passivo e o soldado como elemento ativo”²⁴. Em caso oriundo da Base Aérea de Santa Maria, um sargento foi condenado por perambular pelos alojamentos de recrutas, durante a noite, investindo contra o órgão sexual de soldados que dormiam²⁵. As relações sexuais entre homens e mulheres também encontram tipicidade no artigo 235 do Código Penal Militar, como se pode constatar dos seguintes casos julgados no Superior Tribunal Militar. Militares do Exército que empreendiam viagem em embarcação em Porto Velho e Manaus convidaram algumas jovens e com elas mantiveram relações sexuais²⁶. Duas jovens de dezessete anos foram convidadas por militares da 1ª Companhia Especial de Transporte, em Manaus/AM, a ingressar no quartel e lá mantiveram relações²⁷. Três soldados da Força Aérea, da Base Aérea de Campo Grande/MS, contrataram duas garotas de programa, introduzindo-as clandestinamente no interior da unidade militar, e no alojamento de Cabos e Soldados mantiveram relações sexuais, sendo todos condenados tanto por ato libidinoso quanto por abandono de posto²⁸.

3.8 Elemento subjetivo, pena, sursis, pena acessória, tentativa e questões processuais.

O dolo configura o elemento subjetivo do tipo, manifestando-se na vontade consciente do militar de praticar o ato libidinoso, com a finalidade de satisfação da própria lascívia e a obtenção do prazer sexual, ciente de que desenvolve sua conduta no interior de unidade militar. O dolo eventual não é admitido, pela ausência de resultado naturalístico, não sendo concebível a mera assunção do risco de sua produção. A pena cominada ao tipo penal é a detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, devendo ser convertida em prisão, a teor do artigo 59 do Código Penal Militar, e cumprida, pelo oficial,

²³ Apelação nº 48.208-3 RJ, Relator José Sampaio Maria, julgado em 4/3/1999.

²⁴ Apelação nº 44.277-4 RJ, Relator Ruy de Lima Pessoa, julgado em 3/5/1985.

²⁵ Apelação nº 44.536-6 RS, Relator Julio de Sá Bierrenbach, julgado em 3/4/1986.

²⁶ Apelação nº 47.672-5 AM, Relator Paulo César Cataldo, julgado em 14/5/1996.

²⁷ Apelação nº 47.182-0 AM, Relator Carlos de Almeida Baptista, julgado em 23/11/1994.

²⁸ Apelação nº 48.232-6 MS, Relator Antonio Carlos de Nogueira, julgado em 30/6/1999.

em recinto de estabelecimento militar, e pela praça, em estabelecimento penal militar. Há expressa vedação de concessão de *sursis*, consoante artigo 88, inciso II, alínea “b”, do CPM, cabendo destacar que não há a mesma previsão para os crimes de atentado violento ao pudor e corrupção de menores, cujas penas mínimas admitem, em tese, a concessão da suspensão condicional da pena. A condenação pelo crime de pederastia sujeita o oficial à pena acessória de declaração de indignidade, mas sua aplicação não é imediata, e deve ser declarada por tribunal militar permanente, nos termos do artigo 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal. Por tratar-se de crime instantâneo, não é admitida a tentativa. A ação penal é pública e incondicionada para todos os crimes militares, aos quais, consoante reiterada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não incidem as regras dos delitos de menor potencial ofensivo, desde a introdução do artigo 90-A, na Lei nº 9.099/90, sendo incabível, portanto, a suspensão condicional da pena e a transação penal. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar a constitucionalidade do artigo 235, do Código Penal Militar, em controle difuso, afirmando que não há ofensa ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, “pois a inviolabilidade da intimidade não é direito absoluto a ser utilizado como garantia à permissão da prática de crimes sexuais”²⁹. Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal negou conhecimento a ação direta, sob o argumento de que lei anterior à promulgação da Constituição Federal, e com ela incompatível, sujeita-se a hipótese de revogação e não de inconstitucionalidade superveniente³⁰. Em matéria de prova, destaca-se, nos julgados examinados, a importância das testemunhas e da confissão. Alguns casos utilizaram-se de prova pericial para constatação de vestígios de coito anal. O depoimento do militar que reconhece ter participado de ato sexual, no curso do inquérito policial militar, mesmo sem a advertência do direito ao silêncio, foi considerado como prova de autoria. O artigo 270, parágrafo único, alínea “b”, do Código de Processo Penal Militar, veda a concessão de liberdade provisória.

4. O TRATAMENTO ADMINISTRATIVO. UM PRECEDENTE INTERNACIONAL.

A dubiedade do tipo penal, do qual é certo afirmar que não pune o homossexual por sua orientação sexual, mas sim pela manifestação da sexualidade, sob qualquer forma, em local militar, ao mesmo tempo em que revela a in-

²⁹ HC nº 79.285-5 RJ, Rel. Moreira Alves, 1ª Turma, j. 31/08/1999, DJ 12/11/1999

³⁰ ADI nº 3299-2, Rel. Carlos Velloso, decisão monocrática).

tenção legislativa de punir o “mal”, em nada contribui para distender a tensa relação entre homossexualidade e Forças Armadas. Na ótica do direito à igualdade formal, impondo tratamento idêntico a todos perante a lei, é que se coloca a questão do ingresso e da permanência de homossexuais nas fileiras militares. O *caput* do artigo 5º da Constituição veda distinção de qualquer natureza perante a lei, do que decorre não ser válida a utilização da orientação sexual como critério de discriminação. Nas Forças Armadas, a questão da orientação sexual não é expressamente tratada no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), no qual as obrigações militares são abordadas sob a ótica do valor e da ética. O valor manifesta-se na forma de patriotismo, civismo, culto das tradições históricas, espírito de corpo, amor à profissão das armas, etc. A ética, por sua vez, é tratada como o dever de conduta moral e profissional irrepreensíveis, manifestando-se pelo amor à verdade, pela eficiência e probidade, pelo respeito à dignidade humana, pela descrição em atitudes, pelas maneiras e linguagem, conduta ilibada na vida pública e privada, etc. Há a preocupação evidente na criação de um código próprio, dotado de valores intrínsecos à carreira, tratado sob o nome de **pundonor militar**, cuja infração pode sujeitar o oficial a processo administrativo disciplinar chamado Conselho de Justificação (Lei nº 5.836/72), a exclusão da praça estável mediante Conselho de Disciplina e a licenciamento da praça não estável, a bem da disciplina. O oficial das Forças Armadas, cargo privativo de brasileiro nato (artigo 12, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal), somente pode ser excluído por perda de posto e patente, por decisão de tribunal militar de caráter permanente que o julgue indigno do oficialato ou com ele incompatível (art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal). O processo administrativo é dividido em duas fases, uma administrativa, outra judicial, cabendo ao Superior Tribunal Militar julgar os feitos originários dos Conselhos de Justificação (Lei nº 8.457/92, art. 6º, inciso II, alínea “f”), dos quais foram extraídos os precedentes a seguir analisados. Em processo administrativo a que foi submetido um capitão do Exército, em decorrência da condenação penal pelo crime do artigo 235 do Código Penal Militar, foi afirmada a natureza infamante do delito, “atingindo, diretamente, a honra do oficial, com reputação negativa no seio da Instituição a que pertence e repercussões nocivas à hierarquia e à disciplina militares, tornando-se, por razões óbvias, difícil sua acomodação funcional em qualquer Unidade de sua Força Armada”. A imputação feita ao oficial consistiu, essencialmente, na prática de atos de libidinagem e pederastia passiva com subordinados no interior de unidade militar. Na investigação dos fatos, o acusado teve seu ânus submetido a exame pericial, concluindo os peritos pela presença de transtornos afetivos, doença anorretal crônica e sinais físicos de ação contundente anorretal recente. Ao final, por considerar ter ocorrido infração ao artigo 28, incisos XIII,

XVI e XIX, do Estatuto dos Militares³¹, o militar foi considerado culpado, incapaz de permanecer na ativa e indigno do oficialato, com a consequente perda de seu posto e patente³². Pela prática de atos de libidinagem, masturbação e *voyerismo* (observação de soldados nus se masturbando), em vestiário de unidade militar, tenente do Exército foi submetido a Conselho de Justificação, no qual o tribunal entendeu terem sido violados os mesmos dispositivos legais do caso anterior (art. 28, incisos XIII e XVI, do Estatuto dos Militares), concluindo terem sido ofendidos princípios de ética militar e dever militar, revelando-se “incapaz de responder positivamente aos estímulos da vida castrense e de assumir as responsabilidades inerentes ao oficialato”. Foi julgado culpado de conduta irregular e da prática de atos atentatórios ao pundonor militar e ao decoro da classe, tendo sido, assim, declarado indigno de permanecer na condição de oficial. Aqui, o julgamento moral do oficial não foi precedido de ação penal pela prática do crime do artigo 235 do Código Penal Militar, tendo o comandante da Força, em sua deliberação final, encaminhado notícia-crime à Circunscrição Judiciária Militar competente para apuração do fato³³. Pela confissão de que seria “sexualmente invertido”, pela prática de “homossexualismo com subordinado”, capitão do Exército foi declarado indigno para o oficialato, com a consequente perda de posto e patente. O acórdão caracteriza o militar como pederasta passivo, relatando atos de sodomia e felação. A defesa do oficial, segundo registrado na decisão, limitou-se a alegar distúrbios de ordem psicológica e psiquiátrica, negados por laudo de autoridade médica. Ao final, concluiu o acórdão que os atos de “homossexualismo praticados pelo Justificante, independentemente de sua motivação, causaram irreparáveis danos ao pundonor militar e ao decoro da classe, que permaneceriam sob constante ameaça ante a permanência do Justificante no meio militar, mesmo na inatividade, dada a irreversibilidade do seu comportamento”. A instauração do processo administrativo ocorreu após a conclusão de inquérito policial militar para apuração

³¹ Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar: XIII – proceder de maneira ilibada na vida pública e particular; XVI – conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro; XIX – zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos de ética militar.

³² Conselho de Justificação nº 165-5 DF, Relator Sérgio Xavier Ferolla, julgado em 4/12/1997.

³³ Conselho de Justificação nº 167-1 DF, Relator José Júlio Pedrosa, julgado em 9/12/1999.

de prática do crime do artigo 235 do Código Penal Militar³⁴. Além dos três casos citados, a pesquisa na base de dados do Superior Tribunal Militar revelou a existência dos seguintes acórdãos, todos envolvendo oficiais em práticas sexuais: Conselhos de Justificação nº 104-3, 96-9 e 112-4. Destes, o último destaca-se por ser o único que não foi precedido de ação penal militar pelo crime de pederastia e, por tal razão, merece ser analisado. O Comandante do Exército (à época, 1985, ainda guardava o título de Ministro), de ofício, determinou a submissão de capitão a conselho de justificação. No âmbito da 7ª Brigada de Infantaria Motorizada, fora instaurada uma sindicância para apurar acusações contra a honra do oficial, o qual foi ouvido e admitiu que praticava atos homossexuais, nunca com outros militares e sempre fora da unidade militar, o que afastou a tipicidade do delito de pederastia. Determinada a realização de busca e apreensão domiciliar, foram encontradas fotografias, cartas e um pênis de sabão. Na solução da sindicância, foi punido com 20 (vinte) dias de prisão, com recomendação de instauração de conselho de justificação, em face de sua presumível incapacidade de permanecer como militar da ativa. O libelo acusatório imputou ao militar a prática de atos homossexuais e atentado ao nome do Exército na cidade de Campina Grande/PB. Mesmo tendo o tribunal reconhecido que o encarregado da sindicância pressionou três testemunhas para que depusessem contra o oficial, o conselho de justificação foi julgado procedente para reconhecer que o capitão procedera irregularmente em sua vida particular, afetando diretamente sua vida funcional, de forma que foi considerado incapaz de permanecer na ativa, tendo sido determinada a sua reforma. Casos semelhantes a esse vêm sendo submetidos à Corte Europeia de Direitos Humanos, com determinação ao Estado-membro de reintegração do militar ao serviço ativo. Em caso submetido por dois militares da Marinha do Reino Unido, excluídos após apuração, em processo administrativo, da orientação sexual dos envolvidos, reconheceu a Corte ter ocorrido ofensa aos artigos 8º e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Em suma, entendeu-se que a orientação sexual do militar encontra-se protegida pelo direito à preservação da vida privada e que a exclusão do militar homossexual, em decorrência de atos de sua vida privada, e não de seu comportamento militar, configura afronta ao direito de tratamento igualitário perante a lei e afronta ao direito à intimidade³⁵. O Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que o Conselho de Justificação é processo de natureza administrativa, e não judicial, ainda que a decisão

³⁴ Conselho de Justificação nº 106-0 DF, Relator Sergio de Ary Pires, julgado em 25/10/1984.

³⁵ *Case of Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom (Applications nos. 31417/96 and 32377/96, j. 27 September 1999)*.

final caiba a órgão do Poder Judiciário, no caso o Superior Tribunal Militar, não admite a interposição de recurso extraordinário contra as decisões de perda de posto e patente.

5. CONCLUSÃO

Os acórdãos analisados revelam que o tipo do artigo 235 do Código Penal Militar pune estritamente o ato sexual nos quartéis, pouco importando se os agentes são apenas homens, ou homens e mulheres, bem como que a prática sexual no interior de unidades militares torna o militar **incompatível** com o cargo e **indigno** para o oficialato. O tipo penal analisado apresenta-se com expressões excessivas que nada contribuem para o exame de tipicidade, mas a proibição nele contida limita-se às práticas sexuais em organizações militares, sem que com isso seja possível alegar qualquer desproporcionalidade ou irrazoabilidade legislativa³⁶. O quadro de precedentes judiciais apresentados é revelador da consolidação do entendimento de que atos sexuais nas unidades militares são inaceitáveis, gerando punição nas esferas penal e administrativa. No que diz respeito aos oficiais, os julgamentos de conselho de justificação resultaram em exclusão das fileiras militares, enquanto que não há registros, no Superior Tribunal Militar, do tratamento dispensado a praças, com ou sem estabilidade, pela ausência de previsão legal de atuação do Poder Judiciário nos atos de licenciamento. É possível notar a existência de tendência, no âmbito internacional, tanto de abolição do tipo penal de pederastia, como ocorreu recentemente na Argentina, quanto de aceitação da presença de homossexuais nas Forças Armadas, enquanto no Brasil não há política oficial declarada pelos comandos militares. A análise dos precedentes permite concluir que o aparato repressivo é movimentado nas hipóteses de manifestação da sexualidade no interior dos quartéis, com uma única exceção, como visto. Valendo-se de termos abertos como pundonor militar, decoro de classe e conduta ilibada, o aparato administrativo e judicial logra excluir de suas fileiras o militar homossexual pego na prática de ato sexual nos quartéis, impondo a lei do silêncio, nos moldes da política oficial norte-americana, instituída pelo democrata Bill Clinton (*don't ask, don't tell*): nem a perseguição aberta nem a aceitação livre da presença de homossexuais nas Forças Armadas. Não por acaso, a relação afetiva dos sargentos tratada no início do artigo foi abordada com ares de furo jornalístico, como a “história

³⁶ “Ato libidinoso no interior de repartição pública, seja civil ou militar, é fato inaceitável!” OLIVEIRA PEREIRA, Carlos Frederico. Homossexuais nas Forças Armadas: TABU OU INDISCIPLINA? Revista CONSULEX – Ano I – nº 6 – Junho/1997.

do primeiro casal de militares brasileiros a assumir sua homossexualidade³⁷. Segundo a revista, países como Austrália, Bélgica, França, Portugal, Coreia do Sul, Espanha e Holanda têm políticas oficiais de aceitação de homossexuais em seus quadros. No Brasil, a discussão deve ganhar relevo com a eventual aprovação de polêmico projeto de lei que criminaliza atos discriminatórios com base em orientação sexual. A título de exemplo, passa a ser penalizada com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos a conduta de impedir ou restringir a expressão e a manifestação da afetividade em locais públicos ou privados abertos ao público. Dessa forma, aprovado o projeto de lei³⁷, a demonstração pública de afeto entre militares no interior do quartel passaria de conduta proibida a bem jurídico tutelado. Alterações nesse quadro repressivo devem ocorrer não por iniciativa dos comandos militares, mas sim por decisões da Justiça Federal, como a que determinou a reintegração de transexual ao Exército, excluído após realização de cirurgia de mudança de sexo.

6. REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia. Inferno*. São Paulo: Ed. 34, 1998.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. Parte Especial. 2º volume. São Paulo: Juriscredi, 1972.

BARROSO, Gustavo. *História Militar do Brasil*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2000.

CAMARGO, Joaquim Augusto de. *Direito Penal Brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais/FGV, 2005.

CASTRO, Celso. Izecksohn, Victor. Kraay, Hendrig. *Nova História Militar Brasileira*. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

³⁷ Projeto de Lei da Câmara nº 122, de 2006 – Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.849, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3ª edição, Curitiba: Fórum.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu Tempo. Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

DOVER, K. J.. *A Homossexualidade na Grécia Antiga*. São Paulo. Nova Alexandria, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Crimes Hediondos. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada. As Ilusões Armadas*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIBBON, Edward. *Declínio e Queda do Império Romano*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GUSMÃO, Crysólito de. *Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro, 1915.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 2ª edição, Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

MAQUIAVEL, Nicolau. *A Arte da Guerra*. Brasília: UnB, 1980.

MORAES, Evaristo de. *Contra os Artigos de Guerra. Estudo de Direito Criminal*. Rio de Janeiro, 1898.

NAPHY, William. *Born to be gay. História da Homossexualidade*. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 209.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil. Evolução Histórica*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIOS, Roger Raupp. *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual. A Homossexualidade no Direito Brasileiro e Norte-Americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUETONIUS. *The Twelve Caesars*. London: Penguin Books. 1979.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso. A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Record, 2000

6.1 Acórdãos, artigos de revista e boletim

CAMPOS JÚNIOR, José Luiz. Pederastia – Algumas Considerações. Revista Direito Militar nº 26, Novembro/Dezembro, 2000.

OLIVEIRA PEREIRA, Carlos Frederico. Homossexuais nas Forças Armadas: Tabu ou Indisciplina. Revista CONSULEX – Ano I – nº 6 – Junho/1997.

SANTANA, Selma Pereira. Pederastia: Perspectiva Penal Militar. Revista Direito Militar, nº 4, Março/Abril, 1997.

Revista Época nº 524, 2/6/2008.

Revista Isto É nº 1410, 9/10/1996 – Continência Gay. Escândalo envolvendo tenente-coronel no Rio traz à tona discussão sobre homossexualidade nos quartéis.

Revista Veja nº 1273, ano 26, 3/2/1993 – É cor de rosa-choque. Protesto militar faz Clinton adiar ingresso de homossexuais nas Forças Armadas americanas.

Boletim IBCCRIM, ano 16, nº 187, junho/2008.

Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Discriminação/Ministério da Saúde, 2004.

Acórdãos do Superior Tribunal Militar:

Superior Tribunal Militar:

Revisão Criminal nº 1.253-9 RJ, Relator Luiz Leal Ferreira, julgada em 21/06/1994.

Revisão Criminal nº 1.263-6 RJ, Relator Carlos Eduardo Cezar de Andrade, j. em 24/06/1992.

Recurso Criminal nº 6.446-5 RJ, Relator Germano Arnoldi Pedrozo, j. em 22/09/1998.

Habeas Corpus nº 2002.01.033706-7 MG, Relator Sérgio Xavier Ferolla, j. em 26/03/2002.

Apelações:

42.857-7 PR, Relator Jorge Alberto Romeiro, j. em 26/06/1981.

44.140-9 SP, Relator Deoclécio Lima de Siqueira, j. em 04/12/1984.

44.277-4 RJ, Relator Ruy de Lima Pessoa, j. em 03/05/1985.

44.408-4 RJ, Relator Ruy de Lima Pessoa, j. em 05/12/1985.

44.496-3 MG, Relator Antonio Geraldo Pereira, j. em 17/12/1985.

44.536-6 RJ, Relator Julio de Sá Bierrenbach, j. em 03/04/1986.

44.759-8 SP, Relator Alzir Benjamin Chaloub, j. em 12/06/1987.

44.873-0 RS, Relator Aldo Fagundes, j. em 26/05/1987.

46.012-8 MG, Relator Jorge José de Carvalho, j. em 06/11/1990.

46.235-0 AM, Relator Jorge Frederico Machado de Sant'Anna, j. em 27/06/1991.

46.405-0 MS, Relator Cherubim Rosa Filho, j. em 08/10/1991.

46.712-2 PA, Relator Jorge Frederico Machado de Sant'Anna, j. 24/11/1992.

46.868-4 RJ, Relator Eduardo Pires Gonçalves, j. em 15/06/1993.

46.925-7 AM, Relator José do Cabo Teixeira de Carvalho, j. em 29/04/1993.

47.039-5 RJ, Relator Luiz Guilherme de Freitas Coutinho, j. em 26/10/1993.

47.182-0 AM, Relator Carlos de Almeida Baptista, j. em 23/11/1994.

47.672-5 AM, Relator Paulo César Cataldo, j. em 14/05/1996.

47.676-8 AM, Relator Olympio Pereira da Silva Júnior, j. em 18/06/1996.

47.889-2 RJ, Relator José Sampaio Maia, j. em 03/06/1997.

47.963-5 CE, Relator Carlos Eduardo Cezar de Andrade, j. em 05/05/1998.

48.072-2 RJ, Relator Olympio Pereira da Silva Júnior, j. em 02/06/1998.

48.208-3 RJ, Relator José Sampaio Maia, j. em 04/03/1999.

48.221-0 RS, Relator José Sampaio Maia, j. em 30/06/1999.

48.232-6 MS, Relator Antonio Carlos de Nogueira, j. em 30/06/1999.

48.282-2 CE, Relator Aldo da Silva Fagundes, j. em 15/06/1999.

49082-5 MG, Relator José Luiz Lopes da Silva, j. em 29/10/2002.

Conselhos de Justificação

96-9 DF, Relator Heitor Luiz Gomes de Almeida, j. em 05/12/1984.

104-3 DF, Relator Faber Cintra, j. em 20/06/1984.

106-0 DF, Relator Sergio de Ary Pires, j. 25/10/1984.

112-4 DF, Relator Julio de Sá Bierrenbach, j. 17/04/1986.

165-5 DF, Relator Sérgio Xavier Ferolla, j. em 04/12/1997.

167-1 DF, Relator José Júlio Pedrosa, j. em 09/12/1999.

Supremo Tribunal Federal

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3299-2, Relator Carlos Velloso, j. 21/09/2004.

Habeas Corpus nº 79.285-5 RJ, Relator Moreira Alves, 1º Turma, j. em 31/08/1999, DJ 12/11/1999.

Habeas Corpus nº 87.685 RJ, Relator Marco Aurélio, 1º Turma, j. em 14/03/2006, DJ 28/04/2006.

Recurso em *Habeas Corpus* nº 85.303 PE, Relator Carlos Britto, 1º Turma, j. em 05/04/2005, DJ 07/12/2006.

Habeas Corpus nº 84.316 MG, Relator Carlos Britto, 1º Turma, j. em 24/08/2004, DJ 17/09/2004.

Habeas Corpus nº 82.760 MG, Relator Carlos Britto, 1º Turma, j. em 23/09/2003, DJ 31/10/2003.

Habeas Corpus nº 79.824 MS, Relator Maurício Corrêa, 2º Turma, j. em 23/05/2000, DJ 30/06/2000.

Habeas Corpus nº 75.076 AM, Relator Maurício Corrêa, 2º Turma, j. em 12/12/1997, DJ 02/05/2003.

Recurso em *Habeas Corpus* nº 55.417 DF, Relator Cordeiro Guerra, 2º Turma, j. em 12/08/1977, DJ 12/09/1977.

Habeas Corpus nº 85.086 MG, Relator Carlos Britto, decisão monocrática, j. em 02/12/2004, DJ 10/12/2004.

Habeas Corpus nº 80.177 RS, Relator Marco Aurélio, decisão monocrática, j. em 10/06/2001, DJ 25/06/2001.

Corte Européia de Direitos Humanos

Case of Lustig-Prean and Beckett v. The United Kingdom (Applications nos. 31417/96 and 32377/96), j. 27/09/1999.

6.2 Fontes na Internet

Babst, Gordon. Ernst Röhm. www.glbtc.com/social-sciences/rohn_e.html (glbtc: An Encyclopedia of Gay, Lesbian, Bisexual, Transgender and Queer Culture), 2004.

Michael D. Palm Center. www.palmcenter.org

The Yogyakarta Principles. www.yogyakartaprinciples.org

European Court of Human Rights. www.echr.coe.int

**A**

inconstitucionalidade da

fixação de competência de prerrogativa de função pela lei de organização judiciária militar

Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues

Promotor de Justiça Militar

Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal

Professor da Escola Superior da Magistratura do Pará e do Centro Universitário do Pará

1. INTRODUÇÃO

Tema interessante é a discussão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da fixação de competência por prerrogativa de função por meio de lei infraconstitucional, em especial, leis de organização judiciária.

No desenvolvimento do assunto, será feita uma interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico pátrio. Em um primeiro momento, se fará discussão sobre a conceituação e as consequências da competência por prerrogativa de função; por segundo, verificar-se-á a previsão constitucional; por terceiro, a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade das Constituições Estaduais fixarem competências por prerrogativa de função; e, finalmente, abordar-se-á a possibilidade de sua fixação por lei de organização judiciária.

2. CONCEITUAÇÃO

Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais (OLIVEIRA, 2008, p. 182).

Trata-se de **competência por prerrogativa de função**, sendo delimitada pela Constituição Federal, ao fixar o juízo natural da autoridade que exerce

determinado cargo público, ou seja, a fixação do tribunal competente para processá-la e julgá-la. É lógico que não são todas as autoridades que têm esse direito, recaindo somente naquelas que exercem os mais altos cargos públicos na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, a quem o legislador optou dar foro privativo criminal.

Na competência por prerrogativa de função, apenas se discute qual o tribunal competente para julgar o feito, não se discutindo se se trata de jurisdição especial (justiça militar ou justiça eleitoral) ou ordinária (justiça federal ou justiça estadual), salvo se a própria norma traz exceção.

Não é foro privilegiado, não se dirigindo a proteger pessoas ou castas, mas foro especial em homenagem ao cargo ou função ocupada pelo acusado e relevante na estrutura estatal (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), no aspecto político e jurídico, sendo, por isso, também denominada competência funcional vertical, na espécie originária *ratione personae*.

É verdade que a Lei Maior, no art. 5º, *caput*, estabelece que “todos são iguais perante a lei”. Sendo, como efetivamente é, esse direito concedido a tais pessoas não conflitaria com referida igualdade? Obviamente não. Não se trata (conforme dissemos) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o seu processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores (TOURINHO FILHO, 2009, p. 140).

Não se concebe, nesse sentido, por exemplo, que um Ministro do STF seja julgado por um juiz de direito, necessitando sua conduta, enquanto no exercício do cargo, ser processada e julgada criminalmente pelo próprio STF, conforme previsão do art. 102, I, “b”, da CF. A relevância dos cargos, tanto no seu aspecto político como jurídico, é justamente o fator determinante para a existência do foro privativo, evitando, assim, possível ingerência política ou hierárquica que poderia advir da relação existente da estrutura estatal.

Se os Juizes de Direito julgassem os Desembargadores, em tese isso afetaria seu livre convencimento, sua imparcialidade, já que os Desembargadores, de forma coletiva, decidem sobre as remoções e promoções, bem como sobre a

aplicação de sanções, segundo a Lei de Organização do Tribunal, sem falar que a eles cabem o re-examinar as decisões dos Juízes de Direito.

Ao foro privativo tem direito quem ocupa o cargo público a que se refere a norma constitucional, independentemente da matéria a ser julgada – salvo se a própria norma excepciona, como já falado –, do lugar e do tempo do crime, tanto que, quanto ao tempo, se o acusado deixar a função, seja por exoneração, demissão, seja por aposentadoria, os autos do processo serão remetidos ao juízo que seria competente para julgar as condutas delituosas das pessoas que não possuem o foro privativo. Da mesma forma, ao assumir o cargo, se o delito se consumou antes dessa data, os autos serão remetidos para o foro privativo.

Em ambos, os atos praticados pelo juízo ou tribunal são válidos e eficazes, dando-se apenas continuidade ao processo, como se neles tivessem iniciado. Para exemplificar, se um cidadão comete um delito de homicídio, será julgado pelo Tribunal de Júri, mas se, no curso do processo, se eleger Senador, os autos serão imediatamente encaminhados para o STF, a quem compete julgar esse parlamentar (art. 102, I, “b”, CF). Porém, se perder o cargo, os autos retornarão ao Tribunal de Júri.

Pelo que se verifica, o foro privativo não se dirige à pessoa, já que a Constituição Federal proíbe tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII), mas ao cargo por ela ocupado. Enquanto o ocupar, devido a nomeação para exercício efetivo do cargo, tem direito ao foro privativo – não tem direito quem apenas responde pelo cargo, de forma transitória, eis a inserção da exigência da efetividade no cargo.

Por outro lado, o fato de o acusado ser julgado por um Tribunal implica que não haverá duplo grau de jurisdição, sendo o julgamento em uma única instância. Todavia, há casos de admissão de recurso extraordinário (CF, art. 102, III), recurso especial (art. 105, III, CF), recurso ordinário constitucional (CF, arts. 102, II, “a”, e 105, II, “a”) e agravo de instrumento da decisão que denegar ou obstar recurso que devia subir ao STF ao STJ, na dicção da Lei 8.038/90.

O juízo natural relativo à prerrogativa de função está estabelecido na Constituição Federal, podendo, segundo a jurisprudência pátria, como se verá adiante, ser estabelecido nas Constituições Estaduais, levando-se em conta

o princípio federativo, desde que obedecida a simetria com os casos estabelecidos na Constituição Federal.

A prerrogativa do foro privativo, nos casos dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, não abrange somente as ações penais, mas, também, os inquéritos policiais. Isso porque, se, no curso da investigação, a autoridade policial concluir pela existência de indícios de infração penal por parte de magistrado, deve pará-la e encaminhar os autos ao tribunal competente para julgá-lo, a fim de que se prossiga na investigação, *ex vi* do art. 33, parágrafo único, da LC nº 35/79. Uma vez concluída, será remetida para manifestação ministerial.

Se o investigado for membro do Ministério Público, devem os autos ser remetidos para o Procurador-Geral, que designará membro do Ministério Público para apuração do fato, por força do art. 18, parágrafo único da LC nº 75/93 e art. 41, parágrafo único, da Lei nº 8.625/93.

Portanto, a autoridade policial interrompe suas investigações, se já a iniciou, conclui o relatório parcial e encaminha os autos ao juízo de 1º grau, requerendo o envio do Inquérito Policial a autoridade responsável pela investigação. Se não iniciou a investigação, deve oficiar ao Presidente do Tribunal competente para julgar o magistrado ou ao Procurador-Geral, quando o possível autor for membro do Ministério Público, conforme o caso, relatando o fato e anexando as provas existentes. Se assim não proceder, responderá pela omissão.

3. COMPETÊNCIA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

a) Competência do Supremo Tribunal Federal

Preceitua o art. 102, alíneas “b” e “c”, da CF, que cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, bem como, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, da CF, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Veja-se que essa norma é taxativa quanto às autoridades com direito ao foro privativo no STF, não podendo ser incluídas outras sem que haja emenda à Constituição Federal. Mas aqui há um detalhe: quem determina a estrutura dos cargos do Executivo é o Presidente da República, por meio de projeto de lei, que, uma vez transformado em lei, tem eficácia. Assim, o status ou a condição de Ministro de Estado pode ser dado não só aos Ministros de Estado, conforme previsto na Constituição Federal, mas a outros cargos elencados em lei ordinária, como o de presidente do Banco Central, Chefe da Casa Civil, Advogado-Geral da União, etc.

Por exemplo, a Lei nº 10.683/2003, oriunda da MP 103/2003, que dispõe da organização da Presidência da República e dos Ministérios, estabelece, em seu art. 25, parágrafo único, alterado pela Lei 11.036/2004: “São Ministros de Estado os titulares dos Ministérios, o Chefe da Casa Civil, o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional, o Chefe da Secretaria de Comunicação de Governo e Gestão Estratégica, o Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, o Chefe da Secretaria de Coordenação Política e Assuntos Institucionais da Presidência da República, o Advogado-Geral da União, o Ministro de Estado do Controle e da Transparência e o Presidente do Banco Central do Brasil”.

Inclusive, há de se explicar que o STF julgou improcedente, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 11.036/2004, pelo que o Presidente do Banco Central é Ministro de Estado e deve ser julgado perante aquela Suprema Corte (ADI nº 3.829 e ADI 3.290).

Nesse passo, é preciso diferenciar a lei que explicita os cargos de Ministros de Estado daquela que simplesmente equipara a condição de Ministro de Estado, como acontece com o art. 38, *caput* § 1º, da Lei 10.683/2003, assim estabelecido: “São criados os cargos de natureza especial de Secretaria Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico Social, de Secretário especial de Aquicultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Políticas para Mulheres da presidência da República. § 1º. Os cargos referidos no *caput* terão prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministros de Estado”. Por somente ter equivalência, sem serem Ministros de Estado, não gozam da prerrogativa de função perante o STF, respondendo, por suas condutas, perante juízo de 1ª instância, seja ele federal, seja estadual, comum ou especial. Nesse diapasão tem decidido o STF, citando-se a Pet 1.199 AgRg, Relator Sepúlveda Pertence, pleno, DJU 25.6.1999.

O art. 102, alíneas “b” e “c”, da CF faz referência a dois tipos de infrações: infrações penais comuns e crimes de responsabilidade. Seriam os dois de natureza penal? A resposta é não.

Infrações penais comuns são todas as modalidades de infrações (crime militar, eleitoral, comum, contravenções, etc.). Assim, independentemente do local ou do tipo de crime que cometam essas autoridades serão julgados no STF. Veja-se que o critério utilizado para a fixação da competência é em razão da pessoa, agente do delito, desprezando-se a matéria. Não se trata da classificação do delito em crime especial ou crime comum, mas apenas de diferenciá-los dos crimes de responsabilidade, pelo que basta cometer um ilícito penal para ser julgado no foro privativo previsto na Constituição Federal.

Por sua vez, **crimes de responsabilidade** não são infrações penais, apesar de a Constituição Federal dar-lhes o nome de crimes. Quando se refere a crimes de responsabilidade, não está, na verdade, referindo-se a infrações penais, mas infrações político-administrativas, tanto que as sanções cominadas são a perda do cargo, com inabilitação por até 8 anos para o exercício de qualquer função pública, cassação do mandato e inabilitação funcional temporária – incapacidade para o exercício de qualquer cargo, emprego ou função pública, por prazo determinado (art. 52, parágrafo único, CF c/c art. 2º da Lei 1.079/50).

Atualmente, não há mais necessidade de prévia autorização para processar e julgar os membros do Congresso Nacional, como estava inserida na Carta Magna à época de sua promulgação, em 5/10/1988. Em decorrência da EC nº 35, de 20/12/2001, uma vez impetrada ação penal, por crime ocorrido após a diplomação, o STF dará ciência à Casa Respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e por voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação, que implicará na suspensão do processo e da prescrição, enquanto durar o mandato (art. 53, §§ 3º e 5º, da CF).

Crime, segundo o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (DL 3.914/41), é “a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. Contravenção é a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. Porém, esse é um conceito limitado à época da edição do Código Penal. Atualmen-

te, o inciso XLVI, do art. 5º, da CF estabelece como admissíveis penas de liberdade – em que se inclui a reclusão, a detenção e a prisão simples –, as penas restritivas de liberdade, as patrimoniais (perda de bens e multas) e as restritivas de direitos (prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos). De qualquer forma, não é o caso dos crimes de responsabilidade, já que, apesar de conter sanções, não se tratam de penas.

Em razão de sua sanção de natureza civil, não há, nos crimes de responsabilidade, que se falar em prisão, liberdade provisória, suspensão condicional da pena, penas alternativas, juizados especiais criminais, primariedade, inserção no rol dos culpados e outros efeitos da sentença condenatória, previstos nas leis penais e processuais.

Também as decisões da jurisdição política não têm efeito sobre a jurisdição penal, por não terem caráter de definitividade – inclusive, podem ser revistas por órgãos do Poder Judiciário, se por ele não foi julgado.

Por tais razões, esses crimes não têm sua normatização no Código Penal, e seu processamento não é regulado pelo Código de Processo Penal, mas pela CF ou por leis ordinárias, dentre elas a Lei nº. 1.079/50, relativa aos crimes de responsabilidade cometidos por Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Governador do Estado e outras autoridades.

Há de se observar que, se forem conexos com os crimes de responsabilidade do Presidente da República, as autoridades descritas na alínea “c” do art. 102 da CF responderão perante o Senado Federal (art. 52, I, CF), e não no STF.

Segundo o art. 52 da CF, compete privativamente ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles, bem como os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade.

Idêntica norma pode ser promulgada nas constituições estaduais e leis orgânicas municipais para julgamento de autoridades desses entes federados, desde que tais previsões estejam em simetria com a Constituição Federal, de forma

que o julgamento caiba ao Poder Legislativo local. Assim, por exemplo, pode o prefeito ser julgados pela Câmara Municipal, bem como o Governador do Estado e do Distrito Federal, pela Assembleia Legislativa respectiva, nos crimes de responsabilidade.

Os crimes de Responsabilidade do Presidente da República estão descritos no art. 85 da CF e na Lei n. 1.079/50, que os define, também, para as demais autoridades descritas no art. 52, 102 e 105 da CF, devendo ser julgadas em seu juízo natural. Assim, os Ministros de Estado e os comandantes militares somente responderão perante o Senado Federal se houver conexão de seus crimes com os praticado pelo Presidente da República. Caso contrário, responderão perante o STF (art. 102, “c”, CF).

Independentemente de conexão, nesses crimes, os Membros dos Tribunais Superiores, os dos Tribunais de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente que cometerem crimes de responsabilidade serão julgados perante o STF (art. 102, “c”, CF), e os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do DF, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros do Conselho de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União, que oficiem perante tribunais da União, serão julgados perante o STJ (art. 105, “a”, CF).

Também, pelo art. 108, I, “a”, o julgamento dos crimes de responsabilidade dos juízes federais, do trabalho e da justiça militar, bem como dos membros do Ministério Público da União são realizados pelo Tribunal Regional Federal.

Nota-se, pelo art. 102, “b”, do art. 105, “a” e 108, I, “a”, da CF, que o julgamento dos crimes de responsabilidade não é uma exclusividade do Poder Legislativo, existindo situações em que são julgados por órgãos do Poder Judiciário (STF, STJ e TFR).

Inegavelmente, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, quando julgados por órgãos do Poder Legislativo, constituem jurisdição extraordinária (política). Disso, indagáremos: a decisão proferida pelo Senado Federal tem caráter de definitividade, não podendo ser revista pelo Poder Judiciário?

Para ser mais completo: existe jurisdição não exercida pelo Poder Judiciário? A resposta se faz negativa. Excepcionalmente, a CF permite que o Poder Legislativo Federal, por meio do Senado Federal, julgue o Presidente da República e outras autoridades nos crimes de responsabilidade; porém, isso não quer dizer que se constitua em exercício de jurisdição, na inteireza desse conceito, pois o Poder Judiciário pode reapreciar tais decisões, sob o prisma da legalidade. Falta, portanto, aos aludidos julgamentos políticos, um dos requisitos mais marcantes da verdadeira jurisdição: a definitividade. Não é sentença e, conseqüentemente, não transita em julgado.

Somente se diz definitiva quando a sentença é proferida por um órgão do Poder Judiciário, quando não couber recursos, seja porque foram esgotadas as vias recursais, seja porque não foi interposto o recurso no prazo legal, o que lhe dá o caráter de imutabilidade, não podendo ser revista, ainda que seja por outro órgão do Poder Judiciário, salvo, em ação de revisão criminal ou em ação rescisória.

Coisa Julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem as partes, o que já ficou definitivamente julgado. No Estado de Direito, só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os atos administrativos e legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário. (GRINOVER, 2000, p. 136)

b) Competência do Superior Tribunal de Justiça

Segundo o art. 105, I, da CF, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, **nos crimes comuns**, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, **nestes e nos de responsabilidade**, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais – sejam eles superiores, regionais, sejam da Justiça do DF).

Quanto a esse artigo, ligeiras explicações devem ser feitas. A Lei nº. 1.079/50 também regula os crimes de responsabilidade cometidos pelos Governadores do Estado e do Distrito Federal e seus secretários, cujos processo e julgamento devem ser estabelecidos nas Constituições dos Estados e do Distrito Federal, para serem realizados pelas Assembleias Legislativas respectivas, em simetria ao que é preconizado para o Presidente da República, que é julgado pelo Senado Federal.

Quanto aos crimes comuns, os governadores são julgados no Superior Tribunal de Justiça, no rito contido na Lei 8.038/90.

No que se refere aos crimes de responsabilidade dos magistrados, à época da edição da Lei 1079/50, somente cometiam crimes de responsabilidade os ministros do STF, estando os tipos previstos no seu art. 39.

Posteriormente, a Lei nº 1.079/50, com a redação dada pela Lei 10.028/2000, incluiu o parágrafo único no art. 39-A, em que ficou estabelecido que os crimes de responsabilidade são cometidos também pelos presidentes, e seus substitutos, dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Contas, dos Tribunais Regionais Federais, do Trabalho e Eleitorais, dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e pelos Juízes Diretores de Foro ou função equivalente no primeiro grau de jurisdição, quanto às condutas previstas no art. 10 da referida lei. Veja que a lei não se dirige a todos os magistrados, mas aos que têm função administrativa.

O mesmo acontece com o Ministério Público, cujos crimes de responsabilidade, segundo o art. 40-A, com a redação dada pela Lei nº 10.028/2000, somente podem ser cometidos pelo Procurador-Geral da República, pelos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, pelos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do DF, e pelos membros do Ministério Público da União e dos Estados e DF, bem como por seus substitutos, quando no exercício de funções de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições.

O rito do recebimento da denúncia, processamento e julgamento no STJ, quanto aos crimes comuns, está previsto na Lei nº 8.038/90.

Conforme se verifica, as pessoas julgadas no STJ levam a uma simetria com o cargo ocupado nas estruturas dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na União e nos Estados, segundo sua relevância.

A exceção total à regra de simetria, por exclusivo critério de conveniência política, encontra-se na reserva da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça também para o julgamento dos Conselheiros ou membros dos Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver, conforme disposto no art. 105, I, a, da Constituição Federal (OLIVEIRA, 2008, p. 188), eis que se tratam de autoridades estaduais, que deveriam ser julgadas perante o Tribunal de Justiça do Estado, como ocorre com as demais autoridades dos Estados, à exceção dos desembargadores, governadores e membros do Tribunal de Contas dos Estados e do DF, que são julgados no Superior Tribunal de Justiça, justamente para que se busque imparcialidade, pois os integrantes dos Tribunais de Justiça são companheiros do acusado ou, quanto ao quinto constitucional, são nomeados pelo governador, o que resulta na presunção de impedimentos para processo e julgamento, diante da possibilidade de suas não isenções quanto ao livre convencimento, ainda que motivado.

Diferente é a situação dos membros do Tribunal de Contas, que julgam as contas dos poderes do Estado e do Ministério Público, sendo essa a razão pela qual são julgados no Superior Tribunal de Justiça. Os membros ou conselheiros dos Tribunais de Contas dos Municípios julgam as contas dos gestores municipais – Poder Executivo (administração direta e indireta) e Legislativo –, situação que não implica em nenhuma possibilidade de interferência no poder de julgar a pretensão punitiva, pelo que poderiam ser julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado; todavia o constituinte federal optou pelo julgamento no Superior Tribunal de Justiça, logicamente, para afastar qualquer influência política sobre o julgamento do fato posto sob sua jurisdição.

c) Competência do Tribunal Regional Federal

Por sua vez, prevê o art. 108, I, a, da CF que compete aos Tribunais Regionais Federais processar e julgar, originariamente, os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, **ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.**

Dessa forma, caso os juízes federais, juízes do trabalho e da justiça militar da União, que atuam em 1ª instância, cometam crime ou contravenção, serão processados e julgados no Tribunal Regional Federal da área de suas jurisdições, exceto em caso de crime eleitoral, no qual serão processados e julgados na Justiça Eleitoral.

Silenciou a norma constitucional sobre qual o órgão da Justiça Eleitoral que irá julgar o fato, sendo corrente na jurisprudência pátria que, em face do foro privativo, deve ser sempre um tribunal a julgá-lo, qual seja, o Tribunal Regional Eleitoral. Aplica-se, aqui, o princípio da simetria, que implica sempre em julgamento perante um tribunal.

Mas não é só isso. Qual o foro? Da sede do Tribunal Regional Federal; da capital do Estado onde exerce a jurisdição o magistrado ou oficia o membro do Ministério Público da União; ou do local do crime, na forma do art. 70 do CPP?

Carlos Frederico Coelho Nogueira afirma que é da região em que a autoridade exerce suas funções (2006, p. 1024), no que concordamos, diante de interpretação sistemática do tema ora apresentado – ou seja, se tais autoridades são julgadas pelos crimes comuns, exceto os eleitorais, perante o Tribunal Regional Federal do foro em que atuam, por certos, que nos crimes eleitorais, serão julgados no Tribunal Regional Eleitoral da região onde atuam, ou seja, na capital do Estado.

d) Competência do Tribunal de Justiça

Segundo o art. 96, III, da CF, compete, privativamente, aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, **ressalvada a competência da Justiça Eleitoral**.

Seja onde forem cometidos os crimes (em qualquer Estado ou no exterior), independentemente da sua natureza, os juízes de 1ª instância dos Estados e do Distrito Federal serão sempre julgados pelo Tribunal de Justiça de seu Estado e do Distrito Federal, respectivamente.

De forma idêntica ocorre com os membros do Ministério Público dos Estados, sejam Procuradores de Justiça, sejam Promotores de Justiça. Chamo atenção, neste ponto, que os membros do Ministério Público do Distrito Federal, diferentemente dos membros dos Estados, não são julgados pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Isso porque são integrantes do Ministério Público da União, *ex vi* do art.128 da CF. Esclarecendo: o Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal tem por foro privativo o Superior

Tribunal de Justiça, *ex vi* do art. 105, I, “a”, da CF, e o Promotor de Justiça do mesmo órgão, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *ex vi* do art. 108, I, “a”, da CF.

Há de se destacar que há uma ressalva na parte final do inciso III citado, de que o foro privativo exclui o julgamento dos crimes eleitorais. Nesse caso, continuam com direito a foro privativo, que será do TRE do Estado em que oficiam, como já explicado em relação aos membros da magistratura e do Ministério Público da União. Aplicou-se, nesse passo, o princípio da simetria.

Por sua vez, a CF, no inciso X do art. 29 da CF, estabelece que o julgamento **do** Prefeito será feito perante o Tribunal de Justiça. Pergunta-se: esse foro privativo é igual ao das demais autoridades, ou seja, independentemente da matéria ou do lugar o julgamento será feito perante o Tribunal de Justiça do Estado ao qual pertence o município onde o acusado é prefeito? A resposta é não.

Diferentemente do art. 96, III, da CF, o art. 29, IX, da CF não contém a expressão “**crime comum**”, pelo que o julgamento do prefeito perante o Tribunal de Justiça limita-se aos crimes de competência da Justiça Estadual, ou seja, não invadirá a competência da Justiça Federal, da Eleitoral e da Militar Federal, conforme entendimentos pretorianos¹. Nesses casos, aplicando-se o princípio da simetria, o prefeito será julgado perante o Tribunal Regional Federal, quando for acusado de crime de competência da Justiça Federal; pelo Tribunal Regional Eleitoral, quando o crime for eleitoral; e pelo Superior Tribunal Militar, quando o crime for militar. Nesse sentido é a Súmula 702 do STF, assim escrita: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau”.

As normas constitucionais são específicas em relação à natureza do crime a ser processado e julgado quanto ao foro privativo, como, por exemplo, os Tribunais Regionais Federais julgam os juízes federais, militares e do trabalho, bem como os membros do Ministério Público da União, que oficiam na 1ª instância, quando acusados da prática de **crimes comuns, exceto os crimes eleitorais**. Já quanto aos prefeitos, não há qualquer referência quanto

¹STF, HC 65.503, j. 4.8.92; HC 69.967, j. 9.10.91.

à espécie de crime (comum, eleitoral ou de responsabilidade), estando o texto da norma posto de forma genérica: compete ao Tribunal de Justiça julgá-los e só. Dessa forma, não aumentou a competência do Tribunal de Justiça, que continua julgando de forma residual, ou seja, tudo que não for da Justiça Federal, da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, será da Justiça Estadual. Assim, em caso de cometimento de crimes eleitorais, militares e federais, os tribunais respectivos julgarão o prefeito.

Quanto aos crimes de competência da Justiça Estadual, ainda que o crime seja cometido fora do Estado, o Prefeito será julgado no Tribunal de Justiça do Estado em que fica localizado o município que administra.

Por outro lado, quando a CF estabelece que o Tribunal de Justiça é competente para julgar o prefeito municipal, entende-se que pode ser um dos seus órgãos, ou seja, o pleno, as câmaras ou as turmas, segundo previsão em Lei de Organização Judiciária e Regimento Interno do Tribunal. Nesse sentido é a seguinte decisão: “Cabe, exclusivamente, ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça atribuir competência ao Pleno, ou ao Órgão Especial, ou a órgão fracionário, para processar e julgar Prefeitos Municipais (CF, art. 29, X, e art. 96, I, a).” (STF, HC 73.232, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgamento em 12-3-96, DJ de 3-5-96).

Cumprir anotar que os crimes de responsabilidade tipificados no art. 4º do Decreto-Lei n. 201/67 – dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores – são julgados pela Câmara Municipal, enquanto durar o mandato, se assim estiver previsto na Lei Orgânica Municipal. No entanto, se o prefeito municipal incorrer no art. 1º dessa Lei, que configura crime comum, relativo à função desenvolvida, será processado e julgado pelo Tribunal de Justiça do seu Estado.

Mas por que essa diferença? Quanto a isso, ao se observar tal lei, verifica-se que a sanção relativa ao art. 1º é de reclusão, que vai de 2 (dois) a 12 (doze) anos, nos casos do incisos I e II, e, nos demais casos, de 3 (três) meses a 3 (três) anos; já a sanção relativa ao art. 4º não é penal, prevendo o afastamento do cargo, podendo, inclusive, ser revista pelo Poder Judiciário para aferição de sua legalidade. Portanto, a natureza jurídica do primeiro é de crime comum, e do segundo, infração político-administrativa, chamada de crime de responsabilidade.

O prefeito municipal adquire foro privativo a partir de sua diplomação pela Justiça Eleitoral. Cometendo o crime depois de eleito e antes da cerimônia de diplomação, será processado e julgado por juízo de 1º grau. Porém, diplomado, os autos serão remetidos ao foro que lhe é privativo. Por sua vez, encerrado o mandato, serão os autos remetidos para o juízo de 1º grau, por não mais estar exercendo o cargo de prefeito municipal.

4. COMPETÊNCIA FIXADA NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

Não há, de forma clara, na Constituição Federal, norma que autorize as Constituições Estaduais a estabelecer outros casos de fixação de competência por prerrogativa de função. Isso leva a diversas discussões: pela impossibilidade ou pela possibilidade.

Nesse passo, concordo com Eugênio Pacelli de Oliveira, quando afirma que “a existência de toda a celeuma tem um pressuposto: o de que seria lícito às Constituições Estaduais instituírem foros privativos, o que, a nosso aviso, é inteiramente inadequado. Nosso sistema federativo, nossa repartição de competência jurisdicional e, enfim, nossa distribuição do Poder Público, apontam em sentido contrário, ou seja, no sentido de que, estabelecida na Constituição da República *toda* a distribuição da função jurisdicional, não se deveria aceitar o exercício de semelhante tarefa por parte do constituinte estadual” (OLIVEIRA, 2008, p. 192).

Mas a interpretação do Supremo Tribunal Federal é de que há autorização constitucional, conforme se verifica no voto do Ministro Maurício Corrêa, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.587-2 GO, transcrita parcialmente, da seguinte forma:

“É importante considerar, de plano, que a Constituição Federal sempre ressaltou que as Constituições Estaduais deveriam observar as balizas definidas pela primeira, e assim dispôs nos artigos 25 e 11 da ADCT. Por isso a importância tem sido dada por esta corte ao princípio da simetria.

Não foi diferente quando o constituinte originário cuidou dos Tribunais de Justiça dos Estados. Está claro e expresso no artigo 125 da Carta Federal que “os Estados organizarão sua Justiça, ***observados os princípios estabelecidos nesta Constituição***” (grifei). Essa observância compulsória, por óbvio, estende-se

à fixação da competência dos Tribunais de Justiça pelas respectivas Constituições Estaduais, a quem a Carta da República expressamente outorgou tal poder no parágrafo primeiro do mesmo artigo 125.

A questão que ora se coloca é simplesmente a de saber se o alargamento das hipóteses de foro privilegiado pelas Constituições dos Estados atinge ou não os princípios fixados pela Constituição Federal. Penso que sim, pelas razões que a seguir aduzo.

A Constituição Federal já atribui, de forma cogente, aos Tribunais de Justiça a competência constitucional e excepcional de processar os juízes e membros do Ministério Público dos Estados respectivos (CF, artigo 96, III, CF), os Prefeitos (CF, artigo 29) X) e os deputados estaduais (CF, art. 27, § 1º c/c artigo 53, § 1º). Permitiu, ainda, na forma do art. 125, que as Constituições Estaduais possam estabelecer outras prerrogativas de funções, desde que observados os princípios da Carta Federal, o que, nesse caso, interpreto como sendo limitação material ao poder constituinte material, que fica restrito às exceções admitidas pelo modelo federal.[...]

Penso que o art. 125 não outorgou às Constituições Estaduais uma verdadeira carta em branco para assegurar o privilégio a quem bem entendesse, conferindo aos Tribunais de Justiça competências que não encontram paralelo na Carta Política. A questão refoge a simples opção política, mas retrata um sistema rígido de jurisdição excepcional, que por diferir postulados basilares do Estado de Direito Democrático exige uma interpretação restritiva e expressa.[...]

A questão do foro especial tem natureza constitucional, e não fere, admito, matéria processual penal ordinária, estando por isso mesmo reduzida aos casos expressos na Carta Magna e nas Constituições Estaduais que conservem a simetria necessária com o modelo federal (STF, ADI nº 2254-1/GO, relator Min. Maurício Corrêa, julgada em 01/12/2004, DJ 06/11/2006). (grifei)

Assim sendo, as Constituições Estaduais podem estabelecer outros casos de prerrogativa de função, sob o fundamento que o § 1º, do art. 125, da CF estabelece que “a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça”, não distinguindo se a competência é originária ou recursal.

Por sua vez, o art. 25 da CF preceitua que “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, **observados os princípios desta Constituição**.”

Reafirmando tal preceito, o art. 11 da ADCT preceitua que “cada Assembleia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, **obedecidos os princípios desta**”.

Dessa forma, o constituinte estadual, ao organizar a Justiça do Estado, pode estabelecer casos de competência por prerrogativa de função, **desde que obedecidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal**. Isso quer dizer que a previsão de foros privativos, uma vez possível, deve guardar simetria com os estabelecidos na CF, sem prevalecer sobre esta, seja em razão da matéria, seja em razão da pessoa.

Assim, o constituinte estadual pode criar foro privativo para Vice-Governador, Deputado Estadual e Secretários Estaduais, para serem processados e julgados pelo Tribunal de Justiça, já que as funções correlatas na estrutura da União têm foro privativo, sendo o cargo simétrico o de Vice-Presidente, Deputado Federal e Ministro de Estado, que são julgados pelo STF, *ex vi* do art. 102, I, “a” e “b”, da CF.

Se não houver essa simetria, a norma prevista na Constituição Estadual é inconstitucional. Existem Constituições Estaduais, por exemplo, que estabeleceram foro privativo para delegados de polícia², tendo-se manifestado o STF, em ação direta, pela sua inconstitucionalidade, diante da ausência da simetria com a CF.

O fundamento jurídico, além dos já especificados, é o princípio federativo, que tem natureza constitucional (art. 1º, CF). Nesse passo, o critério de simetria, que não é critério de inclusão, mas de limitação do poder dado ao constituinte estadual de incluir como foro privativo qualquer autoridade. Quando se diz federativo, é porque o tratamento será igual entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, inclusive na fixação do foro privativo para suas autoridades.

²STF, ADI nº 2.587-2 GO, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento em 01/02/2004, pleno.

Quanto aos Deputados Estaduais, pelo fato de não haver previsão de foro privativo na CF, é necessária sua previsão em Constituição Estadual. Sobre isso, Pacelli posiciona-se da seguinte forma:

“Explica-se: a competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento de crimes comuns praticados pelos deputados estaduais decorre do disposto no art. 27, § 1º da Constituição Federal, que prevê igual tratamento aos referidos parlamentares no que respeita a inviolabilidade e imunidade, e do contido na norma geral do art. 25, que explicita o princípio constitucional federativo (OLIVEIRA, 2008, p.189).

No entanto, o posicionamento de Pacelli não é unânime, existindo divergências. Parte da doutrina entende não ter o § 1º, do art. 27, da CF incluído o foro privativo do Deputado Estadual dentre as garantias e prerrogativas que lhe são extensivas, devendo estar previsto, nesse caso, nas Constituições Estaduais, para seu processo e julgamento perante o Tribunal de Justiça do Estado. Segundo essa corrente, o que ocorre *in casu* é que há simetria do cargo de deputado estadual com o deputado federal, cujos processo e julgamento são feitos pelo STF, *ex vi* do art. 102, I, “b”, da CF.

Em verdade, a equiparação feita pelo § 1º do art. 27 da CF foi parcial, pois somente alcança o sistema eleitoral, a inviolabilidade, as imunidades, a remuneração, a perda de mandato, a licença, os impedimentos e a incorporação às Forças Armadas, não tendo sido incluída equiparação referente à prerrogativa de foro, a ser feita pelo Tribunal de Justiça. Se assim for, a norma deve ser escrita. Como não está, deve ser feito na Constituição Estadual ou Distrital, sob pena de, não existindo, o Deputado Estadual ser julgado perante o juízo de 1º grau.

Nesse passo, a prerrogativa de foro estabelecida nas Constituições Estaduais, por permissão do § 1º, do art. 25 da CF, incluindo os Deputados Estaduais, somente é válida perante autoridades judiciárias locais. Não atinge os crimes eleitorais, federais ou militares federais, que serão julgados pelos respectivos tribunais. Para melhor exemplificar, imaginemos que um Deputado Estadual cometa um crime eleitoral; seu julgamento será no Tribunal Regional Eleitoral. Se cometer crime de competência da Justiça Federal, será julgado no Tribunal Regional Federal. Se militar, no Superior Tribunal Militar. Da mesma forma, se cometer um delito em outro Estado da Federação, por crime de

competência da Justiça estadual, será julgado no TJE de seu Estado. Esse é o posicionamento do STF, conforme se verifica na seguinte ementa:

EMENTA: - Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Jurisdição. Competência. Paciente (deputado estadual) denunciado por crime previsto no art. 19 da lei nº 7.492, de 16.06.1986: obtenção de financiamento em instituição financeira mediante fraude. Crime contra o sistema financeiro nacional. Competência da Justiça Federal. Classificação do delito. “habeas corpus”. 1. Compete à Justiça Federal o processo e julgamento de ação penal por crime contra o Sistema Financeiro Nacional, nos casos determinados em lei (art. 109, VI, da C.F. de 1988), como é o caso da obtenção de financiamento em instituição financeira, mediante fraude (artigos 19 e 26 da Lei n 7.492, de 16.06.1986. Precedente: R.T.J. 129/192, de 03.03.1989. 2. Quanto a ser imputável, em tese, ao paciente, no caso, o crime de duplicata simulada (art. 172 do Código Penal) - e não o de obtenção de financiamento em instituição financeira, mediante fraude -, como se sustenta na inicial, é questão que não pode ser dirimida por esta Corte, mediante supressão da instância própria do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao menos em face dos termos claros da denúncia, que descrevem e atribuem ao denunciado a prática do delito previsto no art. 19 da Lei n 7.492, de 16.06.1986, e não simplesmente o uso de duplicatas simuladas. Eventual desclassificação e suas consequências não de ser consideradas inicialmente na instância regional, em face das provas que lá foram colhidas. 3. E, em se tratando de Deputado Estadual, que está sendo acusado de prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, da competência da Justiça Federal, sua prerrogativa de foro submete-o ao Tribunal Regional Federal - e não ao Tribunal de Justiça do Estado, como vem decidindo esta Corte, em inúmeros precedentes (inclusive de Prefeitos Municipais). 4. “Habeas Corpus” indeferido.³

Mas as Constituições Estaduais podem também estabelecer outros casos de foros privativos, de acordo com o § 1º, do art. 25, da CF, como, por exemplo, para o Secretário de Estado, cujo cargo é simétrico, na estrutura da União, ao

³ STF, HC nº 80.612/P, rel. Min. Sidney Sanches, julgamento em 13/02/2001, Primeira turma.

cargo de Ministro de Estado. Assim, em cometendo crime de competência do Tribunal de Justiça, por este será julgado. A questão discutida na doutrina é se, por ser norma estadual, quem processará e julgará essa autoridade quando cometer crime de competência da Justiça Federal, da Justiça Eleitoral e da Justiça comum de outro Estado: a 1ª instância ou um tribunal? Nos crimes de competência das justiças estaduais, a justiça do Estado da autoridade ou a do Estado onde ocorreu o delito?

Resolvendo a questão, quanto ao crime de competência da Justiça Federal, o STJ entendeu que deve ser o Tribunal Regional Federal, conforme se verifica na seguinte ementa:

“HABEAS CORPUS. **SECRETÁRIO DE ESTADO**. COMPE-
TÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. CRIME DA
ALÇADA DA JUSTIÇA FEDERAL. JULGAMENTO PELO
TRIBUNAL FEDERAL COM JURISDIÇÃO SOBRE A UNI-
DADE DA FEDERAÇÃO ONDE O CARGO COM PRERRO-
GATIVA DE FORO É EXERCIDO. ORDEM CONCEDIDA.

1 - Tendo em vista que o foro por prerrogativa de função visa a proteger o cargo e não seu ocupante eventual, aquele sim a ser amparado pela garantia legal, e tratando-se de delitos da alçada da Justiça Federal, a competência é do Tribunal Federal com jurisdição sobre a unidade da Federação onde o cargo com prerrogativa de foro é exercido.

2 - O **Secretário** de Estado em Pernambuco, que praticou crime no Distrito Federal em detrimento de bens ou interesse da União, deve ser processado e julgado pelo Tribunal Federal da 5ª Região.

3 - Habeas corpus concedido.”⁴

O STF também tem o mesmo entendimento, não só porque o processo e o julgamento no foro privativo se dão, necessariamente, no 2º grau de jurisdição, utilizando critério de simetria, mas, também, pelo fato de que há omissão legislativa, e se tratar de garantia, e não de privilégio. Nesse caso, será competência dos Tribunais Regionais Federais, quanto ao cometimento de crimes de competência da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Eleitorais, quanto aos crimes eleitorais, e do Superior Tribunal Militar, para os crimes

⁴ STJ, HC nº 86218, Relator Ministro Paulo Galotti, DJ 19/11/2007, P. 298, decisão em 9/10/2007.

militares, para o processo e julgamento dos Secretários de Estado e de outras pessoas que têm o foro privativo fixado, exclusivamente, nas Constituições estaduais. Tal posicionamento se assemelha à competência para julgamento dos deputados e prefeitos, esclarecido na Súmula nº. 702 do STF: “A competência do Tribunal de Justiça para julgar Prefeitos restringe-se aos crimes de competência da Justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau.”

Se a pessoa que tiver o Tribunal de Justiça como foro privativo concedido exclusivamente pela Constituição local vier a cometer um crime fora do Estado onde exerce suas atividades, qual o órgão competente para processamento e julgamento? Obviamente a competência será do Tribunal de Justiça onde ela exerce suas atividades (STF, RTJ, 91/62).

Sendo assim, se Deputado Estadual baiano, por exemplo, vier a cometer um crime comum no Estado de São Paulo, o processo deve tramitar pelo Tribunal de Justiça da Bahia. Considerando que a competência por prerrogativa de função situa-se necessariamente no 2º de jurisdição a impossibilidade de se atribuir o processo ao Tribunal de Justiça de São Paulo, que processa e julga apenas as pessoas que exercem suas funções no Estado, a competência desloca-se para o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, onde ele exerce a atividade que lhe confere o foro privativo (TOURINHO FILHO, 2009, P. 159/160).

Não bastassem tais argumentos, há mais: da mesma forma que os Tribunais Regionais Federais processam e julgam as pessoas enumeradas no art. 108, I, “a”, da CF, “da área de sua jurisdição”, o mesmo deve ocorrer com os Tribunais de Justiça: processam e julgam as pessoas sujeitas a sua jurisdição onde quer que cometam a sua infração (TOURINHO FILHO, 2009, p.160).

Sobre o assunto, de forma minoritária, contrapõem-se alguns doutrinadores, entendendo que fora do Estado onde a autoridade exerce suas funções, o juízo competente é do 1º grau, e não de um tribunal, sob o fundamento da hierarquia de leis – ou seja, prevalece a Constituição Federal sobre as Constituições Estaduais, em que foi previsto o foro privativo, na forma do art. 25, § 1º da CF. Carlos Frederico Coelho Nogueira expõe fundamentos nesse sentido:

“Somos de parecer, portanto, que os Secretários de Estado e do Distrito Federal devem ser julgados originariamente pelos TJs dos Estados em que exercem suas funções – pouco importando

o lugar do crime – somente nos crimes comuns de competência da Justiça Local, assim mesmo excetuados os dolosos contra a vida, pois o julgamento destes compete ao tribunal de júri (CF, art. 5º, XXXVIII, d). Nos crimes federais, devem ser julgados nos crimes federais; nos militares, pela Justiça Militar de 1ª Instância; e, nos eleitorais, pelos juízes eleitorais”.(COELHO, 2002, p. 1042/1043).

Em que pese tais posicionamentos, o STF já pacificou a matéria, no mesmo sentido do STJ, entendendo que o Secretário de Estado, ao cometer crime eleitoral, deve ser julgado no Tribunal Regional Eleitoral, conforme se verifica na seguinte ementa:

“Habeas Corpus”. Competência para o processo e julgamento de Secretário do Estado acusado da prática de crime eleitoral. Constituição de 1988 - compete originariamente aos tribunais regionais eleitorais processar e julgar, por crimes eleitorais, as autoridades estaduais que, em crimes comuns, tenham no tribunal de justiça o foro por prerrogativa de função. Recurso ordinário a que se nega provimento”⁵.

Prevaleceu, portanto, a hierarquia das leis, pois as normas de competência relativas às Justiças Federal, Eleitoral e Militar estão previstas na CF. Sob o mesmo fundamento, o STF também entendeu, que em caso de crime doloso contra a vida, prevalece o Tribunal de Júri sobre o foro privativo estabelecido nas Constituições Estaduais, sendo o agente processado e julgado no local em que ele cometeu o crime, seja no seu Estado, seja em outro da Federação. Nesse sentido é a Súmula 721 do STF, escrita da seguinte forma: “A competência constitucional do júri prevalece sobre o foro por prerrogativa de função estabelecido exclusivamente pela constituição estadual”.

E não poderia ser diferente, pois as normas previstas na Constituição Federal, *in casu* o inciso XXXVIII do art. 5º da CF, prevalecem sobre as previstas nas Constituições Estaduais, ou seja, a autoridade com foro privativo previsto em Constituição Estadual, ao cometer crime doloso contra vida, será julgada pelo Tribunal de Júri do foro no qual ocorreu o delito (art. 70, CPP) e não pelo Tribunal de Justiça de seu Estado.

⁵ STF, RHC 69773-PR, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 26-11-1992, DJ 12-02-1993.

A Súmula 721 do STF veio para resolver uma velha discussão sobre o assunto. No entanto, ficou uma interrogação: o foro privativo dos deputados estaduais, previsto nas Constituições Estaduais, prevalece sobre o procedimento do tribunal de júri, previsto na Constituição Federal, em ocorrendo crime doloso contra a vida? Veja-se que a questão envolve polêmica:

1ª) uma corrente de doutrinadores se posiciona no sentido de que os deputados estaduais têm prerrogativa de função em face da norma contida no art. 27, § 1º, da CF, ou seja, não sendo necessária inserção de norma em Constituição Estadual estabelecendo competência do Tribunal de Justiça para julgá-los, conforme citado acima, na transcrição de Eugênio Pacelli de Oliveira.

2ª) De forma contrária, outra corrente afirma que há necessidade de sua inclusão em carta estadual e, sendo assim, prevalece o tribunal de júri, cuja competência é delimitada pela Constituição Federal, ou seja, a norma constitucional federal prevalece sobre a norma constitucional estadual.

Há até antiga decisão, ainda sob a égide da Constituição anterior à de 1988, nesse sentido, do STF, cuja ementa está exposta da seguinte forma:

Habeas corpus. Competência. Crime doloso contra a vida de que é acusado deputado estadual. Pode a constituição do estado-membro, com base no poder implícito que reconhece a este de atribuir a seus agentes políticos as mesmas prerrogativas de função de natureza processual penal que a constituição federal outorga aos seus que lhes são correspondentes, estabelecer que o foro por prerrogativa de função de deputado estadual e o tribunal de justiça do estado, para todos os crimes da competência da justiça desse estado-membro, inclusive os dolosos contra a vida. Existência, no caso, de norma constitucional estadual nesse sentido. Habeas corpus deferido em parte.⁶

Por sua vez, em recente decisão, o STJ manifestou-se pela competência do Tribunal de Justiça do Estado para julgar deputado estadual por crime doloso contra vida.⁷

⁶ STF, HC nº 58.410/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 18/03/1981, Pleno.

⁷ STJ, REsp. 738338/PR, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgamento em 21.11.2005.

Em resumo: embora haja necessidade de fixação do foro privativo na Constituição do Estado para o deputado estadual, essa possibilidade se faz não somente em relação ao § 1º, do art. 25, da CF, mas, também, em relação à norma contida no § 1º, do art. 27, da CF. Dessa forma, ao cometer crime doloso contra vida, responde perante o Tribunal de Justiça, se crime comum estadual. Será pelo Tribunal Regional Federal, se crime de competência da Justiça Federal. Se militar, perante o Superior Tribunal Militar. Quanto às demais autoridades, aplica-se a Súmula 721 do STF, prevalecendo o Tribunal de Júri, existente tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal. Quanto ao lugar, será aplicado o art. 70 do CPP, ou seja, o foro do delito.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE FORO PRIVATIVO POR LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Conforme se verificou acima, não existe norma expressa na Constituição Federal autorizando lei infraconstitucional a fixar outros foros privativos além dos que nela estão previstos.

A Constituição Federal, em seu art. 25, estabelece que “os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

Sob o mesmo enfoque, o art. 125 e § 1º da Constituição Federal prevê que os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição, bem como que a competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

Na dicção do Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque desses artigos, a Constituição Federal, ao prever a possibilidade das Constituições Estaduais e do Distrito Federal fixarem a competência dos Tribunais, permitiu que estas fixassem outros casos de competência por prerrogativa de função, quanto às pessoas que ocupam cargos na Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal, desde que obedecidos os princípios nela previstos.

Por essa ressalva, o Supremo Tribunal Federal entende que a fixação de competência por prerrogativa de função nas cartas estaduais e distrital deve guardar simetria com os cargos previstos na Constituição Federal.

Dois pontos devem ser observado sobre o assunto discorrido: a constitucionalidade material e a constitucionalidade formal.

A inconstitucionalidade material é aquela na qual o antagonismo surge entre seu conteúdo e o da Constituição (BASTOS, 1996, p. 365), que no presente caso é a simetria com os cargos da Constituição Federal.

A inconstitucionalidade formal diz respeito tão somente a um desvio de elaboração do ato, (BASTOS, 1996, p. 365), ou seja, a autorização para que as Constituições estaduais e distritais fixem outros foros privativos.

Em resumo: exige-se a constitucionalidade material, quanto à simetria dos cargos, e a constitucionalidade formal, quanto à lei que deve prever a competência por prerrogativa de função, qual seja, as cartas estaduais e distrital.

O controle formal é estritamente jurídico. Confere ao órgão incumbido a competência para examinar a conformidade das leis com a Constituição, do ponto de vista de observância das formas estatuidas, se a regra não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes. Tal controle é técnico. Não examina o conteúdo ou a substância da lei em exame. O controle formal revela um poder de hermenêutica, não de legislação, e parece ser muito pouco, pois a Constituição visa a um regime de liberdade para o homem, fim e fundamento da constitucionalidade (POLETTI apud BASTOS, 1996, p. 365).

Dentro dessa ordem, a previsão constitucional de que o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores e os Tribunais de Justiça podem propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, a alteração da organização e divisão judiciárias (art. 96, II, “d”), de o Tribunal Regional Federal (§ 1º do art. 107), o Superior Tribunal Eleitoral (art. 121) e o Superior Tribunal Militar organizarem-se por leis infraconstitucionais não significa que, por meio dessa forma, possam criar outros foros privativos.

A previsão desses foros somente é possível na Constituição Federal, e por autorização desta, obedecidos os princípios nela previstos, nas constituições estaduais e na distrital.

Sobre esse enfoque, o Superior Tribunal de Justiça considerou inconstitucional a competência de prerrogativa de função do comandante da Polícia Militar

do Pará, que fora fixada por meio de de resolução do Tribunal de Justiça do Estado⁸.

Nesse sentido, padece de inconstitucionalidade formal o art. 6º, I, “a”, da Lei nº 8.457/92, com a redação dada pela Lei nº 8.719/93, que prevê foro privativo no Superior Tribunal Militar para julgamentos dos Oficiais-Generais das Forças Armadas pelos crimes militares que cometeram. Tal Lei é a que organiza a Justiça Militar da União.

Se admitirmos a constitucionalidade dessa lei, temos de admitir que as demais leis de organização judiciária também podem prever outros casos de prerrogativa de função. E mais, por se tratar de órgão da Justiça da União, admitir-se-ia que a Constituição Federal não encerra todos os casos de fixação de prerrogativa de função.

Não haveria sequer a obrigatoriedade da obediência ao princípio da simetria, eis que é decorrente da adoção do Estado Federal, o que não é o caso, pois o Superior Tribunal Militar é órgão do Poder Judiciário da União. E se assim fosse aplicado, o que não é o caso, não haveria simetria.

Também se entendermos constitucional tal previsão, temos de aceitar que os Oficiais-Generais, quando cometerem outros crimes que não sejam militares, sejam julgados em Tribunal de Superior, já que o julgamento dos crimes militares é de competência do Superior Tribunal Militar. Qual seria, então? Se eleitoral, o TSE, que não tem previsão constitucional de foro privativo? E os demais crimes, qual seria, o STJ, o STF? A resposta é simples: isso não é possível, por violar a Constituição Federal em seu aspecto formal.

Registre-se que a Constituição Federal somente prevê foro privativo no STF para os Oficiais-Generais das Forças Armadas que exerçam as funções de Ministros do STM e os comandantes do Exército, Marinha e Aeronáutica (art. 102, I, “c”), não havendo previsão quanto aos demais Oficiais-Generais.

⁸STJ, Resp. 243.804-PA, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 3/10/2002, DJ 4/11/200, p.225.

6. CONCLUSÃO

A conclusão é que há inconstitucionalidade formal do art. 6º, I, “a”, da Lei nº 8.457/92, com a redação dada pela Lei nº 8.719/93, que prevê foro privativo no Superior Tribunal Militar para julgamentos dos Oficiais-Generais, para crimes militares.

Somente possuem foro privativo aqueles que desempenham o cargo de Ministro do STM e os comandantes de cada Força Armada, justamente porque há previsão na CF, não podendo lei ordinária fixar outros casos de prerrogativa de função, como acontece com a referida lei.

7. REFERÊNCIAS

BASTOS. Curso de Direito Constitucional – 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

COELHO, Carlos Frederico Nogueira. Comentários ao Código de Processo Penal. Bauru: Edipro. 2002.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Competência Penal Originária. São Paulo: Malheiros. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo – 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal - 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, volume 2 – 31. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.



**A**

(in)constitucionalidade do foro por prerrogativa de posto nos crimes militares

Soel Arpini

Promotor de Justiça Militar

1. INTRODUÇÃO

O foro por prerrogativa de função tem assento constitucional. Seu desiderato é permitir que certas autoridades públicas sejam processadas e julgadas nos crimes comuns e de responsabilidade por Tribunais previamente estabelecidos, afastando do juiz de primeiro grau o conhecimento dessas questões. Nas palavras do doutrinador Eugênio Pacelli:

“Tendo em vista a relevância de determinados cargos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocupantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões judiciais.

Optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que freqüentemente ocorrem em tais situações, em atenção também à formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira.”¹

Assim, por exemplo, um Deputado Federal, nos termos da alínea “b” do inc. I do art. 103 da Constituição Federal, será processado e julgado nos crimes comuns, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal.

¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 7ª ed. rev. atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 181.

Costuma-se ouvir críticas abalizadas a esse instituto, visto que o mesmo transmite à sociedade uma sensação de impunidade. Consta que o Supremo Tribunal Federal jamais proferiu um acórdão condenatório de processo-crime que lhe competia originariamente.

Frequentemente assistimos associações de classes de magistrados e membros do Ministério Público levantando a bandeira da extinção do foro por prerrogativa de função, comumente chamado de foro privilegiado, visto sua constante impunidade.

Todavia, não pretendemos nestas linhas tratar da correção ou não desse instituto, mas sim da previsão legal de que oficiais-generais sejam processados e julgados perante o Superior Tribunal Militar nos crimes militares. A análise constitucional desse foro por prerrogativa de posto é o objeto deste trabalho, razão pela qual iniciaremos abordando a competência da Justiça Militar.

2. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

A Constituição Federal, ao tratar sobre a competência da Justiça Militar da União, estabeleceu que:

“Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, funcionamento e a competência da Justiça Militar.”

Os crimes militares foram definidos no Código Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.001/69, o qual foi recepcionado pela atual Constituição.

A organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar estão previstos tanto no Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.002/69, como na Lei de Organização da Justiça Militar (LOJM), Lei nº 8.457/92.

A Justiça Militar da União de primeiro grau, segundo a leitura da Lei nº 8.457/92, processa e julga os militares (excluindo os oficiais-generais) e os civis que praticarem crime militar definido em lei.

No primeiro grau, em tempo de paz, o processo e o julgamento são realizados por um Conselho de Justiça (art.16, Lei nº 8.457/92).

Caso o acusado seja praça ou civil, será processado e julgado pelo Conselho Permanente, que, além do juiz-auditor, possui um oficial-superior, que será o presidente, e mais três oficiais de posto até capitão.

Na hipótese do acusado ser oficial (excluindo-se a hipótese de oficial-general), será processado e julgado pelo Conselho Especial, constituído pelo juiz-auditor e por quatro juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial-superior de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade que os demais juízes.

Em poucas linhas, deve-se respeitar o princípio constitucional da hierarquia, pois o Conselho de Justiça será constituído de juízes militares superiores hierarquicamente ao acusado.

Em princípio, no processo penal militar, a definição do foro é dada pelo lugar da infração (art. 88, CPPM), todavia, nas hipóteses em que é impossível se constituir o Conselho de Justiça, ou que a dificuldade de constituí-lo possa retardar demasiadamente o curso do processo, há previsão legal para o desaforamento (art. 109, c, CPPM). Registre-se, apenas, que o desaforamento só pode ocorrer depois de instaurado o processo, após o recebimento da denúncia pelo juiz natural.

Tal situação ocorre, por exemplo, quando no local do crime não é possível reunir quatro militares superiores hierarquicamente ao acusado, cabendo ao STM decidir para qual das Auditorias será o processo desaforado, como se percebe na jurisprudência abaixo:

“DESAFORAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA. “In casu”, como ficou demonstrado, não existe na jurisdição número suficiente de oficiais da Aeronáutica para compor o Conselho Especial de Justiça, impondo-se, diante deste óbice intransponível, o desaforamento do Processo, ex vi do disposto na alínea “c”, do art. 109, do Código de Processo Penal Militar. Pedido deferido. Decisão unânime.”²

² STM. Desaforamento nº 1999.01.000373-75 UF: BA - Relator Ministro Edson Alves Mey, julgado em 04.05.99, Publicação DJU de 12.08.99

Segundo a LOJM, o Superior Tribunal Militar é competente para processar e julgar os oficiais-generais nos crimes militares. Dispõe a alínea ‘a’ do inc. I do art. 6º da Lei nº 8.457/92, cuja redação atual foi dada pela Lei nº 8.719/93:

“Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I- processar e julgar originariamente:

a) os oficiais-generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei;” (negritos nossos)

Essa é a base legal do foro por prerrogativa de posto nos crimes militares, devendo ser registrado que tal instituto, prevendo um foro diferenciado para os oficiais-generais, surgiu com o Código da Justiça Militar, Decreto nº 17.231-A, de 26 de fevereiro de 1926.

Até o ano de 1926, os oficiais-generais eram processados e julgados do mesmo modo que os demais militares, nos Conselhos de Justiça, havendo disposição expressa nesse sentido:

“Art. 16. O Conselho de Justiça Militar compor-se-á do auditor e quatro juizes militares de patente igual ou superior á do acusado, e funcionará, conforme o caso, na séde da circumscrição ou na parada da unidade a que o mesmo pertencer, sob a presidencia do official superior ou general mais graduado ou, no caso de igualdade de postos, do mais antigo.

§ 1º. A composição do Conselho para o processo e julgamento dos generaes obedecerá até onde for possível ao criterio deste artigo. **Faltando generaes da patente ou antiguidade exigidas, o Conselho se formará com generaes effectivos de qualquer patente ou antiguidade e, em falta destes, com reformados na ordem decrescente de postos.**

§ 2º. Quando o accusado fôr praça de pret, qualquer que seja o crime que lhe fôr imputado, o Conselho se comporá, além do auditor, de officiaes até a patente de capitão ou capitão-tenente, sob a presidencia tambem de um official superior.”³ (negritos nossos)

³ Código de Organização Judiciária e Processo Militar, Dec. 15.635, 26/08/1922.

Facilmente se percebe que, nessa época, no confronto entre o tratamento isonômico a todos militares, mantendo o processo e julgamento dos oficiais-generais em primeiro grau, e o princípio da hierarquia, visando não permitir que um superior fosse julgado por um subalterno, o Código de 1922 escolheu dar supremacia a igualdade de todos perante a lei, mantendo o julgamento dos generais em primeiro grau, mesmo que houvesse a possibilidade do Conselho vir a ser constituído por militares mais modernos que o acusado.

Feita essas breves considerações, necessário se faz analisar o instituto do foro por prerrogativa de função, para que não nos olvidemos do seu desiderato.

3. DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O foro por prerrogativa de função, gênero que tem como espécie o foro por prerrogativa de posto, visa a garantir o exercício do cargo ou do mandato.

Esse tratamento diferenciado, suprimindo do conhecimento do juiz de primeiro grau o processo e julgamento de crimes cometidos por determinados agentes, não se estende a todo e qualquer agente público, mas somente àqueles que se situam na posição de agentes políticos, os quais estão no ápice da hierarquia do Poder a que pertencem.

Nas palavras do mestre Hely Lopes⁴:

“Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas decisões e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.”

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 27ª ed., 2002, p. 77

Ao se observar as autoridades para quais a Constituição Federal estabeleceu o foro por prerrogativa de função (Presidente da República, Vice-Presidente da República, Ministro de Estado, Comandante de Força, Chefes de missão diplomática de caráter permanente, Governador e Prefeito Municipal, no Poder Executivo; Senadores, Deputados Federais e membros do Tribunal de Contas da União, no Poder Legislativo; Magistrados de todas as instâncias, no Poder Judiciário; membros do Ministério Público), pode-se facilmente perceber que o denominador comum existente entre essas autoridades é a independência funcional que todas possuem, pois são agentes dotados de plena liberdade no desempenho de suas funções, sempre, é claro, no limite da lei.

Visa a prerrogativa de foro, na lição do Ministro Victor Nunes Leal, a possibilitar esse exercício com plena independência:

“A jurisdição especial, como prerrogativa de certas funções públicas, é, realmente, instituída não no interesse da pessoa do ocupante do cargo, mas no interesse público do seu bom exercício, isto é, do seu exercício com alto grau de independência que resulta da certeza de que seus atos venham a ser julgados com plenas garantias e completa imparcialidade. Presume o legislador que os tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado”.⁵

Como salientou o Min. Victor Nunes Leal, o foro por prerrogativa de função é uma garantia bilateral, pois impede que o julgador de hierarquia inferior sofra pressões por parte de uma alta autoridade, bem como afasta a possibilidade de simples perseguição política daquele em relação a esta.

Assim, a razão dos agentes políticos terem um tratamento diferenciado se justificaria na aplicação do princípio da igualdade material.

⁵ STF, Reclamação 473/GB, Rel. Ministro Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, julgamento 31.01.62, publicação DJU 08.06.62

Frise-se, porém, que, em tese, a supressão de instância é desfavorável à autoridade, impedindo-o de postular o direito de reexame sobre a matéria de fato, pois, quando um tribunal atua originariamente, suas decisões só são passíveis de recursos extraordinários, nos quais se discute tão somente matéria de direito. Nesse sentido, merece destaque a lição de Denilson Feitoza⁶:

“É competência *ratione personae*, determinada pela função da pessoa e dignidade do cargo respectivo. Não se trata, assim, de privilégio pessoal, pois a Constituição Federal proíbe foro privilegiado, juízes e tribunais de exceção. Também utiliza o critério *ratione materiae*, pois as hipóteses dizem respeito a infrações penais e infrações político-administrativas (*crimes de responsabilidade em sentido estrito*). A prerrogativa de foro tem por objetivo proteger o cargo público, pois subtrai a discussão jurídica sobre o exercício de determinado cargo público de possível ingerência política que poderia haver numa determinada comarca ou foro locais. Entretanto, de certa forma, a prerrogativa de função é ruim para a pessoa que exerce o cargo, pois as chances de defesa são diminuídas, em razão da redução dos graus de jurisdição.”

Jurisprudência consolidada do E. STF admite, desde o cancelamento da Súmula 394, o foro por prerrogativa da função apenas enquanto o agente exerça o cargo ou mandato, posição ratificada no julgamento da ADI 2.797/DF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, sendo que tal entendimento aplica-se inclusive em relação àquelas autoridades que possuem a garantia constitucional da vitaliciedade.

“EMENTA: - Recurso extraordinário. Processo penal. Competência. 2. Crime de formação de quadrilha e peculato submetido ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça em razão do privilégio de foro especial de que gozava o primeiro acusado. Preliminar de incompetência acolhida, em face de o referido réu já se encontrar aposentado. 3. Alegação de contrariedade ao art. 96, III, da CF, propiciando a subtração da competência do TJRJ para julgar Juiz de Direito que tenha se aposentado mas que anteriormente já teria praticado os ilícitos penais objeto do processo a ser julgado.

⁶ PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual penal: teoria, crítica e *praxis*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Ed. Impetus, 2006, p. 294

4. Com o cancelamento da Súmula 394, pelo Plenário do STF, cessa a competência especial por prerrogativa de função quando encerrado o exercício funcional que a ela deu causa, ainda que se cuide de magistrado. Precedente: Questão de Ordem no Inquérito n.º 687-4. 5. Com a aposentadoria cessa a função judicante que exercia e justificava o foro especial. Decisão do Órgão Especial do TJRJ que não merece reparo. 6. Recurso extraordinário não conhecido.”⁷

Em que pese, no plano federal, a competência de prerrogativa de foro do STF, STJ e TRFs ser exaustivamente prevista na Magna Carta, em relação ao TSE, TRE e STM, justiça especializada que possuem competência criminal, assim não agiu o constituinte originário, remetendo à lei a fixação da competência destes tribunais (art. 121 e art.124, parágrafo único, da Constituição, respectivamente).

Não resta dúvida, assim, de que a lei poderá definir a competência dos tribunais, tendo em vista a delegação recebida pelo constituinte. Ocorre que o exercício desse mister não é ilimitado.

Age com acerto a lei ao prever as ações que competem originariamente aos tribunais, bem como ao explicitar sua atuação como grau recursal, sempre sem olvidar dos preceitos constitucionais.

Assim agiu o legislador ao elencar, no Código Eleitoral, Lei nº 4.737/65, as competências do Tribunal Superior Eleitoral e dos Tribunais Regionais Eleitorais (arts. 22 e 29, respectivamente), não alargando o leque das autoridades que têm a prerrogativa de foro.

De maneira equivocada, ao nosso sentir, agiu o legislador ao prever, na alínea ‘a’, do inc. I, do art. 6º, da Lei nº 8.457/92, ao STM o foro por prerrogativa aos oficiais-generais que cometam crime militar.

A questão é saber se o poder outorgado ao legislador ordinário pelo constituinte permite àquele estabelecer novas prerrogativas de foro, sem simetria ao inicialmente previsto na Lei Maior.

⁷ STF, Recurso Extraordinário 295217/RJ Rel. Ministro Néri da Silveira, 2ª Turma, julgamento 08.04.02, publicação DJU 26.04.02

Não nos parece que esse poder seja absoluto, possuindo, sim, limites, dentre os quais a isonomia, a garantia do juiz natural e o princípio constitucional implícito do duplo grau de jurisdição, razão pela qual a norma da alínea ‘a’, do inc. I, do art. 6º, da Lei nº 8.457/92 merece ser melhor analisada à luz dos princípios constitucionais que devem permear todo o sistema jurídico.

4. DA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DO FORO POR PRERROGATIVA DE POSTO NOS CRIMES MILITARES

Como se expôs acima, a prerrogativa de foro em razão da função aplica-se tão somente em relação aos agentes políticos, autoridades públicas que possuem independência funcional.

Em que pese a importância da função de um oficial-general, a qual não se desconhece, não se pode afirmar que esta autoridade possua independência funcional no desempenho de suas funções, pois a estrutura hierarquizada das Forças Armadas a coloca sempre subordinada, no mínimo, ao Comandante da Força a que pertence.

Tampouco se pode sustentar a existência do foro por prerrogativa de posto aos oficiais-generais pelo tratamento cerimonioso que merecem, conforme as regras de protocolo, como o atual Manual de Redação da Presidência da República prescreve. Primeiro, porque há autoridades que merecem tratamento cerimonioso, mas que não possuem foro privilegiado, como os secretários-executivos dos Ministérios. Segundo, há autoridades que possuem tal prerrogativa, mas não foram relacionadas no Manual, como os membros do Ministério Público.

Logo, a previsão do processo e julgamento dos oficiais-generais das Forças Armadas no STM fere frontalmente o princípio da isonomia, previsto no art. 5º, I, da Constituição Federal, pois os trata diferentemente dos demais cidadãos sem haver razão que justifique tal distinção, ferindo, assim, o princípio republicano e da igualdade de todos perante a lei, o qual só pode ser afastado por outra norma constitucional.

Atinge, também, o princípio constitucional do juiz natural, previsto no art. 5º, LIII, da Lei Maior, pois afasta do juiz de primeiro grau a competência para processar e julgar os ilícitos penais.

Por certo, esclareça-se, o processo e julgamento dos oficiais-generais nos crimes militares no primeiro grau da Justiça Militar deverá, em regra, observar o princípio da hierarquia das Forças Armadas, uma vez que a constituição do Conselho Especial de Justiça deverá ser feita com juízes militares escolhidos dentre aqueles de posto superior ou mais antigos que o acusado, exceto quando tal requisito não possa ser cumprido.

Nessas hipóteses, a exemplo do previsto no Código de Organização Judiciária e Processo Militar de 1992, no confronto entre o princípio da igualdade, que só permite tratamento diferenciado quando houver expressa previsão constitucional, e o princípio da hierarquia, este deverá ceder, permitindo que o Conselho seja formado por militares mais modernos que o acusado, sem olvidar que tal hipótese deverá ser excepcional e residual, pois antes de ela ser utilizada poderá ser empregado o instituto do desaforamento – já que, como vimos, há normas legais que já preveem solução em tais casos, deslocando o processo para a localidade onde se possa constituir o Conselho com militares hierarquicamente superiores ao denunciado, o que já ocorre, mas sempre após o recebimento da denúncia pelo juiz-auditor do lugar da infração.

Finalmente, mas nem por isso menos importante, o foro por prerrogativa de função traz ao oficial-general acusado da prática de crime militar um sério e desarrazoado prejuízo: a supressão de uma instância.

O duplo grau de jurisdição foi previsto implicitamente na Lei Maior quando o constituinte organizou o Poder Judiciário, prevendo os tribunais, os quais têm como uma das suas principais atribuições rever as decisões de primeira instância, princípio este que só pode ser afastado por um relevante interesse público, como ocorre com os agentes políticos, situação diversa da vivida pelos oficiais-generais.

Ademais, importante consignar, não é o tratamento cerimonioso devido ao cargo ocupado pela autoridade que deve justificar a existência do foro por prerrogativa de função, mas sim a importância do cargo assumido pelo agente político, pois este pode influir na decisão ou fazer com que o julgador aja com propósito de perseguição ou sem a isenção necessária no ato de julgar. Em verdade, o foro por prerrogativa de função é uma garantia bilateral, contra o agente político e, ao mesmo tempo, a favor dele.

Ocorre que, como o Conselho Especial será formado, em regra, por oficiais-generais mais antigos que o oficial-general acusado da infração penal militar,

é óbvio que aqueles não serão influenciados pela posição deste, pois são seus superiores hierárquicos.

Assim, evidente está que a questão do processo e julgamento não serem realizados em primeiro grau diz respeito exclusivamente ao juiz-auditor, bem como, em consequência, em relação ao membro do Ministério Público que atua perante à Auditoria Militar.

Restaria a dignidade do posto do oficial-general abalada por ser ele processado e julgado pelo juiz-auditor, cuja denúncia foi oferecida por um promotor da justiça militar? O oficial-general necessita de garantia bilateral em relação ao juiz-auditor e/ou em relação ao membro do Ministério Público Militar de primeira instância?

Não nos parece, pela simples razão que, se esse mesmo oficial-general vier a cometer um crime federal, será ele processado e julgado perante o juiz-federal de primeira instância, cuja denúncia será oferecida por um procurador da República.

Não há diferença ontológica entre os cargos de juiz-federal e juiz-auditor, tampouco entre os de procurador da República e promotor da justiça militar.

Entender de modo diferente é tratar aqueles que atuam na primeira instância da Justiça Militar de maneira equivocada, em verdadeira *capitis deminutio* de suas atribuições e competências.

Todavia, apesar de entendermos ser inconstitucional o foro por prerrogativa de posto nos crimes militares, necessário se faz alertar que, atualmente, o mesmo aplica-se, inclusive, aos oficiais-generais da reserva ou reformados, o que parece contrariar a jurisprudência vigente, a qual entende que tal instituto, como espécie do gênero foro por prerrogativa de função, deve ser aplicado apenas enquanto a autoridade pública permanecer no cargo.

Como já dito, o Supremo firmou entendimento de que a atualidade do exercício do cargo é requisito para que incidam as normas que preveem o foro por prerrogativa da função, mesmo nos casos em que o agente público tenha a garantia constitucional da vitaliciedade. Mas tal exigência não é observada nos crimes militares, pois, mesmo na inatividade, os oficiais-generais são processados e julgados perante o STM.

Segundo a Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), os militares encontram-se, em linhas gerais, em uma das seguintes condições (art. 3º, § 1º, ‘a’ e ‘b’): na ativa ou na inatividade (reserva ou reformado).

O que diferencia o militar da reserva em relação ao militar reformado, ambos inativos, é a possibilidade daquele ainda estar sujeito à prestação do serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização, momento em que voltará a ser considerado como militar da ativa. O reformado está definitivamente dispensado do serviço na ativa. Simples.

Ora, se o Guardião da Constituição, reiteradas vezes, já se manifestou pela impossibilidade do foro por prerrogativa de função se perpetuar no tempo, incidindo o princípio da atualidade da função ou do mandato, inclusive em relação às autoridades que possuem a vitaliciedade assegurada constitucionalmente, não se pode permitir que os oficiais-generais da reserva ou reformados mantenham a prerrogativa de foro no STM, pois essa situação viola o princípio republicano, a isonomia, o princípio do juiz natural e o duplo grau de jurisdição.

O direito penal/processual militar possui princípios próprios que lhe dão a sua especificidade; todavia não pode deixar de observar as regras firmadas pela Magna Carta e interpretadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Hoje, além dos quase trezentos oficiais-generais na ativa, pode-se estimar que mais de mil estejam na reserva ou reformados, os quais teriam direito ao foro por prerrogativa no Superior Tribunal Militar, nos crimes militares definidos em lei.

Mas se o legislador ordinário recebeu poderes ilimitados para definir a competência dos tribunais (art. 124, parágrafo único, CF), o que o impediria de estender essas prerrogativas aos Coronéis ou a todos os oficiais-superiores?

Poderia ele limitar a competência da primeira instância a processar e julgar apenas os graduados e civis?

O exagero acima parece demonstrar que esse poder não pode ser absoluto, mas que tem limites, como tudo, inclusive as liberdades individuais.

Não podemos deixar de citar que a maioria dos oficiais-generais exerce funções de comando, direção e chefia, os quais, por imperativo legal (art. 7º, CPPM), constituem a polícia judiciária militar. Na verdade, guardadas as devidas proporções, essas autoridades são os “delegados da polícia judiciária militar”.

Não há nenhuma norma constitucional que estabeleça a delegados de polícia, quer federal quer estadual, foro por prerrogativa de função, isso porque, no nosso modesto entendimento, a atividade policial dirige-se a produzir provas ao titular da ação penal, o Ministério Público.

A Magna Carta reservou ao Ministério Público o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF), que só pode ser efetivamente realizada pelo membro que atua na primeira instância, onde a Instituição está capilarizada pelos rincões deste País.

Oficiais-generais atuam em todo Brasil, como Bagé-RS e São Gabriel da Cachoeira-AM. Tal situação torna difícil, se não impossível, a investigação pela Procuradoria-Geral de atos ilícitos praticados por oficiais-generais, autoridade ministerial que teria a atribuição de oferecer denúncia perante o Superior Tribunal Militar.

Assim, nos parece claro que foro por prerrogativa de posto, previsto na legislação ordinária, fere diversos princípios constitucionais.

5. CONSIDERAÇÃO FINAIS

Não se nega a relevância do cargo ocupado pelos oficiais-generais; todavia estes devem ser processados e julgados nos crimes militares no primeiro grau da Justiça Militar, pois não há expressa previsão constitucional de que tais autoridades militares sejam julgadas perante o Superior Tribunal Militar, como atualmente ocorre.

6. REFERÊNCIAS

1. MEIRELLES, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 27ª ed., 2002.

2. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 7ª ed. rev. atual. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

3. PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual penal: teoria, crítica e *praxis*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Ed. Impetus, 2006.



Cooperação entre as justiças castrenses dos Estados partes do Mercosul: realidade e perspectivas

Elisa de Sousa Ribeiro

Mestranda em Relações Internacionais pela Universidad de La República
Bacharel em Direito pelo UniCEUB.

1. INTRODUÇÃO

Percebe-se, a partir da atuação do governo brasileiro, o interesse em promover uma aproximação entre as Forças Armadas dos Estados Partes do MERCOSUL, para a formação de um Conselho de Defesa Sul-Americano. Esse organismo visa gerar uma integração militar e deverá zelar pela manutenção da paz na região, coordenando políticas regionais em matéria de defesa, promovendo um intercâmbio de pessoal para aperfeiçoamento e capacitação, realizando exercícios militares conjuntos, participando em operações de paz e promovendo o intercâmbio de tecnologias e de conhecimentos sobre material bélico. Essa relação entre as Forças Armadas dos Estados Partes do MERCOSUL não é novidade, uma vez que se encontram vigentes há alguns anos diversos acordos bilaterais em matéria de Defesa.

Para aperfeiçoar essa integração, de forma a buscar uma maior segurança jurídica e a consagração do Estado Democrático de Direito, se faz necessária uma maior interação entre as cortes de justiça castrenses, que são os órgãos jurisdicionais competentes para julgar os crimes militares que porventura venham a ocorrer em território sul-americano. Isso evitaria que a evasão de fronteiras permita que haja impunidade, dado que as legislações nacionais, de forma geral, adotam o princípio da territorialidade, sendo competentes para julgar somente os crimes cometidos em seus territórios nacionais ou assemelhados. Assinala-se que, por crimes militares, entendem-se aqueles praticados por militares em lugar sujeito à administração militar.

Para efetivar tal aproximação, é necessária uma maior interação entre as cortes de justiça castrenses, uma vez que são os órgãos jurisdicionais com-

petentes para julgar os crimes militares que, porventura, venham a ocorrer em territórios sul-americanos, evitando que a evasão de fronteiras permita que haja impunidade.

Busca-se, neste artigo, lançar um olhar crítico sobre a situação da cooperação interjurisdicional em matéria penal militar, com vistas a apresentar propostas que possibilitem uma justiça castrense eficiente e célere, inserido-a no contexto internacional de forma a proporcionar uma prestação jurisdicional nos novos moldes das relações internacionais. Dada a diversidade de instrumentos e atores internacionais envolvidos no tema, restringiremo-nos a analisar a cooperação entre os Tribunais Militares dos Estados Partes do MERCOSUL.

2. INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA NO MERCOSUL

Com fulcro no art.10 do Tratado de Assunção, foi criada, por meio da Decisão CMC nº. 05/91, a Reunião de Ministros, na qual tem assento, pelo menos, um representante do País sede da reunião e de cada Estado Parte para o tratamento de temas relacionados ao Tratado de Assunção¹.

Lembra Dreyzin² que, em dezembro de 1991, por recomendação dos Ministros de Justiça dos Estados Partes, em reunião celebrada em novembro de 1991, na cidade de Buenos Aires³, foi criada a Reunião Especializada de Ministros de Justiça, que tem por ofício “propor ao referido Conselho (Conselho Mercado Comum), por intermédio do Grupo Mercado Comum, medidas tendentes ao desenvolvimento de um marco comum para a cooperação jurídica entre os Estados Partes”⁴.

¹ MERCOSUL. **Decisão CMC nº 05/91**. Regimento Interno do Grupo Mercado Comum. Brasília 17 de dezembro de 1991.

² DREYZIN DE KLOR, Adriana. **El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado**. Buenos Aires: Zavalia, 1997. p 264.

³ MERCOSUL. **Decisão CMC nº 08/91**. Criação da Reunião de Ministros de Justiça. Brasília 17 de dezembro de 1991.

⁴ MERCOSUL. **Decisão CMC nº 08/91**. Criação da Reunião de Ministros de Justiça. ília 17 de dezembro de 1991. Art. 1º.

Segundo o seu regulamento, suas reuniões serão celebradas pelo menos uma vez a cada seis meses no Estado que exerça a Presidência *Pró Tempore*⁵, e as conclusões dessas reuniões devem ser remetidas ao GMC, que, por sua vez, poderá submeter os Acordos ao CMC para aprovação⁶. Em caso de adoção, por parte do Conselho Mercado Comum, de Decisões relativas aos referidos Acordos, aqueles que necessitarem aprovação dos Poderes Legislativos nacionais serão tramitados pelas Seções Nacionais⁷.

Nesse espírito, nascido de uma iniciativa da Reunião de Ministros da Justiça, o Protocolo de Las Leñas, também denominado Protocolo de Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Laboral e Administrativa⁸, foi aprovado no âmbito do MERCOSUL por meio da Decisão CMC n.º 05/92. Em sua elaboração, buscou-se, como objetivo, intensificar a cooperação jurisdicional entre os quatro Estados Partes, respeitando a soberania nacional, a igualdade de direitos e os interesses recíprocos⁹, fortalecendo o movimento de integração regional e firmando um marco no que diz respeito à cooperação internacional judicial no bloco.

Esse instrumento dispôs sobre a designação de Autoridades Centrais que teriam a atribuição de receber e tramitar os pedidos de assistência – bem como de se comunicarem entre si, intermediando o contato de demais autoridades – e intervirem quando necessário¹⁰.

Ademais, trata do trâmite dos pedidos de cooperação interjurisdicional, bem como dos documentos e informações necessárias para sua composição¹¹ e do reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais¹². Cabe ressaltar que esse

⁵ Idem. **Resolução GMC n.º 09/94**. Regulamento da Reunião de Ministros de Justiça. Buenos Aires, 3 de agosto de 1994. Art. 6º.

⁶ Ibidem, A. 7º.

⁷ Ibidem, A. 8º.

⁸ Promulgado pelo Decreto n.º 2.067, de 12 de novembro de 1996.

⁹ Idem. **Decisão CMC n.º 05/92**. Protocolo de Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Laboral e Administrativa. Preâmbulo

¹⁰ Ibidem, Art. 2º.

¹¹ Ibidem, Arts. 5º ao 17.

¹² Ibidem, Arts. 18 ao 24.

Protocolo determina que os documentos públicos tenham a mesma força probatória nos Estados dos quais ele é emanado e naqueles em que é recebido,¹³ dispensando a validação por meios diplomáticos dos referidos documentos, quando eles tramitam pelas Autoridades Centrais¹⁴.

Importante citar que ele instituiu o livre acesso à jurisdição para os particulares de qualquer Estado Parte que necessitem defender seus direitos no solo de outro Estado membro, gozando das mesmas condições dos cidadãos deste Estado¹⁵, sendo vedada a cobrança de caução ou depósito em função de sua qualidade de estrangeiro¹⁶.

O Acordo Complementar ao Protocolo de Las Leñas foi aprovado pela Decisão CMC nº. 05/97, porém ainda não restou depositado pelos Estados Partes, não produzindo efeitos jurídicos nem obrigações.

2.1 Acordos de cooperação em matéria de defesa firmados entre os estados partes do Mercosul

Existem alguns acordos bilaterais em matéria de Defesa que se encontram vigentes, apesar de não ser esse o foco deste trabalho. A título de informação, estão aqui destacados os mais importantes, com vistas a demonstrar que há uma efetiva colaboração em nível militar entre Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai, que pode ser estendida para os órgãos jurisdicionais castrenses.

Destacam-se, então: a) Acordo Quadro de Cooperação em Matéria de Defesa (firmado por Brasil e Argentina); b) Acordo Sobre Funcionamento de Estações de Rádio para Serviço de Assistência a Aeronaves Militares (firmado entre Brasil e Uruguai); c) Acordo, por troca de notas, para a Criação de uma Missão Técnica Aeronáutica Brasileira em Assunção; e d) Acordo de Cooperação Mútua para Combater o Tráfego de Aeronaves Envolvidas em Atividades Ilícitas Transnacionais.

¹³ Idem. **Decisão CMC nº. 05/92**. Protocolo de Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Laboral e Administrativa. Art. 25.

¹⁴ *Ibidem*, Art. 26.

¹⁵ *Ibidem*, Art. 3º.

¹⁶ *Ibidem*, Art. 4º.

2.2 Acordos em matéria de cooperação interjurisdicional firmados entre os estados partes do Mercosul

Inúmeros são os instrumentos internacionais que tratam da matéria; no entanto, interessam-nos especialmente, por tratarem do tema central que estamos a abordar – que é a cooperação jurídica entre os Estados Partes do MERCOSUL em matéria penal –, as seguintes normas internacionais: a) Acordo para Execução de Cartas Rogatórias entre Brasil e Argentina¹⁷; b) Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina¹⁸; c) Tratado de Extradicação entre o Brasil e o Paraguai¹⁹; d) Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL²⁰; e) Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (MERCOSUL)²¹; f) Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e a Argentina²²; g) Protocolo Relativo à Execução de Cartas Rogatórias entre Brasil e Uruguai²³; e h) Acordo, por troca de notas, sobre Simplificação de Legalizações em Documentos Públicos entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil²⁴.

Iniciaremos esta breve análise dos dispositivos mais importantes de cada instrumento internacional mencionado pelo Acordo para Execução de Cartas Rogatórias entre Brasil e Argentina. Conforme seu art. 2º, as cartas rogatórias em matéria criminal estão limitadas às diligências que visem a esclarecer a formação da culpa e aos procedimentos meramente processuais, tais como citação, interrogatório, inquirição de testemunhas, verificação ou remessa de documentos, entre outros.

Por seu turno, o Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina trata da entrega recíproca de *“indivíduos que, processados ou condenados pelas autoridades judiciárias de uma delas, se encontrem no território da outra”*²⁵, e

¹⁷ Promulgado pelo Decreto nº 7.871, de 3 de novembro de 1880.

¹⁸ Promulgado pelo Decreto nº 62.979, de 11 de julho de 1968.

¹⁹ Promulgado pelo Decreto nº 16.925 de 27 de maio de 1925.

²⁰ Promulgado pelo Decreto nº 4.975, de 30 de janeiro de 2004.

²¹ Promulgado pelo Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000.

²² Promulgada pelo Decreto nº 62.978, de 11 de julho de 1968.

²³ Promulgado pelo Decreto nº 9.169, de 30 de novembro de 1911.

²⁴ Publicado no Diário Oficial nº 77, de 23 de abril de 2004.

inclui nesse rol os autores, coautores e as modalidades de tentativa e cumplicidade²⁶, sendo possível requerer a prisão preventiva deles²⁷. Cabe ressaltar que, em caso de revelia, o processo deve ser reaberto para a defesa do réu²⁸.

Devemos destacar que esse Tratado prevê que a extradição não será concedida quando a natureza da infração motivadora do pedido for de **natureza exclusivamente militar**. São considerados delitos puramente militares, conforme art. 3º, parágrafo quarto, dessa norma, as infrações penais, alheias ao direito penal comum, oriundas de “*uma legislação especial aplicável aos militares e tendente à manutenção da ordem e da disciplina nas Forças Armadas*”. Cabe destacar que a avaliação a respeito do caráter da infração cabe ao Estado requerido²⁹.

No mesmo sentido, o Tratado de Extradicação entre Brasil e Paraguai, documento pelo qual ambos os Estados se obrigaram à “*entrega recíproca dos indivíduos que cometerem crimes num dos dois países e se refugiarem ou estiverem em trânsito no outro*,”³⁰ prevê que não haverá extradição ou detenção provisória quando a infração for de **natureza militar**³¹.

De forma análoga, porém com peculiaridades, o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL prevê, em seu artigo 6º, que não será concedida extradição por “**delitos de natureza exclusivamente militar**” ou por delitos de natureza política; no entanto, ao dispor sobre este último, o Acordo não considera como delitos políticos os crimes de guerra, de genocídio, nem a captura ilícita de embarcações ou aeronaves³² – fato que nos interessa e que será aprofundado oportunamente neste estudo monográfico. É a enumeração

²⁵ Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina, Art. 1º.

²⁶ Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina, Art. 2º.

²⁷ *Ibidem*, Art. 6º.

²⁸ *Ibidem*, Art. 2º, § único.

²⁹ *Ibidem*, Art. 3º, § 1º.

³⁰ Tratado de Extradicação entre Brasil e Paraguai. Art. 1º.

³¹ *Ibidem*, Art. 10.

³² Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL. Art. 5º.

dos delitos que dá causa à extradição, constante no artigo 2º desse diploma legal. Está previsto nesse dispositivo que:

Darão causa à extradição os atos tipificados como delito segundo as leis do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido, **independentemente da denominação dada ao crime, os quais sejam puníveis em ambos os Estados** com pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a dois anos. (grifo nosso)

Percebe-se uma lacuna nesse instrumento que pode levar a uma interpretação extensiva, entendendo-se que o artigo 2º, por encontrar-se no capítulo dos Princípios Gerais, prevalece sobre o artigo 6º, que se situa no capítulo sobre a Imprudência da Extradicação, que trata de especificidades. Dessa forma, se um delito tipificado como de caráter militar na legislação de um Estado for tipificado como delito comum em outro, por analogia, este poderia gerar um pedido de extradição.

No tocante ao Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, firmado no âmbito do MERCOSUL, cabe ressaltar uma peculiaridade: a desnecessidade de compatibilidade delituosa da conduta realizada pelo agente na legislação penal dos Estados Partes. Nesse sentido, o artigo 1º prevê que *“a assistência será prestada mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido, sem prejuízo do previsto nos artigos 22 e 23”*. Ademais, ao tratar da denegação de assistência, esse Protocolo a faculta, e não a impõe, quando o delito que origina o pedido seja tipificado na **legislação penal militar**, mas não na legislação penal ordinária do Estado Parte requerido³³.

A Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e a Argentina prevê a gratuidade de assistência judiciária aos nacionais de cada uma das partes quando no território da outra, e a igualdade de condições entre os nacionais e os estrangeiros *“perante a justiça penal, civil, comercial, militar e do trabalho”*³⁴.

³³ Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. Art. 5º.

³⁴ Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e a Argentina. Art. 1º.

Por sua vez, o Protocolo Relativo à Execução de Cartas Rogatórias entre Brasil e Uruguai visou facilitar a cooperação, tanto em matéria cível quanto criminal, isentando as cartas rogatórias e demais documentos judiciais expedidos pelos respectivos tribunais da legalização consular quando transitarem por via diplomática. Cabe mencionar o Acordo, por troca de notas, sobre Simplificação de Legalizações em Documentos Públicos entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil, que facilita o trâmite consular de documentos públicos que devam ser apresentados, acelerando, dessa forma, procedimentos necessários à cooperação entre os dois países.

Destacam-se o Acordo de Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do MERCOSUL e o Protocolo Complementar sobre Transferência de Pessoas Condenadas sujeitas a regime especial entre os Estados Partes do MERCOSUL que regulam o trânsito de pessoas cuja sentença deva ser cumprida em Estado Parte diferente daquele em que ela se encontra.

Por fim, porém não menos importantes, firmadas no âmbito da Organização dos Estados Americanos com vistas a expandir a prestação jurisdicional, ultrapassando fronteiras³⁵, têm-se a (a) Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias; a (b) Convenção Interamericana sobre Normas de Direito Internacional Privado; a (c) Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior; e a (d) Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro.

3. REALIDADE E PERSPECTIVAS EM TERMOS DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR NO ÂMBITO DO MERCOSUL

3.1 Realidade

É importante a análise da atual situação em que se encontra a cooperação interjurisdicional no MERCOSUL, para que possamos ter uma visão mais completa das possibilidades de aplicação dos instrumentos já existentes à Justiça Militar.

³⁵ ARAÚJO, Nádia de. SALLES, Carlos Alberto de. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Medidas de Cooperação Interjurisdicional no MERCOSUL**. In: Revista de Processo, v. 30, n. 123, maio, 2005. p. 94.

Cabe lembrar que, para o cumprimento de Carta Rogatória requerida por um magistrado nacional, é necessário que ele a remeta ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e à Autoridade Central brasileira para esse assunto.

Uma vez em poder da Carta Rogatória, o DRCI pedirá que as autoridades estrangeiras competentes lha dê cumprimento³⁶, seja encaminhando-a à Autoridade Central do país ao qual a Rogatória é destinada, seja entregando-a à Divisão Jurídica (DJ) do Ministério das Relações Exteriores, que realizará a entrega da CR por via diplomática, em caso de existir tratado ou convenção que assim o permita³⁷.

De acordo com dados estatísticos fornecidos pelo DRCI, dentre os países com os quais o Brasil mantém relação de cooperação interjurisdicional, os dez que mais recebem pedidos dos juízes nacionais, em matéria civil, são Portugal, Japão, Argentina, Alemanha, Itália, Espanha, Uruguai e Paraguai, França e Bolívia. Ressalte-se que, em um total de 6.593 processos referentes a pedidos de auxílio jurídico e de cartas rogatórias formulados pelos magistrados brasileiros no período compreendido entre 1/1/2004 e 31/7/2007, 13,9% foram endereçados aos Estados Partes do MERCOSUL – ou seja, em um ranking comparativo, o MERCOSUL estaria em terceiro lugar, atrás de Portugal, com 18,1%, e Japão, com 16,7%.

Quando tratamos da cooperação interjurisdicional passiva, temos como maiores demandantes Argentina, França, Itália, Estados Unidos, Espanha, Uruguai, Panamá, Paraguai, Portugal e Alemanha. Dentre os 1.648 pedidos de cooperação em matéria cível direcionados ao Brasil entre 1/1/2004 e 31/7/2007, a porcentagem atribuída aos Estados Partes do MERCOSUL é de 50,5%.

Essas estatísticas demonstram a grande demanda de cooperação jurisdicional entre os Estados Partes do bloco, comprovando a viabilidade de expandir a prestação jurisdicional, ultrapassando as fronteiras nacionais.

³⁶ BRASIL. Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. art. 783.

³⁷ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/cartasrogatoria.htm>>. Acesso em: 11 de julho de 2007.

Tendo em vista as possibilidades trazidas por esse intercâmbio entre as justiças dos quatro países que compõem o Mercado Comum do Sul, os Poderes Judiciários dos Estados Partes e Associados do MERCOSUL, com fundamento na Carta de Brasília, institucionalizaram o Encontro de Cortes Supremas do MERCOSUL.

Esse evento conta com a participação de representantes das Cortes Constitucionais e Supremas da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Chile, da Colômbia, do Paraguai, do Peru, de Portugal, do Uruguai e da Venezuela, sendo que, na quarta edição, compareceram, como convidados, magistrados da Angola, de Cabo Verde, de Guiné-Bissau, de Moçambique, de São Tomé e Príncipe e do Timor Leste³⁸.

O encontro visa ao “*incentivo à participação dos Poderes Judiciários nacionais no aperfeiçoamento institucional do bloco*”³⁹, e em seu âmbito são discutidas e adotadas medidas que buscam aproximar as justiças dos Estados Membros do bloco e aperfeiçoar o sistema de integração regional.

Nesse sentido, as Cortes presentes no 3º Encontro de Tribunais e Cortes Supremas manifestaram a vontade de caminhar no sentido da constituição e regulamentação do sistema de opiniões consultivas formuladas por Tribunais Superiores dos Estados Partes, bem como a intenção de seguir no movimento de integração, buscando o conhecimento mútuo dos sistemas jurídicos dos Estados Partes e Associados, conforme transcrição de trecho da Declaração firmada ao final do referido evento:

Seu compromisso em contribuir decisivamente com a evolução institucional do processo de integração, especialmente em relação ao fortalecimento e aperfeiçoamento jurídico do bloco; e seu desejo de manter diálogo permanente com a sociedade civil com vistas a constante interação entre ela e os Poderes Judiciários dos Estados Partes, visando o aprofundamento do processo de integração⁴⁰.

³⁸ Fonte: <<http://www.stf.gov.br/encontro4>>. Acesso em: 20 de julho de 2007.

³⁹ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/encontro4>>. Acesso em: 20 de julho de 2007.

⁴⁰ Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/encontro4>>. Acesso em: 20 de julho de 2007.

Por seu turno, no 4º Encontro, foi demonstrado o interesse dos presentes em apoiar a cooperação entre as justiças desses países e investir na formação profissional e acadêmica, para que os objetivos de integração sejam alcançados. Transcreve-se *litteris* parte da Declaração emitida nessa oportunidade:

Atuar no sentido de buscar a aplicação uniforme do direito do MERCOSUL nas jurisdições nacionais, a par dos atuais instrumentos de interpretação das normas do Bloco. Aprofundar o empenho comum no sentido de envidar esforços com vistas à implementação do Protocolo de Intenções, firmado nesta data, com o objetivo de cooperação jurídica, profissional e acadêmica na região, sob a coordenação do Fórum de Cortes Supremas⁴¹.

Por fim, cabe destacar uma iniciativa da Secretaria do MERCOSUL, em conjunto com a Fundação Konrad Adenauer, que é a publicação anual do “Relatório sobre a Aplicação do Direito do MERCOSUL pelos Tribunais Nacionais”. Nesse livro, são resumidas as principais decisões e acórdãos proferidos nos Tribunais dos Estados Partes que utilizaram o Direito do MERCOSUL para a resolução de uma lide. Atualmente, o Relatório encontra-se na terceira edição, e, a partir de sua leitura, é possível perceber que cada vez mais o Direito emanado do bloco é utilizado em âmbito interno, para resolver desde questões relacionadas à circulação de bens e pessoas, passando pela livre prestação de serviços, até temas como a cooperação judicial internacional.

3.2 Perspectivas

Com base no que foi analisado neste artigo, podemos trazer algumas propostas que viabilizariam uma cooperação eficiente e célere entre os tribunais militares da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

No tocante aos acordos e tratados supramencionados, importante se faz uma uniformização de suas disposições, como forma de gerar uma maior segurança jurídica no momento da aplicação e interpretação de um ou de outro pelos magistrados, tendo em vista a diversidade de instrumentos que tratam do tema. Ademais, seria necessária a inclusão nesse “código” da permissão da extradição de pessoas que cometeram delitos de natureza militar e de uma

⁴¹ Ibidem.

cláusula que derogue os tratados e convenções que dispuserem de forma contrária.

Para tanto, seria necessário o auxílio da Reunião de Ministros da Justiça e/ou do Parlamento do MERCOSUL para a formulação de um instrumento que codifique e unifique o disposto nas diferentes normas internacionais que regulam a cooperação entre os Estados Partes e Associados do MERCOSUL.

A Reunião de Ministros da Justiça, conforme mencionado, tem competência para propor ao Conselho Mercado Comum, pelo intermédio do Grupo Mercado Comum “*medidas tendentes ao desenvolvimento de um marco comum para a cooperação jurídica entre os Estados Partes*”⁴². Nesse sentido, um projeto de norma poderia ser formulado pela Justiça Militar da União e entregue à RMJ, para que esta o remeta ao GMC, que poderá submetê-lo ao CMC para aprovação e, posteriormente, para internalização pelos Estados Partes, por meio de aprovação legislativa e sanção presidencial.

O Parlamento do MERCOSUL pode atuar de três formas diferentes para a elaboração e aprovação de um projeto de norma Mercosulina que regula a cooperação entre os tribunais militares: a) realizando estudos para a harmonização das legislações nacionais em matéria penal, processual e de organização militar; b) apresentando projeto de norma no âmbito do MERCOSUL para regulamentar a cooperação interjurisdicional; ou c) emitindo parecer, com vistas a acelerar sua aprovação da norma Mercosulina nos parlamentos nacionais.

No tocante ao poder de iniciativa de apresentação de projetos de normas Mercosulinas, cabe destacar o Parlasul; a partir de discussões originadas no seio de seus debates, pode-se apresentar aos órgãos decisórios do bloco projetos de norma. Uma vez apresentados, o Conselho Mercado Comum deverá informar semestralmente sobre a sua tramitação⁴³.

O Parlamento regional também tem competência para elaborar estudos e anteprojetos de normas nacionais, para impulsionar a harmonização das

⁴² MERCOSUL. **Decisão CMC n° 08/91**. Criação da Reunião de Ministros de Justiça. ília 17 de dezembro de 1991. Art. 1°.

⁴³ Idem. **Decisão CMC n° 23/05**. Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL. Artigo 13.

legislações nacionais dos Estados membros⁴⁴, podendo ele, por exemplo, propor alteração do Código Penal Militar uruguaio com o objetivo de permitir a extradição de indivíduos que cometeram delitos de natureza militar.

Conforme artigo 4º de seu Protocolo Constitutivo, o Parlasul tem competência para emitir pareceres sobre os projetos de norma do MERCOSUL que necessitarão de aprovação legislativa de um ou mais Estados Partes, o que é o caso de um projeto de codificação da cooperação interjurisdicional no MERCOSUL.

Objetivando garantir uma tramitação desse projeto de norma de forma mais célere nos Poderes Legislativos Nacionais, o Parlamento do MERCOSUL, em um prazo de 90 (noventa) dias depois de efetuada a consulta, poderá elaborar um parecer sobre o projeto. Em caso de aprovação do projeto de norma pelo Conselho Mercado Comum, se ele estiver em conformidade com o parecer do Parlasul, os Poderes Executivos dos Estados Partes terão um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para enviar aos respectivos Parlamentos nacionais, a norma Mercosulina⁴⁵.

Outra solução seria uma criação jurisprudencial por parte dos Tribunais encarregados de julgar os pedidos de Extradicação. No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, por força do artigo 102, inciso I, alínea “g,” da Constituição Federal, seria a Corte que geraria essa nova jurisprudência.

A partir de um diálogo entre o STF e o STM, poderia ser adotado um entendimento que permitisse que os pedidos de extradição fundados em delitos de natureza militar pudessem ser concedidos, caso haja compatibilidade entre a legislação penal militar do Estado requerente e a legislação penal comum do Estado requerido. Essa interpretação teria como base o disposto no artigo 2º do Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL, que permite a extradição *“independentemente da denominação dada ao crime, os quais sejam puníveis em ambos os Estados”*.

⁴⁴ Ibidem, Artigo 4º.

⁴⁵ MERCOSUL. **Decisão CMC nº 23/05**. Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL. Artigo 12.

Outra fonte para a fundamentação dessa mudança jurisprudencial é o **Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais** (MERCOSUL), que, em seu artigo 1º, dispõe que *“a assistência será prestada mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido”*, permitindo que o pedido de extradição seja concedido mesmo sem compatibilidade entre as legislações dos Estados Partes.

A última proposta é a criação de um Encontro Anual de Cortes Militares do MERCOSUL e Associados que permita o diálogo entre magistrados e juristas da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Chile, da Colômbia, do Paraguai, do Peru, de Portugal, do Uruguai e da Venezuela, bem como de outros países convidados, com o objetivo de colaborar com o diálogo entre suas Justiças Militares, propiciando uma crescente cooperação interjurisdicional, a fim de inseri-las no contexto internacional e de conferir à prestação jurisdicional um caráter mais amplo e maior eficiência.

4. CONCLUSÃO

Ao criar Conselho de Defesa Sul-americano, pautado na cooperação entre os países, no Estado de Direito e na segurança jurídica, necessitamos buscar meios de adequar as normativas do bloco a essa nova realidade.

Tendo em vista o objetivo de inserir a Justiça Militar no contexto da cooperação internacional judicial, unindo esforços com as Cortes Castrenses dos Estados Partes do MERCOSUL, este trabalho buscou propostas que viabilizassem esse objetivo. Para tanto, buscou-se catalogar os instrumentos jurídicos disponíveis que possibilitassem interação entre Tribunais e Magistrados.

Percebeu-se que uma eficaz cooperação entre os Tribunais Militares dos Estados Partes do MERCOSUL pode proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva. Para tanto, o Encontro Anual de Cortes Militares do MERCOSUL e Associados poderia proporcionar uma maior cooperação interjurisdicional, como forma de combater os delitos tipicamente militares.

Ao final, propusemos alterações nas legislações nacionais, nos tratados e acordos internacionais, com o objetivo de viabilizar uma maior integração entre nossas Justiças Castrenses, bem como um entendimento jurisprudencial pró-integracionista que permitisse essa união.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádía de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de Cooperação Interjurisdicional no MERCOSUL. *In: Revista de Processo*, v. 30, n. 123, maio, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal.

_____. Ministério da Justiça. **Dados relativos à cooperação**. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/cartasrogatoria.htm>>. Acesso em: 11 de julho de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **4º Encontro de Tribunais e Cortes Supremas do MERCOSUL e Associados**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/encontro4>>. Acesso em: 20 de julho de 2007.

DREYZIN DE KLOR, Adriana. **El Mercosur. Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado**. Buenos Aires: Zavalia, 1997.

FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima; ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **Mercosur, proyecto, realidad y perspectivas**. Trad. Maria del Carmen Hernández Gonçalves. Brasília: Vest-Con, 1997.

MATHIAS, S. K. ; GUZZI, André C; GIANNINI, Renata A. Forças Armadas, democracia e integração no MERCOSUL. *In: 52 Congresso Internacional de Americanistas - ICA*, 2006, Sevilha. Informativo, 2006

MERCOSUL. **Decisão CMC nº 05/91**. Regimento Interno do Grupo Mercado Comum. Brasília, 17 de dezembro de 1991.

_____. **Decisão CMC nº 08/91**. Criação da Reunião de Ministros de Justiça. Brasília, 17 de dezembro de 1991.

_____. **Decisão CMC nº. 05/92**. Protocolo de Assistência Jurisdicional em matéria Civil, Comercial, Laboral e Administrativa.

_____. **Resolução GMC nº 09/94.** Regulamento da Reunião de Ministros de Justiça. Buenos Aires, 3 de agosto de 1994.

_____. **Decisão CMC nº 23/05.** Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL.

6. ANEXO

Quadro de Acordos Internacionais firmados pelo Brasil com Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Uruguai e Venezuela em matéria de cooperação jurídica.

Acordo	Decreto de promulgação	Data da promulgação
Acordo para Execução de Cartas Rogatórias entre Brasil e Argentina	7.871	03/11/1880
Acordo para a execução de cartas rogatórias celebrado entre o Brasil e a Bolívia	7.857	15/10/1880
Acordo, por troca de notas, para dispensa de legalização para Cartas Rogatórias entre o Brasil e o Chile	n.a.	n.a.
Acordo, por troca de notas, sobre Simplificação de Legalizações em Documentos Públicos entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil	77	23/4/2004
Protocolo Relativo à Execução de Cartas Rogatórias entre Brasil e Uruguai	9.169	30/11/1911
Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre o Brasil e a Argentina	62.978	11/7/1968
Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina	62.979	11/7/1968
Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Bolívia	9.920	17/8/1937
Tratado de Extradicação entre o Brasil e o Chile	1.888	25/9/1940
Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Venezuela	5.362	12/3/1940
Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do MERCOSUL	4.975	30/1/2004
Tratado de Extradicação entre o Brasil e o Paraguai	16.925	31/5/1922
Protocolo que modifica o Acordo para Execução de Cartas Rogatórias celebrado entre a República dos Estados Unidos do Brasil e a nação Argentina, a 14 de fevereiro de 1880.	40.998	22/2/1957

Fonte: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça

Quadro de Acordos Internacionais firmados pelo Brasil com Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Uruguai e Venezuela em matéria de cooperação jurídica (Continuação)

Acordo	Decreto de promulgação	Data da promulgação
Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina	1.560	18/7/1995
Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro	1.925	10/6/1996
Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior	5.919	3/10/2006
Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias	1.899	9/5/1996
Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias		
Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado	1.979	9/8/1996
Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais	3.468	17/5/2000
Acordo de Arbitragem Comercial Internacional entre o MERCOSUL, Bolívia e Chile	4.83	9/10/2003
Acordo sobre o Benefício da Justiça Gratuita e a Assistência Jurídica Gratuita entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile	132	17/2/2006
Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai	1.850	10/4/1996

Fonte: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça

**Relatório Estatístico de Processos de Auxílio Jurídico Ativo Civil Relativo ao
Período compreendido entre 1/1/2004 e 31/7/2007**

Países que sofreram mais demandas

País	Quantidade	Porcentagem
Portugal	1193	18,1
Japão	1100	16,7
Argentina	526	8
Alemanha	366	5,6
Itália	326	4,9
Espanha	289	4,4
Uruguai	226	3,4
Paraguai	162	2,5
França	149	2,3
Bolívia	130	2
Suíça	124	1,9
Reino Unido	116	1,8
Canadá	108	1,6
Chile	100	1,5
Angola	68	1
Peru	68	1

Estados da Federação que mais demandaram

Estado	Quantidade	Porcentagem
São Paulo	2963	44,9
Rio de Janeiro	1060	16,1
Rio Grande do Sul	651	9,9
Minas Gerais	419	6,4
Paraná	285	4,3
Distrito Federal	253	3,8

Pedidos mais recorrentes

Tipo	Quantidade	Porcentagem
Rogatória	6572	99,7
Auxílio Jurídico	21	0,3

Total de Processos: 6593 = 100%

Fonte: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça

**Relatório Estatístico de Processos de Auxílio Jurídico Passivo Civil Relativo
ao Período compreendido entre 1/1/2004 e 31/7/2007**

Países que mais demandaram

País	Quantidade	Porcentagem
Argentina	758	46
França	372	22,6
Itália	153	9,3
EUA	124	7,5
Espanha	103	6,2
Uruguai	58	3,5
Panamá	16	1
Paraguai	16	1
Portugal	15	0,9
Alemanha	9	0,5
Japão	4	0,2
Holanda	3	0,2
Chile	3	0,2
Suíça	3	0,2
Bolívia	2	0,1
Áustria	1	0,1

Estados da Federação que mais foram demandados

Estado	Quantidade	Porcentagem
São Paulo	555	33,7
Rio Grande do Sul	264	16
Rio de Janeiro	259	15,7
Distrito Federal	103	6,2

Pedidos mais recorrentes

Tipo	Quantidade	Porcentagem
Rogatória	1635	99,2
Auxílio Jurídico	13	0,8

Total de Processos: 1648 = 100%

Fonte: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça

A atuação do Ministério Público

Militar em decorrência do recebimento de “denúncia anônima”

Alexandre Reis de Carvalho

Promotor de Justiça Militar

Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo (USP)

Pós-graduado pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT)

1. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

A investigação das condutas que constituem, em tese, infrações penais é atividade precípua da polícia judiciária. Todavia, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) remete a outras autoridades e instituições do Estado o poder investigatório direto e a atribuição de requisitar a instauração de inquérito policial, sem que isso cause qualquer prejuízo à atuação daqueles órgãos de investigação.

Dentre as instituições dotadas desses poderes investigatórios e requisitórios, encontra-se o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, como ramo integrante do MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO, consoante previsão contida no art. 129, incs. VI, VII e VIII, da CRFB, art. 7º, incs. I, II e III, art. 8º, incs. I, II, IV, VII, e art. 117, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar nº 75/93) e, ainda, art. 10, letra “e”, do Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Em que pese a clareza e harmonia das referidas normas de atribuição funcional e instrumentalidade funcional, o poder investigatório conferido ao MINISTÉRIO PÚBLICO (da União e dos Estados) tem sido interessadamente questionado e arguido de inconstitucionalidade perante as várias instâncias do Poder Judiciário, tendo, recentemente, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ratificado, em sede do RE nº 535478/SC, “*não haver óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da*

prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal.”¹

Evidente que, sendo a investigação criminal atividade principal da polícia judiciária, a atuação do Ministério Público na condução e presidência da investigação criminal será limitada a casos graves ou de elucidação obstaculizada, ainda que de forma velada, por interesses de autoridades ou sujeitos com grande poder de influência pessoal ou econômica. A casuística tem demonstrado que, nesses casos, o melhor resultado decorre da atuação

¹ **Ementa:** “*A Turma negou provimento a recurso extraordinário, em que se sustentava invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal, porque este estaria presidindo investigação criminal, e ilegalidade da quebra do sigilo de dados do recorrente. Na espécie, o recorrente tivera seu sigilo bancário e fiscal quebrado para confrontação de dados da CPMF com a declaração de imposto de renda, com o intuito de se apurar possível sonegação fiscal. Quanto à questão relativa à possibilidade de o Parquet promover procedimento administrativo de cunho investigatório e à eventual violação da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da CF, considerou-se irrelevante o debate. Asseverou-se que houvera a devida instauração de inquérito policial para averiguar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, bem como que o Ministério Público requerera, a título de tutela cautelar inominada, ao juízo competente, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários do recorrente. Considerou-se, ademais, que, mesmo que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente, haja vista que a denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do Ministério Público sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o CPP. Reputou-se não haver óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, especialmente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias. Aduziu-se, tendo em conta ser princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios, que se a atividade fim - a promoção da ação penal pública - foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não haveria como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. Dessa forma, concluiu-se pela possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público, especialmente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador dessa investigação. No mais, afastou-se a apontada violação ao princípio da irretroatividade das leis, devido à invocação do disposto na Lei nº 10.174/2001 para utilização de dados da CPMF, haja vista que esse diploma legal passou a autorizar a utilização de certas informações bancárias do contribuinte para efeitos fiscais, mas, mesmo no período anterior a sua vigência, já era possível a obtenção desses dados quando houvesse indícios de prática de qualquer crime. Não se trataria, portanto, de eficácia retroativa dessa lei, e sim de apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias. No que tange aos demais argumentos apresentados, não se conheceu do recurso, já que as matérias teriam natureza infraconstitucional.*” (RE 535478/SC, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 28.10.2008).

conjunta entre Ministério Público, Polícia Judiciária e respectivos órgãos de inteligência.

1.1. Notícia de crime, delação e “denúncia” anônima

A atuação do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR na apuração da materialidade e dos indícios de autoria dos delitos militares, em tese, não está condicionada aos fatos ou comunicações que lhe chegam ao conhecimento por meio da Autoridade de Polícia Judiciária Militar (Inquérito Policial Militar, Auto de Prisão em Flagrante e outros procedimentos congêneres) ou de Autoridades do Judiciário (declinação de competência ou remessa de peças de autos), Executivo (Controladoria-Geral da União, Ministério da Justiça, respectivas Polícias e diversas ouvidorias), Legislativo (Tribunal de Contas da União, Comissão Parlamentar de Inquérito), entre outros órgãos da sociedade (Ordem dos Advogados do Brasil, Pastorais, Organizações não Governamentais etc.).

O conhecimento de fato delituoso, em tese, pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR pode ocorrer de forma espontânea (testemunho direto, acesso ao teor de reportagem, notícia ou matéria jornalística etc.) ou por meio de comunicação direta (escrita ou oral) formulada pelo suposto *Ofendido (vítima)* ou seu representante *legal*, hipóteses estas denominadas pela doutrina de notícia-crime. Tal conhecimento opera-se, ainda, por meio de comunicação promovida por *terceiro*, ou seja, *qualquer do povo*, o que se convencionou denominar de delação de crime. Tais hipóteses estão previstas e autorizadas no art. 33 do Código de Processo Penal Militar (análogo ao art. 5º, § 3º, do CPP) e na Resolução nº 13/CNMP, do Conselho Nacional do Ministério Público, e Resolução nº 51/CSMPM, do Conselho Superior do Ministério Público Militar, normas que serão analisadas oportunamente.

Ocorre, entretanto, que algumas comunicações são apresentadas sem a devida identificação do respectivo autor, podendo dar-se por meio de correspondência, mensagem eletrônica, telefonemas ou entrega pessoal de escritos no protocolo das Procuradorias. Tais comunicações são conhecidas e nominadas, popularmente, como “denúncia anônima” ou “denúncia apócrifa”, embora a expressão técnica mais adequada possa ser “delação anônima”, uma vez que “denúncia” é a peça jurídica de elaboração privativa do Ministério Público para a deflagração da ação penal perante o Poder Judiciário, conforme previsão contida nos arts. 77 a 81, do CPPM, conjugado com o art. 5º, inc. LIX, da CRFB, e arts. 24, 29 e 45 do CPP.

É compreensível a popularização daquelas expressões, uma vez que o art. 343 do Código Penal Militar (correspondente ao art. 339 do Código Penal Brasileiro) contém a rubrica (*nomen iuris*) “denúnciação caluniosa”, para denominar a conduta do sujeito que dá causa à instauração de inquérito ou ação penal militar contra alguém, imputando-lhe crime sujeito à jurisdição militar, de que o sabe inocente.

1.2. Delimitação do aparente conflito de bens jurídicos

Invariável a expressão escolhida, impõem-se relevantes questões acerca das consequências jurídicas decorrentes do recebimento de delação anônima:

a) **Deve ou pode o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR au-tuar, conhecer e, ainda, promover a investigação dos fatos delituosos, em tese, narrados por meio do anonimato?**

b) **Pode-se requisitar, *incontinenti*, a instauração de Inquérito Policial Militar; ou deve o Órgão Ministerial arquivar, de plano, tal comunicação, haja vista a vedação constitucional do anonimato?**

Os incisos IV e X, do art. 5º da CRFB, consagram a liberdade de pensamento; entretanto, tais normas vedam, expressamente, o anonimato, **limitando o exercício democrático dessa liberdade e protegendo a incolumidade dos direitos da personalidade** (honra, imagem, intimidade etc.), *verbis*:

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

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (grifei)

Igualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 37) fixou as normas-princípios e normas-regras que deverão reger a Administração Pública – Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade, Eficiência, entre várias outras, explícitas e implícitas. No que tange aos Órgãos de Segurança Pública do Estado, atribuiu a competência (art. 144 da CRFB) para apurar as infrações penais, desde que observadas as esferas de atribuição de cada corporação – Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Civil, Polícia Judiciária Militar² (da União e respectivas Unidades Federativas) – e, evidentemente, as regras de respeito à dignidade da pessoa humana e aos demais direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, a delação anônima, notadamente quando veicular a imputação de supostas práticas delituosas, pode fazer instaurar situações de tensões dialéticas entre valores essenciais – igualmente protegidos pelo ordenamento constitucional –, dando causa ao surgimento de verdadeiro estado de colisão de direitos, caracterizado pelo confronto de liberdades revestidas de idêntica estatura jurídica (art. 5º, incs. IV e X, e arts. 37 e 144, todos da CRFB), a reclamar solução que torne possível eleger um dos direitos básicos em detrimento do antagonismo normativo titularizado por sujeito diverso daquele³.

A superação de tais antagonismos já foi devidamente enfrentada pelas Cortes Superiores, com as dificuldades e divergências naturais que a questão impõe.

2. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

As decisões do SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR serão analisadas no item nº 4 deste estudo (Análise no campo do Direito Militar).

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, há quase uma década, tem firmado o entendimento de que a **delatio criminis anônima** não constitui, isoladamente, causa de deflagração da ação penal, que surgirá, em sendo o caso, da investigação policial decorrente que houver colhido os elementos suficientes para a denúncia. Observando, entretanto, que a Constituição Federal (art. 5º,

² Art. 144, § 4º, última parte, da CRFB.

³ Voto do Ministro CELSO DE MELLO proferido no julgamento do **Inquérito nº 1957-7/PR**, em 11/05/2005.

IV) veda o anonimato na manifestação do pensamento, nada impede, porém, o dever da autoridade policial em proceder à investigação, cercando-se naturalmente, das cautelas imprescindíveis. (RHC nº 7.329/MG. Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES. Sexta Turma. Julgado em 16/04/1998).

Note-se que a Autoridade competente deve cercar-se de “cautela” ao proceder à análise e apuração dos fatos apócrifos. Ao receber a delação, o Poder Público deve verificar se a notícia veiculada apresenta, no contexto fático, indícios de verossimilhança, a fim de instaurar procedimento forma de investigação. Não se exige, para tanto, uma confirmação em nível de certeza, mas de possibilidade concreta, consubstanciada em circunstâncias fáticas que indiquem a materialidade do crime e levantem suspeitas de autoria⁴.

Tal entendimento tem sido reiterado naquela Corte de Justiça, no sentido de que não há ilegalidade na instauração de processo administrativo (*lato sensu*) com fundamento em “denúncia anônima”, por conta do poder-dever de autotutela imposto à Administração e, por via de consequência, ao administrador público (MS nº 12385/DF. Rel. Min. PAULO GALLOTTI. Terceira Seção. Julgado em 14/05/2008).

No mesmo sentido são os Acórdãos do STJ: **a)** HC nº 91727-MS. Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA; Quinta TURMA. Julgado em 02/12/2008; **b)** RMS nº 19741-MT. Rel. Min. FELIX FISCHER. Quinta TURMA. Julgado em 11/03/2008; **c)** HC nº 44.649-SP. Rel. Min. LAURITA VAZ. Quinta Turma. Julgado em 11/09/2007 e publicado no DJ de 08/10/2007; **d)** RMS nº 4.435/MT, Rel. Min. ADHEMAR MACIEL. Sexta Turma. Julgado em 25/09/1995 e publicado no DJ de 04/12/1995; e **e)** RHC nº 7.363/RJ, Rel. Min. ANSELMO SANTIAGO. Sexta Turma. Julgado em 07/05/1998 e publicado no DJ de 15/06/1998.

No SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, o caso paradigmático (*leading case*) operou-se com o julgamento do Inquérito nº 1957-7/PR (Relator Min. CARLOS VELLOSO; Julgado em 11/05/2005), em que o MINISTÉRIO PÚBLICO do Estado do PARANÁ requisitou (e acompanhou) a realização de inquérito policial, a partir de delação anônima que narrava suposta irregularidade na dispensa de licitação realizada na Prefeitura da cidade de Curitiba/PR.

⁴ DE MORAES, Rodrigo Iennaco. Da validade do procedimento de persecução criminal deflagrado por denúncia anônima no Estado Democrático de Direito. (<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9317>)

Em decorrência da eleição de um dos indiciados para o cargo de Deputado Federal, a competência para conhecer dessa questão deslocou-se para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (art. 102, letra “b”, da CRFB e Súmula 704 do STF), tendo, então, a Procuradoria-Geral da República oferecido (ratificado) a exordial acusatória perante aquela Corte Suprema.

Após a prolação do voto do Ministro-Relator, foi levantada questão de ordem pelo Ministro MARCO AURÉLIO, que arguiu ser inviável o conhecimento dos fatos apurados no Inquérito (nº 1957-7/PR), haja vista que o elemento básico que desaguou na apuração de certos dados foi uma carta anônima.

Concluídos os debates, o Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL firmou o entendimento, por maioria⁵ de 08 (oitos) votos, no sentido de que, observadas determinadas cautelas e preservando-se a imagem, honra e intimidade do eventual imputado, a comunicação anônima de fato delituoso, em tese, pode (e deve) ensejar o desenvolvimento das investigações e pesquisas preliminares necessárias à confirmação da mínima verossimilhança dos fatos narrados.

Os judiciosos argumentos deduzidos no voto do Ministro CELSO DE MELLO capitanearam o entendimento prevalente de que o Poder Público pode ser provocado por comunicações anônimas e, em consequência, adotar as medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, “com prudência e discrição”, a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, desde que o faça com objetivo de conferir a verossimilhança dos fatos nela denunciados. Em caso positivo, deverá ser promovida a formal instauração da “*persecutio criminis*”, mantendo-se, assim, completa desvinculação desse procedimento estatal em relação à peça apócrifa, *verbis*:

“Tenho para mim, portanto, Senhor Presidente, em face do contexto referido nesta questão de ordem, que nada impedia, na espécie em exame, que o Poder Público, provocado por

⁵ **Decisão:** O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Senhor Ministro MARCO AURÉLIO a respeito da carta anônima, vencido sua Excelência, que foi acompanhado dos Senhores Ministros CEZAR PELUSO e EROS GRAU. Presidência do Senhor Ministro NELSON JOBIM.

Presentes à sessão de julgamento os Senhores Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, CELSO DE MELLO, CARLOS VELLOSO, MARCO AURÉLIO, ELLEN GRACIE, GILMAR MENDES, CEZAR PELUSO, CARLOS BRITO, JOAQUIM BARBOSA e EROS GRAU. Procurador-Geral da República, Dr. CLAUDIO LEMOS. (Extrato da Ata do julgamento do Inquérito nº 1957-7 – PR)

denúncia anônima, adotasse medidas informais destinadas a apurar, previamente, em averiguação sumária, ‘com prudência e discrição’ (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Elementos de Direito Processual Penal”, vol. I/147, item n. 71, 2ª ed., atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium), a possível ocorrência de eventual situação de ilicitude penal, com o objetivo de viabilizar a ulterior instauração de procedimento penal em torno da autoria e da materialidade dos fatos reputados criminosos, desvinculando-se a investigação estatal (‘informatio delicti’), desse modo, da delação formulada por autor desconhecido, considerada a relevante circunstância de que os escritos anônimos – aos quais não se pode atribuir caráter oficial não se qualificam, por isso mesmo, como atos de natureza processual. (...)

Esse entendimento também fundamentou julgamento que proferi, em sede monocrática, a propósito da questão pertinente aos escritos anônimos. Ao assim julgar, proferi decisão que restou consubstanciada na seguinte ementa:

‘DELAÇÃO ANÔNIMA. COMUNICAÇÃO DE FATOS GRAVES QUE TERIAM SIDO PRATICADOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES QUE SE REVESTEM, EM TESE, DE ILICITUDE (PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS SUPOSTAMENTE DIRECIONADOS E ALEGADO PAGAMENTO DE DIÁRIAS EXORBITANTES). A QUESTÃO DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ANONIMATO (CF, ART. 5º, IV, ‘IN FINE’), EM FACE DA NECESSIDADE ÉTICO-JURÍDICA DE INVESTIGAÇÃO DE CONDUTAS FUNCIONAIS DESVIANTES. OBRIGAÇÃO ESTATAL, QUE, IMPOSTA PELO DEVER DE OBSERVÂNCIA DOS POSTULADOS DA LEGALIDADE, DA IMPESSOALIDADE E DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA (CF, ART. 37, ‘CAPUT’), TORNA INDERROGÁVEL O ENCARGO DE APURAR COMPORTAMENTOS EVENTUALMENTE LESIVOS AO INTERESSE PÚBLICO. RAZÕES DE INTERESSE SOCIAL EM POSSÍVEL CONFLITO COM A EXIGÊNCIA DE PROTEÇÃO À INCOLUMIDADE MORAL DAS PESSOAS (CF, ART. 5º, X). O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO CIDADÃO AO FIEL DESEMPENHO, PELOS AGENTES ESTATAIS, DO DEVER DE PROIBIÇÃO CONSTITUIRIA UMA LIMITAÇÃO EXTERNA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE? LIBERDADES EM

ANTAGONISMO. SITUAÇÃO DE TENSÃO DIALÉTICA ENTRE PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DA ORDEM CONSTITUCIONAL. COLISÃO DE DIREITOS QUE SE RESOLVE, EM CADA CASO OCORRENTE, MEDIANTE PONDERAÇÃO DOS VALORES E INTERESSES EM CONFLITO. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. LIMINAR INDEFERIDA’⁶.

(...) Vê-se, portanto, não obstante o caráter apócrifo da delação ora questionada, que, tratando-se de revelação de fatos revestidos de aparente ilicitude penal, existia, efetivamente, a possibilidade de o Estado adotar medidas destinadas a esclarecer, em sumária e prévia apuração, a idoneidade das alegações que lhe foram transmitidas, desde que verossímeis, em atendimento ao dever estatal de fazer prevalecer – consideradas razões de interesse público – a observância do postulado jurídico da legalidade, que impõe, à autoridade pública, a obrigação de apurar a verdade real em torno da materialidade e autoria de eventos supostamente delituosos.”

Tal entendimento jurisprudencial tem-se consolidado naquela Corte Suprema:

a) RHC nº 86082/RS. Rel. Min. ELLEN GRACIE. Segunda Turma. Julgado em 05/08/2008; b) HC nº 85964/PE. Rel. Min. MARCO AURÉLIO⁷. Primeira Turma. Julgado em 29/06/2005; e c) HC nº 91350/SP. Rel. Min. ELLEN GRACIE. Segunda Turma. Julgado em 17/06/2008.

3. POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Mesmo antes de a jurisprudência pátria ter admitido a investigação criminal estatal decorrente de delação anônima – observadas as cautelas necessárias já apontadas – a doutrina já desposava tal entendimento, *verbis*:

⁶ Referência ao despacho de indeferimento de liminar proferido no MS nº 24.369-MC/DF; Rel. Min. CELSO DE MELLO; *in* Informativo/STF nº 286/2002.

⁷ Note-se que o Ministro MARCO AURÉLIO foi voto vencido no julgamento do citado Inquérito nº 1957-7/PR (Relator Min. CARLOS VELLOSO; Julgado em 11/05/2005). Todavia, nesse caso em concreto, firmou entendimento de que a atividade policial encetada a partir de “denúncia anônima” teve a validade e legalidade necessária para desaguar na consequente prisão preventiva e ação penal.

“No direito pátrio, a lei penal considera crime a denúncia caluniosa ou a comunicação falsa de crime (Código Penal, arts. 339 e 340), o que implica a exclusão do anonimato na notícia criminis, uma vez que é corolário dos preceitos legais citados a perfeita individualização de quem faz a comunicação de crime, a fim de que possa ser punido, no caso de atuar abusiva e ilicitamente.

Parece-nos, porém, que nada impede de a prática de atos iniciais de investigação da autoridade policial, quando delação anônima lhe chega às mãos, uma vez que a comunicação apresente informes de certa gravidade e contenha dados capazes de possibilitar diligências específicas para a descoberta de alguma infração ou seu autor. Se, no dizer de G. Leone, não se deve incluir o escrito anônimo entre os atos processuais, não servindo ele de base à ação penal, e tampouco como fonte de conhecimento do juiz, nada impede que, em determinadas hipóteses, a autoridade policial, com prudência e discricção, dele se sirva para pesquisas prévias. Cumpre-lhe, porém, assumir a responsabilidade da abertura das investigações, como se o escrito anônimo não existisse, tudo se passando como se tivesse havido notícia criminis inqualificada.”

(FREDERICO MARQUES, José. Elementos de Direito Processual Penal, v. 1. Campinas: Bookseller, 1998. Pág.147)

“Entretanto, somos levados a acreditar que as denúncias anônimas podem e devem produzir efeitos. Não nos esqueçamos que a autoridade policial pode investigar algo de ofício e, para tanto, caso receba uma comunicação não identificada, relatando a ocorrência de um delito de ação pública incondicionada, pode dar início à investigação e, com mínimos elementos em mãos, instaura o inquérito. Embora não se tenha configurado uma autêntica delatio criminis, do mesmo modo o fato pode ser averiguado. Vale mencionar o ensinamento de Maurício Henrique Guimarães Pereira: ‘O nosso particular entendimento é de que, em sede de comunicação anônima ou apócrifa de crime, a própria lei concilia os interesses da administração da justiça e da honra objetiva do denunciado, que são os bens jurídicos tutelados no crime de denúncia caluniosa, com o princípio da obrigatoriedade, que é comum a ambas as fases

da persecução penal, ao dispor que ‘qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial’, mas, esta, somente após verificar ‘a procedência das informações’, por força da vedação constitucional, mandará instaurar inquérito (art. 5º, § 3º [CPP])’. Acrescenta o autor que a investigação de uma denúncia realizada anonimamente deve ser feita em absoluto sigilo, até que se descubram elementos de veracidade, o que permitirá, então, a instauração, de ofício, do inquérito policial, como se a comunicação apócrifa não tivesse ocorrido (Habeas corpus e polícia judiciária, p. 203-205)”.

(NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Pág. 90).

Comungando do entendimento de que os Órgãos estatais deverão se valer, portanto, das diligências e requisições preliminares (e necessárias) para a verificação da procedência das informações veiculadas em denúncia anônima, a fim de obter, de forma discreta e sigilosa, os elementos de convicção capazes de fundamentar o início do procedimento formal de investigação, com todas as medidas a ele inerentes, encontram-se ROGÉRIO LAURIA TUCCI, JULIO FABBRINI MIRABETE e FERNANDO CAPEZ, *verbis*:

“Não deve haver qualquer dúvida, de resto, sobre que a notícia do crime possa ser transmitida anonimamente à autoridade pública [...].

[...] constitui dever funcional da autoridade pública destinatária da notícia do crime, especialmente a policial, proceder, com a máxima cautela e discrição, a uma investigação preambular no sentido de apurar a verossimilhança da informação, instaurando o inquérito somente em caso de verificação positiva.”

(TUCCI, Rogério Lauria. Persecução Penal, prisão e liberdade. São Paulo: Saraiva, 1980. Pág. 34-35.)

“(...) Não obstante o art. 5º, IV, da CF, que proíbe o anonimato na manifestação do pensamento, e de opiniões diversas, nada impede a notícia anônima do crime (notitia criminis inqualificada), mas, nessa hipótese, constitui dever funcional da autoridade pública destinatária, preliminarmente, proceder

com a máxima cautela e discrição a investigações preliminares no sentido de apurar a verossimilhança das informações recebidas. Somente com a certeza da existência de indícios da ocorrência do ilícito é que deve instaurar o procedimento regular.”

(MIRABETE. JULIO FABBRINI. Código de Processo Penal Interpretado. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2000. Pág. 95)

“A delação anônima (notitia criminis inqualificada) não deve ser repelida de plano, sendo incorreto considerá-la sempre inválida; contudo, requer cautela redobrada por parte da autoridade policial, a qual deverá, antes de tudo, investigar a verossimilhança das informações.”

(CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78)

O Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, doutrinador contrário à legalidade das denúncias anônimas, entende que, em determinados casos, estas devem ser admitidas com as cautelas já citadas:

“Disque-denúncia. Assinale-se que já se tornou praxe, na Polícia, o denominado ‘Disque-Denúncia’. Contudo, a autoridade que receber a denúncia não tem nenhuma obrigação de atendê-la. Mas, se quiser empreender a investigação, que o faça de maneira discreta, mantendo absoluto sigilo, e se por acaso houver êxito, que se instaure o inquérito. O que não pode é a Autoridade Policial, tão logo receba a denúncia anônima, sair por aí fazendo investigações, expondo pessoas a vexames e humilhações. Se o fizer, decerto incidirá nas sanções do art. 4º, h, da Lei n. 4.898/65.”

(Código de Processo Penal Comentado. Arts. 1º a 393. 11ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. Pág. 49).

4. CONSIDERAÇÕES NA CAMPO DO DIREITO MILITAR

Em pesquisa jurisprudencial no SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR, há apenas um caso em que foi submetido à análise daquela Corte, em questão preliminar, a legalidade da investigação criminal (e consequente ação penal

condenatória) ter-se iniciado por meio de fatos narrados anonimamente, tendo:

“(...) o e. STM resolveu, sem discrepância de votos, rejeitá-la [preliminar] por entender que o fato de o inquérito policial militar, que deu origem ao presente processo, ter sido instaurado com base em fatos narrados em cartas anônimas, não encerra qualquer irregularidade, mesmo porque o referido IPM poderia ter sido trancado pela via de habeas corpus, e o recebimento da denúncia indica que, em tese, houve os crimes e a autoria é incontestada.”

(Apelação nº 2002.01.049195-3/MS. Rel. Min. Gen Ex EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA. Rev. Min. CARLOS ALBERTO MARQUES SOARES. Julgada em 08/04/2003).

Importante registrar que, por ocasião da análise da referida preliminar, o **STM entendeu que** o disposto nos art. 5º, inc. IV, da CRFB, e **art. 33, § 1º, do CPPM** – *“As informações, se escritas, deverão estar devidamente autenticadas”*⁸ – não devem ser interpretados de forma absoluta e, portanto, **não possuem o condão de obstaculizar a instauração da investigação policial militar (formal)**, que é procedimento administrativo preparatório para a promoção de eventual ação penal militar. Naquela oportunidade, não se fez qualquer ressalva (ou observação) quanto à necessidade da realização de diligências prévias comprobatórias da verossimilhança, mínima, dos fatos narrados.

Oportuno registrar que, no **parágrafo único do art. 343 do Código Penal Militar**, está previsto o agravamento da pena para os casos em que agente delator valha-se do anonimato: *“A pena é agravada, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.”*

O saudoso Ministro NELSON HUNGRIA, ao comentar dispositivo análogo contido no **art. 339, § 1º, do Código Penal Brasileiro** (correspondente ao **art. 343 do CPM**), sob a égide da Constituição Republicana de 1946, que expressamente não permitia o anonimato (art. 141, § 5º), à semelhança do que se registra, presentemente, com a vigente Lei Fundamental (art. 5º, IV,

⁸ O art. 33, § 1º, do CPPM não possui correspondente no Código Penal Brasileiro.

“in fine”), enfatiza a imprescindibilidade da investigação, ainda que motivada por delação anônima, desde que fundada em fatos verossímeis:

“Segundo o § 1º do art. 339, ‘A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto’. Explica-se: o indivíduo que se resguarda sob o anonimato ou nome suposto é mais perverso do que aquele que age sem dissimulação. Ele sabe que a autoridade pública não pode deixar de investigar qualquer possível pista (salvo quando evidentemente inverossímil), ainda quando indicada por uma carta anônima ou assinada com pseudônimo; e, por isso mesmo, trata de esconder-se na sombra para dar o bote viperino. Assim, quando descoberto, deve estar sujeito a um plus de pena.”⁹

O recebimento e o conhecimento (direto) de notícia ou delação de crime pelo MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR estão previstos e autorizados no art. 33 do Código de Processo Penal Militar (análogo ao art. 5º, § 3º, do CPP) e na Resolução nº 13/CNMP, do Conselho Nacional do Ministério Público, e Resolução nº 51/CSMPM, do Conselho Superior do Ministério Público Militar, *verbis*:

“Art. 33 - Qualquer pessoa, no exercício do direito de representação, poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, dando-lhe informações sobre fato que constitua crime militar e sua autoria, e indicando-lhe os elementos de convicção.

1º As informações, se escritas, deverão estar devidamente autenticadas; se verbais, serão tomadas por termo perante o juiz, a pedido do órgão do Ministério Público, e na presença deste.

2º Se o Ministério Público as considerar procedentes, dirigir-se-á à autoridade policial militar para que esta proceda às diligências necessárias ao esclarecimento do fato, instaurando inquérito, se houver motivo para esse fim.” (grifei)

“Resolução nº 51/CSMPM, de 29 de novembro de 2006. Regulamenta o Procedimento Investigatório Criminal – PIC, no Ministério Público Militar.

⁹ *Comentários ao Código Penal*. Vol. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1958. Pág. 466.

(...)

Art. 2º *Em poder de quaisquer peças de informação, o membro do Ministério Público Militar poderá:*

I - *promover a ação penal cabível;*

II - *instaurar procedimento investigatório criminal;*

III - *promover fundamentadamente o respectivo arquivamento; e*

IV - *requisitar a instauração de inquérito policial militar.*

Art. 3º *O Procedimento Investigatório Criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público Militar, no âmbito de suas atribuições, ao tomar conhecimento de infração penal, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação.”* (grifei)

“RESOLUÇÃO nº 13/CNMP, de 02 de outubro de 2006. Regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências.

(...)

“Art. 3º - O procedimento investigatório criminal poderá ser instaurado de ofício, por membro do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições criminais, ao tomar conhecimento de infração penal, por qualquer meio, ainda que informal, ou mediante provocação.

(...)

Art. 4º - O procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria fundamentada, devidamente registrada e atuada, com a indicação dos fatos a serem investigados e deverá conter, sempre que possível, o nome e a qualificação do autor da representação e a determinação das diligências iniciais.” (grifei)

Note-se que as Resoluções que tratam da regulamentação do Procedimento Investigatório Criminal não fazem qualquer restrição à apuração, ainda que de forma preliminar, de fatos criminosos, em tese, comunicados de forma anônima. Quanto à suposta restrição contida na expressão “autenticadas” (§ 1º, primeira parte, do art. 33, do CPPM), tal questão já foi devidamente mitigada pela interpretação, no caso concreto, realizada pelo SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (Apelação nº 2002.01.049195-3/MS) e pela *interpretação conforme*

dada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Inquérito nº 1957-7/PR; MS nº 24.369-MC/DF; RHC nº 86082/RS; HC nº 85964/PE; HC nº 91350/SP).

A Câmara¹⁰ de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar (CCR/MPM) tem, igualmente, como certo que a notícia anônima não deve, de imediato, promover a instauração de qualquer procedimento formal. Todavia, havendo indicação de fatos e nomes a serem investigados, não deve ser rechaçada de plano sob o argumento do anonimato. *“O medo de alguns não pode encobrir a atividade ilícita de outros. Cabe ao Estado a triste realidade em que estamos mergulhados, onde, ao sentimento de impunidade, junta-se o sentimento de sofrer represálias ao se apontar o que é imoral, ilegal e injusto.”* (Parecer¹¹ da CCR/MPM exarado no Protocolo nº 0667/07/DDJ, que foi integralmente acolhido pela Procuradora-Geral da Justiça Militar. Publicado no Diário de Justiça – Seção 1 – nº 8 – páginas 7/11, publicado em 11/01/2008.)

4.1 Fiscalização e função especial do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Feitas essas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, cabe esclarecer que o presente estudo não pretende estimular ou amparar a prática do denunciismo, mormente na modalidade anônima, mas tão somente fazer uma análise (e contribuir para o esclarecimento dos atores do Direito Militar) dos deveres legais impostos ao MINISTÉRIO PÚBLICO em decorrência do conhecimento de fatos criminosos, em tese, apresentados por meio do anonimato.

Cabe, ainda, o dever de confortar os (cidadãos e agentes do Estado) justos e de boa-fé e, por outro lado, advertir os precipitados, zombeteiros e inconseqüentes, no sentido de que a forma apócrifa e a natureza anônima da delação não impedem ou eximem os Órgãos de Polícia, a Autoridade Administrativa, o Imputado e mesmo o MINISTÉRIO PÚBLICO de promover todas as diligências e investigações cabíveis para apurar o delator anônimo ou dissimulado que, valendo-se do anonimato, faz imputações inverídicas e levianas, com o

¹⁰ Acolhendo a necessidade de realizar diligências preliminares de fatos conhecidos por meio de comunicação apócrifa: Protocolo DDJ nº 1043/08 (PIC nº 92/2007 - PJM/Rio de Janeiro/RJ – 5º Ofício); Protocolo DDJ nº 1067/08 (PIC nº 01/2008 - PJM/Fortaleza/CE); e Protocolo PGJM nº 1290/2008 (PIC nº 131/2008 – PJM/Rio de Janeiro – 5º Ofício).

¹¹ Relatora: Subprocuradora-Geral MARIA LÚCIA WAGNER - Membro da CCR/MPM.

intuito de prejudicar a imagem e ofender a honra alheias e, ainda, movimentar, inconsequentemente, o aparato investigatório estatal.

Acerca das consequências desses desvios de condutas, acertadas são as conclusões do Juiz-Auditor JORGE LUIZ DE OLIVEIRA SILVA, *verbis*:

“A Justiça, o Ministério Público e as instituições policiais vivenciam seu cotidiano de afazeres incessantes, sempre em busca da realização da paz social, enquanto organismos vitais para a estruturação de uma sociedade pacífica, ordeira e justa. O acionamento indevido de tais instâncias gera um percalço indevido no fluxo da prestação de serviços à sociedade. Mais grave ainda é quando são manipulados para satisfazer interesses escusos, mesquinhos e insensatos.”

(Falsas Acusações de Assédio Moral no Ambiente Militar: A Outra Face da Moeda. Revista Direito Militar - Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais (AMAJME), edição n° 71, Maio/Junho de 2008.)

Torna-se, pois, oportuno registrar que compete ao MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, conforme disposto no art. 55 do Código de Processo Penal Militar, fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases da organização das Forças Armadas.

Conhecedores dessa função e responsabilidade especial (e única), os Órgãos do *Parquet* Castrense têm atuado dentro da legalidade e da impessoalidade, observadas as cautelas e preocupações necessárias e assinaladas pela doutrina e jurisprudência pátria, na apuração dos crimes militares, em tese, e no resguardo dos princípios basilares das Forças Armadas.

5. CONCLUSÕES

a) A manifestação anônima de vontade (e pensamento) é inconstitucional, mas a delação anônima nem sempre viola a Constituição, consoante o dominante entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio.

b) A denúncia anônima não autoriza, isolada e imediatamente, a instauração da persecução criminal, haja vista a necessidade de preservar a incolumidade moral das pessoas, a imagem das instituições e, no âmbito do Direito Militar, a preservação da hierarquia e disciplina.

c) O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR, ciente da prática de fato criminoso, em tese, comunicado por meio de delação anônima, tem o poder-dever de apurar, mediante cognição sumária e reservada, a verossimilhança da informação, em fiel observância ao princípio da legalidade.

d) Concluídas as investigações preliminares (e informais), o MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR encontra-se autorizado a requisitar a instauração de competente Inquérito Policial Militar ou, se for o caso, promover o Procedimento (Administrativo ou Extrajudicial) Investigatório Criminal (PIC).

e) A forma apócrifa e a natureza anônima da delação não impedem nem eximem a promoção das diligências e investigações cabíveis para revelar e responsabilizar o delator anônimo (ou dissimulado) que, valendo-se do anonimato, faz imputações inverídicas e levianas, com o intuito de prejudicar a imagem e ofender a honra alheias e, ainda, movimentar, inconsequentemente, o aparato investigatório estatal.

Ação civil pública na Justiça Militar¹

Octavio Augusto Simon de Souza

Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul

Inicialmente, quero cumprimentar e agradecer à Escola Superior do Ministério Público da União e ao Ministério Público Militar pelo convite para participar do seu Congresso Nacional.

Esse agradecimento e esse cumprimento têm por base o fato de que venho, assim como o Dr. Galvão, de Tribunal de Justiça Militar Estadual para falar aos colegas que militam junto à Justiça Militar da União – e ambos ostentando como galardão o fato de termos integrado as hostes do Ministério Público Estadual. No meu caso, por 20 anos como Promotor e Procurador de Justiça, estando agora, na vaga do Ministério Público, por 10 anos, no Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, que é o Tribunal Estadual mais antigo, com 90 anos completados em junho. Foi instalado em 1918, bem antes da fase constitucional da Justiça Militar. Sua história pode ser conferida na Revista que todos receberam.²

Assim, saúdo os colegas, com satisfação por poder integrar este painel, mas, de certa forma, receoso em face da novidade da matéria no âmbito da Justiça Militar Estadual, já que a nossa competência cível tem apenas três anos.

No entanto, parece-me fundamental a discussão que ora se propõe, pois se pode trazer a experiência da Justiça Militar Estadual num momento em que

¹ Palestra, como debatedor, no Congresso Nacional da Escola Superior do Ministério Público da União e do Ministério Público Militar - Canela/RS – 9 a 11 de setembro de 2008. A palestra principal foi ministrada pelo Dr. Fernando A. N. Galvão da Rocha, Juiz do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, com base no artigo citado na Nota de Rodapé nº. 6, infra.

² Revista Justiça Militar & Memória. Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul. Edição Especial. Ano I, nº. 0, jan./jun. 2008.

se discute a mesma competência para a Justiça Militar da União diante da perspectiva da aprovação da PEC 358/05.

Assim como ocorreu com Magistrados, advogados e membros do Ministério Público no âmbito estadual, também os que labutam na Justiça Militar da União terão de adequar-se aos novos tempos. Além da reestruturação material, haverá necessidade de uma reciclagem pessoal e profissional, já que o Direito Administrativo e o Direito Processual Civil farão parte da rotina de todos. A tradicional incumbência de julgamento dos crimes militares será acompanhada de uma perspectiva cível. Haverá necessária mudança de paradigma.

Como disse em meu livro³ sobre a Justiça Militar, a firmeza é básica para toda a sociedade, a fim de que ela possa viver com maior tranquilidade. A Justiça Militar, como Instituição, colabora com o Estado para que este possa alcançar os seus propósitos: assegura o controle do uso da força pelos integrantes da Polícia Militar [ou das Forças Armadas], que devem sopesar as suas ações, sejam de patrulhamento, sejam as de combate aos criminosos, sejam as de defesa da Pátria e dos poderes constitucionais, para trazer uma sensação de maior segurança e de melhor defesa para toda a sociedade.

Também afirmei⁴ que o Estado Democrático de Direito necessita de um Judiciário [e de um Ministério Público] forte e independente, para que dê ao povo o exato sentimento de segurança expresso pela certeza da aplicação dos princípios constitucionais dos atos do governo, do contraditório, da ampla defesa e do Devido Processo Legal. Esses princípios e sua aplicação correspondem a direitos e garantias fundamentais do indivíduo e da sociedade como um todo [aí incluídos os servidores militares].

Dessa forma, para início de conversa, deve-se partir do pressuposto da constitucionalidade do Regimento Disciplinar das Forças Armadas e o das Polícias Militares, o que já foi decidido pelo STF e pelo nosso Tribunal. Dezenas de ações têm questionado a constitucionalidade do Regulamento Disciplinar da Brigada Militar (doravante RDBM), pelo fato da previsão de detenção e prisão por Decreto. Alguns dos nossos Juizes de Direito têm acolhido essa alegação, mas o Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul firmou

³ SOUZA, Octavio Augusto Simon de. **Justiça Militar – Uma Comparação entre os Sistemas Constitucionais Brasileiro e Norte-Americano**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 126.

⁴ Obra citada, p. 121.

posição dando guarida à posição do Estado, visto que, entre outras razões, a Lei Complementar que definiu o Estatuto dos Militares delegou ao decreto a Regulamentação da questão, à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército, por exemplo.

Visto esse pressuposto, segue-se para o tipo de ações de competência da Justiça Militar. No âmbito estadual, como visto, são aquelas interpostas contra atos disciplinares⁵. Penso que a competência estadual é mais ampla do que aquela prevista na Proposta de Emenda Constitucional 358/05. Esta tem em vista as ações contra as punições disciplinares, enquanto que nós julgamos, em face da EC 45/04, as ações judiciais contra atos disciplinares, expressão essa que abrange as punições, mas não se esgota nelas.

A posição do debatedor é apenas a de destacar pontos abordados pelo palestrante para apoiá-lo ou dele divergir.

Antes de fazê-lo, tendo em vista os termos da PEC 358, quero dizer que me parece difícil que seja possível ao Ministério Público Militar ou aos legitimados concorrentes que ingressem com Ação Civil Pública junto à Justiça Militar da União, pois as punições disciplinares não ensejariam tal tipo de ação. Apenas o caso concreto, parece-me, dirá no futuro acerca dessa possibilidade. E, de qualquer maneira, penso que caberia à Justiça Federal dirimir o conflito.

Ao contrário, o Ministério Público dos Estados terá maior campo de atuação, pois as ações não se restringem apenas às punições havidas.

Vejam-se os casos de ações cíveis em andamento na Justiça Militar do Rio Grande do Sul, quase todos buscando a anulação do ato administrativo, seja pela inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar da Brigada Militar, seja porque não atendidos os princípios constitucionais garantidores dos direitos individuais. Também houve uma decisão do STJ determinando ao TJM/RS o julgamento por erro de inclusão (e aí o STJ decidiu contra o que pensa o Dr. Galvão – ver nota de rodapé nº. 6). Outro caso buscou o pagamento de indenização, em que foi declinada a competência. E um outro buscou a reintegração. As ações por dano moral não têm sido interpostas na Justiça Militar.

⁵ Art. 125, § 4º, da Constituição Federal.

De repente, o Ministério Público ingressa com ação cautelar e, posteriormente, com a principal, para impedir formatura no Curso Superior de Polícia Militar e, conseqüentemente, a obtenção do posto e da patente respectivos. Obtida a liminar, é interposto Agravo de Instrumento. À primeira vista, não há nada a ver com ato disciplinar militar e, portanto, incompetente a Justiça Militar para apreciar a questão.

Mas a questão que se apresentou é que o Ministério Público entendeu que havia matéria disciplinar em jogo, em face de ato disciplinar por omissão do Comando, pois deveria ter havido punição, e esta não ocorreu. Se tivesse havido punição, o comportamento seria rebaixado e a pessoa não poderia se formar. Em não havendo punição, que foi suspensa pelo Comandante, tudo estaria pronto para a formatura.

O caso mostra a diferença com a questão no âmbito da Justiça Militar da União. Concordo com a posição do Dr. Galvão, no seu artigo na Revista de Estudos e Informações⁶, de que o ato disciplinar pode ser comissivo ou omissivo, até porque o RDBM assim prevê em seu art. 7^o. Mas a punição disciplinar prevista na PEC 358 é, por si só, ação direta daquele que está na posição de punir.

Essa situação que ocorre na Justiça Militar do Rio Grande do Sul é diferente dos casos de exclusão de militares de cursos de formação, quando descobertas práticas deslustradoras da sua idoneidade moral, que são, por óbvio, da competência da Justiça Comum, tanto individual quanto coletivamente, visto que nada têm a ver com a disciplina.

Dirijo do Dr. Galvão na questão de avaliação dos atos de estágio probatório, logo depois dos concursos, quando ele diz no artigo citado que o seu exame cabe à Justiça Comum. Nesse caso, o militar já integra os quadros da Força Militar. Havendo transgressão disciplinar e ato punitivo, entendo que já possa se manifestar a Justiça Militar em ação individual eventualmente interposta. É claro, e aí concordo com ele, que seria possível Ação Civil Pública, na Justiça

⁶ Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Nº 19, julho de 2007, pág. 14.

⁷ “Transgressão disciplinar é qualquer violação dos princípios da ética, dos deveres ou das obrigações policiais militares, na sua manifestação elementar e simples, **bem como qualquer omissão ou ação contrária a preceitos legais ou regulamentares**” (grifos do autor).

Comum, para questionar normas administrativas ou sua aplicação ao concurso e ao estágio probatório, já que envolveria um número grande de pessoas.

Concordo com o fato de que a Ação Civil Pública pode ser manejada depois do dano, ou antes dele, para impedi-lo. Como disse o Dr. Fernando Galvão, não se estará respeitando o direito à segurança pública no caso de se deixar ocorrer o dano para depois buscar o ressarcimento. Assim, a Ação Civil Pública visa ao restabelecimento da ordem jurídica, de modo a prevenir o dano ao direito fundamental à segurança, estabelecida a competência da Justiça Militar quando essa ação disser respeito ao exercício do poder disciplinar. Se não, caberá à Justiça Comum dirimir o conflito.

Interessante a questão sobre a redução da jornada de trabalho, que teve reconhecida a natureza disciplinar pelo Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais,⁸ visto que seria transgressão disciplinar o atraso ou a falta ao serviço. Penso que se teria de pensar duas vezes a respeito da questão, mas a abordagem do assunto é instigante.

Concordo inteiramente com o que foi dito quanto à Ação Civil Pública a ser interposta na Justiça Militar para a tutela coletiva, quando disser respeito ao grupamento militar, desde que reflexa ou diretamente atingida a disciplina. Quanto à improbidade administrativa, seja com reflexos ou não na disciplina, se houver previsão de perda do cargo (no nosso caso, a perda da graduação ou do posto e da patente), esta é da competência da Justiça Militar. O artigo 125, parágrafo quarto, da Constituição, é claro e é específico para esses casos. Quaisquer efeitos da condenação ou pena acessória que tenha essa previsão devem ser aplicados pela Justiça Militar, vista a especialidade da disposição constitucional, e aí dirijo do palestrante.

Levanto uma questão para pensamento de todos: o artigo 225 da Constituição Federal impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, pois é direito de todos que ele seja ecologicamente equilibrado, em face de ser bem essencial à sadia qualidade de vida. O § 1º, VI, desse artigo deu ao Poder Público, para assegurar esse direito ao meio ambiente equilibrado, a incumbência de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino.

⁸ Cf. nota seis supra, pág. 22 do artigo citado.

Sendo assim, não seria viável uma Ação Civil Pública ou um Termo de Ajustamento de Conduta, no âmbito da Justiça Militar, para que as Forças Armadas ou as Polícias Militares intentassem ações, no âmbito das escolas/academias militares, para que houvesse cumprimento por parte de todos os alunos? Por exemplo, quanto à reciclagem? Se, como diz o Regulamento Disciplinar da Brigada Militar e, provavelmente, os demais regulamentos disciplinares, são manifestações essenciais da disciplina e da hierarquia a obediência às ordens superiores, a consciência das responsabilidades, a correção de atitudes e a rigorosa observância das prescrições legais e regulamentares (art. 4º do Dec. 43.245/04), então, vista a disposição constitucional referida, poderia a Administração Militar criar normas disciplinadoras visando à preservação ambiental.

Diz o art. 9º, § 1º, do RDBM, que as sanções disciplinares têm função educativa. Então, mais ainda razão para que se busque, via Ação Civil Pública, a concretização da prevenção ambiental. Se um dos objetivos do Ministério Público Militar é a proteção ambiental das áreas sob controle das Forças Armadas, então lhe cabem todas as iniciativas para que o patrimônio militar não seja vilipendiado.

Outro caso que poderia merecer atenção do Ministério Público Militar (ou dos Estados), se esta já não houve, é a questão da armazenagem de combustíveis nos estabelecimentos militares. Como é do interesse de todos que a segurança das instalações seja preservada, penso que caberia Ação Civil Pública para garanti-la. No caso, competência da Justiça Comum. Mas também seria competente a Justiça Militar, se a ação visasse à implantação de normas disciplinares a respeito.

Da mesma forma, com as mesmas peculiaridades quanto à competência mencionadas acima, a questão do recolhimento do lixo nas unidades militares, com a separação do lixo seco e do orgânico. Não só do lado externo, mas igualmente na parte interna dos edifícios. Imagine-se a quantidade de papel e plástico a ser reciclado se houver uma política de preservação ambiental. Dou o exemplo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul⁹: se ela pode recolher pilhas e baterias de celular; se pode dar destino ao óleo de fritura das suas cozinhas; se pode recolher e enviar para reciclagem as lâmpadas; se pode construir composteiras para o lixo orgânico recolhido das varreduras dos pátios

de seus campi; e se pode fazer a coletiva seletiva, então, com mais razão as Forças Armadas e as Polícias Militares, estruturadas nos pilares da hierarquia e da disciplina, podem criar ações nesse sentido, seja espontaneamente, seja por meio de Ações Cíveis Públicas movidas pelo Ministério Público.

Em verdade, cabe a nós, individualmente, nos nossos gabinetes e em nossas casas, começar a virada. Se eu posso, nas minhas caminhadas diárias, juntar ao menos um plástico ou uma garrafa e colocar no lixo seco, significando 360 garrafas ou plásticos por ano, imagine-se o somatório dos esforços de todos os que estão aqui, neste plenário, ou a junção de esforços de todos os integrantes das forças militares.

Depende apenas de nós o primeiro passo. Nós, individualmente. Nós, Ministério Público. Nós, Judiciário. É só começar. E já vai tarde.

⁹ Jornal da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, jun./jul. 2008, pág. 6.

A aplicação das inovações do

Direito Penal (dito) comum na Justiça Militar. Imposição ou omissão?

Antonio Facuri

Promotor de Justiça Militar

O Direito Penal, como controle social que é, tem como característica adequar-se às mudanças que naturalmente ocorrem em qualquer sociedade civilizada. Embora evidentemente mais complexo, o próprio garantismo jurídico, muito bem-adaptado por Luigi Ferrajoli, tem como supedâneo uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais, de quando em vez contraditórias.

Destarte, no fascinante ramo do direito penal militar, também ocorrem divergências e contradições entre a normatividade e a efetividade, reclamando reflexões maiores do que as simplórias saídas do tipo “não se deve aplicar determinada Lei na Justiça Militar pois não tem previsão legal”.

No que tange aos Estatutos Repressivos (castrense e comum), impende salientar que, conquanto publicados no mesmo Diário Oficial da União de 21.10.1969, o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1000/69) entrou em vigor a 1º/1/1970, e o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei 1002/69), após ter sua *vacatio legis* prorrogada por 9 anos, acabou sendo revogado pela Lei 6578, de 11.10.1978, sem ter entrado em vigor – contrariando a intenção do legislador penal, expressa no item 1º da Exposição de Motivos do CPM, em dar o máximo de unidade às leis substantivas penais brasileiras, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento dos mesmos temas, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das nossas leis penais em todo o território nacional.

Como sabemos, enquanto adiada a entrada em vigor do Código Penal de 1969, o então presidente Ernesto Geisel encaminhou ao Congresso o Projeto de Lei 2, de 22 de fevereiro de 1977, com o fito de alterar alguns dispositivos

do Código Penal de 1940 (Decreto-Lei 2848/40), do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais.

Tal projeto originou a Lei 6416, de 24 de maio de 1977, adaptando principalmente a execução penal à realidade que se impunha à época.

Com o sucesso da medida, foi encaminhado, também pelo presidente Geisel, outro Projeto de Lei, desta feita com a finalidade de revogar o Código Penal de 1969, baseado no fato de que o CP de 1940, nas passagens reformuladas, se tornara mais atualizado do que o vacante.

O Projeto foi transformado na Lei 6578, de 11 de outubro de 1978, que efetivamente revogou o Código Penal, sem que este tivesse ao menos entrado em vigor.

Dessa forma, perduram até os dias de hoje um Código Penal para os crimes chamados de natureza comum, e outro para os crimes militares.

As diferenças de tratamento observadas entre os dois estatutos repressivos em alguns institutos ganharam especial colorido com o advento da Lei nº 7.209, de 11.7.1984, que modificou a parte geral do Código Penal Comum sem, contudo, alterar o Código Penal Militar.

Demais disso, surgiram diversos diplomas penais, como as Leis 9099/95 (que permite o chamado *sursis* processual e a transação penal), 9714/98 (penas alternativas), 9249/95 e 10684/03 (que extinguem a punibilidade pelo pagamento e nos crimes contra a ordem tributária e previdenciários).

Urge acentuar que em algumas situações deve mesmo ser dado tratamento diverso, em virtude do caráter especial do Direito Penal Militar, consistente, segundo Manzini¹, “no complexo de normas jurídicas, destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares, cujo principal é a defesa da pátria, qualificando uma ordem jurídica militar dentro no âmbito da ordem jurídica geral do Estado”.

¹ Jorge Alberto Romeiro, *Curso de Direito Penal Militar*, Saraiva, 1994, p.1, citando Vincenzo Manzini *in* *Diritto Penale Militare*, Padova, 1932, p. 1

Vê-se que, pois, o direito penal castrense é um complemento do direito comum, apenas apresentando um corpo autônomo de princípios, com espírito, corpo e diretrizes peculiares, salientando-se que alguns países sequer possuem um *Codex* Penal Militar separado do Código Penal comum, prevendo este último dispositivos atinentes aos crimes militares, além de normas gerais relativas a eles, como é o caso da Suécia, Hungria, ex-Tchecoslováquia, Iugoslávia, Romênia, ex-República Democrática Alemã e ex-República Socialista Federativa Soviética da Rússia.

Malgrado os princípios regedores do direito militar tutelarem em especial determinados bem jurídicos, como a autoridade, disciplina e hierarquia (sustentáculos necessários para a operacionalidade das Forças Armadas e, como corolário, garantidores da própria soberania) – o que confere, de forma irremissível, em certos casos, tratamento diferenciado entre os códigos, como a não aplicação do *sursis* em alguns crimes (deserção, desrespeito a superior, uso indevido de uniforme etc) –, a verdade é que surge a dúvida se os dispositivos dos indigitados Diplomas Legais restaram diferenciados por omissão legislativa, quando da reforma penal de 1984 (bem assim quando das diversas Leis posteriores, que olvidaram da Justiça Militar) ou se ocorreu o que os alemães chamam de silêncio eloquente, traduzido na omissão proposital do legislador – nesse caso, devendo considerar-se que as hipóteses contempladas pelo CPM seriam as únicas possíveis, não se admitindo sequer a analogia com o CPB, ainda que *in bonam partem*, em virtude do caráter especial que é conferido à legislação penal castrense.

Para alguns, contudo, a solução seria o emprego da analogia. A propósito de tal instituto, lapidares são as palavras do eminente Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Mathias de Souza²:

“Diz-se a analogia legis quando ocorre a aplicação de outra lei para caso semelhante, naturalmente a caso para o qual não há previsão legal específica, e, analogia júris, quando há aplicação de princípios gerais de direito, já usada em caso semelhante, a um caso não previsto pelo direito positivo.

Enquanto método de interpretação, repita-se, fala-se ainda em analogia interpretativa, visto que resulta de interpretação de

² Carlos Fernando Mathias de Souza, *Correio Brasiliense*, Coluna Direito e Justiça, Brasília, 9 de abril de 2001

texto legal, em face de outros dispositivos que regulam situações idênticas àquela que esteja em exame. Por isso, pode-se dizer que a analogia aí assume caráter de interpretação extensiva ou indutiva de lei (ou texto legal), pela semelhança com outra lei ou outro texto, consigne-se o óbvio. Diversos são os comandos, no ordenamento positivo brasileiro, a cuidarem da analogia, como fonte de direito supridora de omissão da lei (ou, como querem alguns, de lacunas no direito)”.

*Com propriedade, leciona Battaglini:*³

“Pode surgir alguma dúvida a respeito de se ter, na analogia, uma aplicação ou uma interpretação da lei. A interpretação nada mais é do que um meio para atingir a aplicação. Enquanto a interpretação consiste na pesquisa do conteúdo e do alcance da norma no tocante a todas as características peculiares do caso concreto (compreendendo também o grau de periculosidade do réu). Evidente que se deve falar em aplicação e não em interpretação analógica, pois é impossível interpretar uma norma inexistente. O que ocorre é a aplicação ao caso a ser decidido de norma ou regra que regula hipótese semelhante em matéria análoga; pela regulamentação de caso análogo, portanto, infere-se que o legislador comportar-se-ia da mesma maneira, se tivesse previsto o caso que na norma não se enquadra. A decisão por analogia fundamenta-se apenas indiretamente na lei; na realidade, vem preencher uma lacuna”.

Infere-se, portanto, que, em algumas situações, em se verificando inequívoca omissão do CPM, a solução é o emprego da analogia com o CPB e Leis extravagantes.

Entretanto, para outros, a solução seria ainda mais simples, bastando tão somente invocar o art. 12 do Código Penal Brasileiro, que assim preconiza, verbis:

“Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”.

Destarte, para tal facção, a saída não seria o emprego da analogia, aplicando-se, *in casu*, os critérios adotados pela própria lei.

Acontece que o dispositivo supradescrito refere-se às regras gerais e, como bem assevera o insigne magistrado Nilton João de Macedo Machado⁴:

“A essas leis, a menos que disponham de forma diferente, aplicam-se as regras gerais do Código Penal, não apenas as contidas em sua Parte Geral, como também as que se encontram na Parte Especial, como a que conceitua funcionário público, por exemplo (art. 327).

Ora, regras gerais do Código Penal são as normas não incriminadoras, permissivas ou complementares, previstas na Parte Geral ou Especial. Em regra, estão contidas na Parte Geral”.

O festejado professor Damásio de Jesus leciona com muita propriedade acerca do tema⁵:

“A legislação especial, conjunto de leis extravagantes, também pode conter regras gerais diversas das do Código. Neste caso, prevalecem aquelas. Em caso contrário, quando a lei especial não ditar regras gerais a respeito dos fatos que descreve, serão aplicadas as do Código”.

Insta observar-se que a controvérsia se circunscreve tão só em relação às normas dos Códigos ora enfocados, porquanto a aplicação de legislação extravagante junto à Justiça Castrense encontra maior resistência ainda, como, *verbi gracia*, o acórdão do STF (HC 80.249-PE, Rel. Min. Celso de Mello), em que decidiu-se que o art.214 do CPM (calúnia) prevalece sobre a Lei de Imprensa, ainda que o crime tenha sido cometido por intermédio de meios de comunicação.

³ Giulio Battaglini, Direito Penal, tradução de Paulo José da Costa Jr. E Ada P. Grinover, Saraiva, São Paulo, 1964, p.61-62

⁴ Revista Direito Militar, n. 18, Julho/Agosto, 1999

⁵ Damásio Evangelista de Jesus, Direito Penal, Saraiva, 1988, p. 09

Como se vê, o assunto sob testilha circunscreve-se na possibilidade ou não de aplicação do CPB e de outros Diplomas, quando normas mais benéficas forem neles introduzidas.

Segundo Bobbio⁶:

“O Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo (...)”.

Com efeito, veja-se a brilhante citação a Max Gmür:

“entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender as palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém, se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta às cenas um certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltarem aos olhos dos espectadores maravilhosas belezas inesperadas, imprevistas. Assim, o magistrado: não procede como insensível aplicador mecânico de dispositivos; porém como órgão de aperfeiçoamento destes, intermediário entre a letra morta dos Códigos e a vida real, apto a plasmar; com a matéria prima da lei, uma obra de elegância moral e útil à sociedade. Não o consideram autônomo; e sim, árbitro das adaptações dos textos às espécies ocorrentes, mediador esclarecido entre o direito individual e o social”.

Nada obstante os rígidos princípios de hierarquia e disciplina militar, proclamada esta última a alma das Forças Armadas, na célebre frase do testamento político de 1752 de Frederico, o Grande⁷: – “Cette discipline fait l’âme des armées, tant qu’elle est en vigueur, elle soutiens les empires” –, o que mais do que nunca aprisiona o aplicador da lei penal castrense aos ditames legais, sem zonas hermenêuticas muito extensas, não se pode esquecer, contudo, que tal ramo do direito também se aplica aos civis, que não se submetem aos susomencionados princípios. São os chamados crimes acidentalmente militares, ou

⁶ Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, UNB. 10ª edição, 1997, p. 21

⁷ Eberhard Schmidt, *apud* Jorge Romeiro, op. Cit. P-10

seja, intrinsecamente de natureza comum (furto, roubo, homicídio, estelionato etc.), mas que se tornam militares em razão de alguma circunstância, sendo que alguns preferem chamá-los de crimes impropriamente militares.

Dessa forma, surge a insuperável dúvida se seria correta a aplicação mais rigorosa de um Código, em detrimento da equidade. Será que a reforma penal realmente esqueceu propositalmente dos crimes militares ou ocorreu inescusável omissão do legislador?

No que atina à dúvida da real intenção do legislador, o insuperável Nelson Hungria já havia asseverado com a autoridade de sempre⁸:

“No caso de irredutível dúvida entre o **espírito** e as palavras da lei, é força acolher, em direito penal, irrestritamente, o princípio *in dubio pro reo* (isto é, o mesmo critério de solução nos casos de prova dúbia no processo penal). Desde que **não seja possível descobrir-se a voluntas legis**, deve guiar-se o intérprete pela conhecida máxima: *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda*. O que vale dizer: a lei penal deve ser interpretada restritamente quando prejudicial ao réu, e extensivamente no caso contrário. Mas, insista-se: quando resulta inútil qualquer processo de interpretação do texto legal. Somente *in re dubia* se justifica ou se impõe a inteligência da lei no sentido mais favorável ao réu, segundo antiga advertência: *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus, justum est quam tutius*.”(grifos não originais)

O assunto é importante e merece reflexão, sobretudo considerando-se, que enquanto o direito civil é o da segurança, o penal é o direito da justiça, devendo ser aplicado não com maior ou menor rigor, mais de forma sobretudo justa.

A título de ilustração, imaginemos dois funcionários civis que fizeram o mesmo concurso, sendo que um foi designado para laborar num ministério civil, e outro, numa repartição militar. Ambos cometem o crime de peculato. Nesse passo, o funcionário civil, se for condenado à pena mínima, teria direito a pena alternativa, conforme preconiza a lei 9714/98. Já o outro servidor civil, mesmo

⁸ Nelson Hungria e Heleno Fragoso, Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 94

que condenado à pena mínima (consoante o CPM 3 anos), seria obrigado a cumpri-la por um período preso, eis que não teria direito ao *sursis*.

Sobreleva notar que agentes na mesma situação funcional (servidores civis), praticando fatos semelhantes (crimes em detrimento do erário da União), sofreriam punições distintas, porquanto um cumpriria pena alternativa, e outro ficaria encarcerado.

Outro exemplo é a introdução, pela reforma de 1984, do § 2º ao art. 29, que trata da **participação dolosamente distinta** (para quem participa do crimes menos graves), ou **desvio subjetivo quantitativo** (em relação ao que desvia a conduta, praticando crime mais grave), a saber:

“Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave”.

A alteração afigura-se-nos significativa, uma vez que, anteriormente à reforma, se o agente quisesse participar de crime menos grave, sua pena sofreria abatimento de 1/3 até metade, guardando, entretanto, os limites do crime cometido. Como se vê, o critério atual do CPB é muito mais justo do que o preconizado pelo CPM, anacrônico no tema.

É óbvio que existem vários outros exemplos (concretos ou hipotéticos) em que a diferença de tratamento entre o CPM e demais legislação repressiva pátria acaba por ferir de morte o princípio da equidade, sendo imperiosa a indagação se é correto dar um direito diferente para situações semelhantes.

No mesmo diapasão são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo:

“Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes” (*in Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros, 3ª edição, p.10).

“Então, no que atina ao ponto central da matéria abordada, procede afirmar: é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardam relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” (op. cit. pp.38).

Pari passu :

“(…) Em verdade, o que se tem de indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte : Se o tratamento diverso outorgado a uns for ‘justificável’, por existir uma ‘correlação lógica’ entre o ‘fator de discrimen’ tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se, pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade.

É sempre possível desigualar entre categorias de pessoas desde que haja uma razão prestante, aceitável, que não brigue com os valores consagrados no Texto Constitucional; isto é, que não implique em exaltar desvalores, como em seguida melhor se dirá.

Logo, existindo a relação de pertinência lógica referida, os não abrangidos pela regra carecerão de possibilidade de reclamarem em seu prol o tratamento deferido a outros e que não lhes foi outorgado.

Inversamente, inexistindo uma relação de pertinência (tal como indicada) os não abrangidos pela regra poderão invocar em seu favor a necessidade de atender-se ao preceito igualitário.” (*in Princípio da Isonomia : Desequiparações Proibidas e Desequiparações Permitidas*, publicado na Revista Trimestral de Direito Público nº 01/1993; Ed. Malheiros, págs. 81/82)

Por derradeiro, tem-se que a tensão dialética trazida à colação é importante para refletir-se sobre o tema, mormente em se considerando a absoluta falta de trabalhos aprofundados.

É dizer, à míngua da devida atenção que deveria ter o Direito Penal Militar, sempre esquecido e quiçá menosprezado pelos doutrinadores – e, o que é pior, pelos próprios legisladores, inclusive com o risco de inaceitáveis contradições na repressão criminal –, que não resta outra alternativa, qual seja a de se aplicar também na Justiça Militar as benesses introduzidas pelo Direito doméstico comum, desde que não ofensivas aos princípios regedores do Direito Militar.

A Justiça Militar da União

em seu bicentenário*

Gabrielle Santana Garcia

Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado -
Salvador/Bahia

1. INTRODUÇÃO

A Hélade¹ foi o berço da civilização e das tradições culturais da sociedade ocidental que os grandes impérios coloniais e o poder sócio-econômico europeu dos séculos XV ao XX difundiram e impuseram como referencial para todos os povos do mundo. Entretanto, contrariamente ao que parece, não foi esse poder que a fez reconhecida, mas sim, a força do pensamento grego sob o qual desfilaram as mais criativas mentes, idealizando os fatos e as experiências do mundo, criando o maravilhoso e o lendário, expressos por meio dos mitos que amalgamaram o real e o onírico.

Essa força criadora grega moldou deuses que expressavam todas as paixões humanas e, ao mesmo tempo, referenciais máximos de razão e das mais elevadas *virtudes*² ou *valores*³ a servirem de guias para a fantástica aventura humana – verdadeira odisseia em que se constituiu a cosmogonia e a teogonia helênicas ou a origem e o nascimento do universo e dos deuses, atribuindo a

* *Monografia apresentada e selecionada para representar 6ª Circunscrição Judiciária Militar (Bahia e Sergipe) no Concurso Nacional de Monografias sobre a Justiça Militar da União, mediante submissão à avaliação do Superior Tribunal Militar que atribuiu ao trabalho “Menção Honrosa”, em 2007.*

¹ *Hélade – A Grécia, na Antiguidade. Mesmo o latim Græcia, antes de designar a totalidade do país, foi usado com epítetos (Græcia Ulterior, Magna Græcia), ou no plural, Græciæ (as Grécias), quando abarcava o todo. O todo em latim foi de início designado como Hellas, - adis, Hélade. Assim, por exemplo, em Plínio, o Velho. Em Cassiodoro já ocorre a forma latina Hellada. Esta, por sua vez, é empréstimo do gr: Hellás - ádos, que desde Ésquilo designa a totalidade da regiões habitadas pelos helenos. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Gr%C3%A9cia>> Acesso em: 27 jul. 2007*

cada um o poder de controlar um ou mais componentes éticos e morais das relações psicossociais que permeiam a vida do ser mortal que se denomina homem, porque “Tudo está repleto de deuses” – Tales de Mileto (640-547 a.C.).

Entre as virtudes e valores que as impregnam, apresenta-se, como um dos mais indispensáveis componentes das relações psicossociais, o ideal de **justiça**⁴. A partir do mundo lendário, os gregos construíram um arquétipo em torno desse valor e o simbolizaram, por meio da mitológica Deusa Thémis, deusa das leis eternas, da justiça divina, derivação do verbo *tithénai* cujo significado é “estabelecer como norma”, donde o que é estabelecido como regra, a lei divina [...] por oposição a [...] lei humana⁵.

Tia e segunda esposa de Zeus, Thémis é filha de Urano (Céu, paraíso) e Gaia (Terra), cabendo-lhe a função de guardiã dos juramentos dos homens ou da lei, razão de sua invocação nos juramentos perante os magistrados e de sua qualificação como deusa das leis eternas, da justiça emanada dos Deuses ou Deusa da Lei, dotada dos mais nobres atributos. Thémis é representada por uma figura feminina segurando uma balança ou segurando uma balança e uma cornucópia, o que a diferencia de Dikê⁶.

² **Virtude** – do Lat. *Virtute s. f.*, [...]; *disposição habitual para a prática do bem; boa qualidade moral; força moral; [...]. Disponível em: Priberam - <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx> Acesso em: 12 jul. 2007.*

³ **Valor** – do Lat. *Valore s. m.*, [...]; *Filos.*, aquilo que confere normas à conduta; caráter do que corresponde às normas ideais para o seu tipo e, por isso, é desejado e desejável; tudo o que é verdadeiro, belo e bom e que é condicionado por um tipo de juízo moral pessoal que, normalmente, se adapta ao da sociedade e época; o próprio juízo; [...]. Disponível em: Priberam - <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx> Acesso em: 12 jul. 2007.

⁴ **Justiça** – “Derivado de *justitia*, de *justus*, quer o vocábulo exprimir, na linguagem jurídica, o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei. É, assim, a prática do justo ou a razão de ser o próprio Direito, pois que por ela se reconhece a legitimidade dos direitos e se estabelece o império da própria lei (...).” (DE PLÁCIDO E SILVA, 1987) apud CREMONIN; COTRIN (*Âmbito Jurídico*, 2006), em artigo sobre “A utilização dos ‘Símbolos do Direito’”.

⁵ BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Volume I – 17ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002, 201 p.

⁶ CREMONIN, Poliana Loverbeck; COTRIN, Lucas de Oliveira. A utilização dos “símbolos do Direito”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 30 abr. 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1068>. Acesso em: 25 jun. 2007.

De sua união com o filho de Cronos – Zeus – gerou três filhas: Eumônia, a Disciplina; Dikê, a Justiça; e Eiriné, a Paz. Astraea ou Dikê, que viveu junto aos homens na “Idade do Ouro” e, segundo a mitologia grega, foi feita por sua mãe, Thémis, a Deusa da Justiça⁷ a qual se tornou popularmente conhecida por idealizar a figura da justiça diante dos tribunais, tendo, por símbolos, a faixa nos olhos, na tentativa de não privilegiar quaisquer das partes nos julgamentos, e estando sempre amparada pela espada, na mão direita, para que a justiça seja defendida, em sua plenitude, e, a balança, na mão esquerda, para que a justiça seja equilibradamente distribuída.

Deve-se destacar que, a simbólica Dikê, para os gregos, mantinha os olhos bem abertos e focava o justo, mas, sob a influência da interpretação dada pelos romanos ao direito (*rectum*) e de sua deusa correspondente, *Iustitia*, que tinha os olhos vendados para ouvir bem, teve a sua imagem adulterada, sem perder a representação arquetípica do atributo de estabelecer o equilíbrio social⁸.

Verifica-se, então, que, apesar de tão importante, conhecida e difundida imagem mitológica ser incontestável referência na cultura jurídica, poucos aprofundam a sua história e origem, mesmo frente à contundente respeitabilidade e ao caráter bem definido da Deusa Dikê ou Dice, ocorrendo semelhança categórica com a importância dada por essa cultura à Justiça Militar que, tendo sido a primeira instituição genuinamente brasileira de toda a estrutura judiciária do País – *expurgadas as estruturas existentes desde as mais remotas matrizes coloniais portuguesas oriundas das Ordenações Afonsinas de 1480, Manoelinas de 1520 e Filipinas de 1603* – é pouco conhecida e explorada nos bancos acadêmicos.

A afirmação deixa transparecer que a separação e a especialização dos ramos da justiça se tornaram um motivo de menor atenção à Justiça Militar; no entanto, se assim é, permitiu, também, que ela se configurasse como a Justiça que mais se aproxima dos valores da Deusa Dikê, diante da retidão, dos valores e dos princípios que lhe são arraigados na história, em paralelo com a instituição

⁷ *Idem.*

⁸ CREMONIN, Poliana Loverbeck; COTRIN, Lucas de Oliveira. A utilização dos “Símbolos do Direito”. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 30 abr. 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1068>. Acesso em: 25 jun. 2007.

a que se vincula. Trata-se de uma verdadeira *simbiose*⁹, clara para alguns, oculta para outros, porém, implícita na figura da imprescindível e simbólica *espada* muito bem materializada pela citação válida para todo o conjunto jurídico: “*A justiça tem numa das mãos a balança em que pesa o direito e, na outra, a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a impotência do direito*”.

Assim, justifica-se focar a Justiça Militar, a partir de algumas considerações indispensáveis sobre a instituição militar brasileira a que se liga e destacar as Forças Armadas¹⁰ que, vistas em seu conjunto ou de per si, são as mais antigas manifestações institucionais da Nação¹¹, aflorando, por meio de seus componentes singulares de mar, terra e ar, em diferentes momentos históricos, desde os primórdios da formação da nacionalidade.

Essa gênese conduz a toda uma história, com estruturas e composições peculiares, muitas vezes incompreendidas, porque o seu arcabouço não se fundamenta em simples normas ou regras, conceitos estáticos e limitados, mas, sim, em princípios basilares, firmados nos valores visíveis da *hierarquia*¹² e

⁹ *Simbiose* – do Gr. *syn*, juntamente + *biosis*, modo de vida; s. f., associação heterogênea de dois seres vivos, com proveito mútuo. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx> Acesso em: 12 jul. 2007.

¹⁰ *Forças Armadas Brasileiras* – Também denominadas *Forças Singulares Brasileiras*, são compostas pelo Exército Brasileiro, pela Marinha do Brasil e pela Força Aérea Brasileira.

¹¹ NAÇÃO – Do latim *natione*, nascimento, raça, espécie. Grupos ligados por tradições e lembranças, interesses e aspirações comuns [...] Para muitos autores a nação não pode ser satisfatoriamente definida, porque, como afirma Sestan, ela ostenta “caráter fugaz, plurissignificante e até equívoco”. Certo, porém, é que a nação não se confunde com o Estado, pois este envolve um conceito eminentemente jurídico, ao passo que aquela tem caráter tipicamente sociológico [...] Dizia Ernesto Renan (1823-1892): “Uma nação é uma alma, um princípio espiritual. Uma encontra-se no passado; a outra, no presente. Uma é a posse comum de um rico legado de tradição; a outra, o consenso atual, o desejo de viver junto, a vontade de prosseguir fazendo valer a herança por todos recebida. O homem não se improvvisa. A nação - como o indivíduo - é consequência de longo passado de esforços, de sacrifícios e de desenvolvimento. O culto dos antepassados, dentre todos, é o mais legítimo. Nossos ancestrais nos moldaram o que hoje somos. Um passado heróico, de grandes homens, de glória, eis o capital social em que se assenta a idéia nacional. Possuir glórias comuns no passado e vontade comum no presente; ter realizado grandes obras em conjunto e querer realizá-las ainda, eis a condição para se ser um povo!”. Disponível em: DJI - Índice Fundamental do Direito - <<http://www.dji.com.br/constitucional/nacao.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2007.

da *disciplina*¹³ e no valor intrínseco da *ética profissional*¹⁴. Princípios que se definem como sendo a primeira causa, a base, a razão; a verdade fundamental, o modo de ver, os pontos de vista, a base moral e ética e o norte institucional.

¹² *Hierarquia* – do Gr. *Hierarquia* s. f., distribuição ordenada dos poderes; [...] ;ordem e subordinação de poderes civis, eclesiásticos e militares [...]. Disponível em: Priberam - <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx> Acesso em: 12 jul. 2007.

¹³ DISCIPLINA – D. José Almirante, em seu Dicionário Militar (Madrid, 1869), após dedicar treze páginas apenas ao verbete disciplina, pergunta: “*Será que la disciplina no es definible?*” E ele mesmo conclui que não deve se aventurar a uma definição para “*este poder invisible, este virus impalpable, que así crea y vigoriza ejercitos como los enferma y mata con su ausencia.*” E a quem interessa mais a manutenção da disciplina? À Instituição Militar e ao Estado, evidentemente, é de todo imprescindível, pois “*o moral elevado e a disciplina andam de mãos dadas*” (Soares, Vicente Henrique Varela e Adelino, Eduardo Augusto das Neves, in “*Dicionário de Terminologia Militar*”, Ed. dos Autores, 1962) e um exército onde o moral titubeia está fadado à derrota. “*En todos los tiempos - diz D. José Almirante - en todos los pueblos, desde Roma y Bizancio, en el momento en que la disciplina se relajó, el ejercito y la nacion que lo nutre están heridos de muerte: al paso que por más desdichas, por más derrotas, por más desastres que ambos sufran, no hay que desesperar de la salvacion y de la victoria si la disciplina queda in pié.*”... Exemplo melhor dessa assertiva temos nas profundas transformações introduzidas no exército soviético, em curtíssimo espaço de tempo. Logo após a conquista do poder, em 1917, os soviéticos, procurando estruturar o exército socialista a partir das bases e pelo princípio da “disciplina e respeito mútuo entre os camaradas” aboliram os postos militares e os títulos. Menos de um ano depois “o idealismo visionário cedeu lugar ao realismo” e foi restabelecida a disciplina nos moldes tradicionais, já agora com maior rigor, a ponto de Leon Trotsky afirmar que era “preciso implantar a disciplina no Exército Vermelho a qualquer preço.” (Myer, Allan A., in “*A Disciplina no Exército da URSS*”, *Military Review*, Nov 75). E o preço, evidentemente, foi bem alto, pois até um sistema de reféns passou a ser adotado. “*De acordo com as explicações do próprio Trotsky, se um oficial traísse o Exército Vermelho, sua família sofreria as conseqüências. Para dar substância à ameaça, foi expedida uma ordem mandando prender imediatamente as famílias dos desertores e traidores.*” Era o fim do autogoverno entre as tropas, implantado durante o Governo Provisório de Kerensky e que viria a ser substituído pela disciplina baseada na consciência de classe, cujos conceitos foram incorporados nos códigos disciplinares soviéticos de 1919 e 1925. (Texto extraído do artigo “*A Ampla Defesa no Direito Disciplinar no Exército*”, de João Rodrigues Arruda, publicado na Revista “*A Defesa Nacional*” n° 719, Mai/Jun/85 e na Revista “*O Alferes*”, da Polícia Militar de Minas Gerais, n° 10/1986).

¹⁴ *Ética profissional* – “*Sobre ética profissional o grande Rui de Azevedo Sodré comenta em sua obra ‘O advogado, seu estatuto e a ética profissional’ [referindo-se à profissão das leis, porém, emitindo conceito aplicável a toda profissão, particularmente a militar] [...] a ética profissional do advogado consiste, portanto na persistente aspiração de amoldar sua conduta, sua vida, aos princípios básicos dos valores culturais de sua missão e seus fins, em todas as esferas de suas atividades [...]*” apud AQUINO (Jus Navigandi, 2001), em artigo sobre a “*Ética profissional e outras reflexões*”.

Tais princípios são os sustentáculos do ordenamento castrense, sobrepondo-se às demais normas do sistema; são, também, condição *sine qua non* a ser respeitada *in extremis* com o “sacrifício da própria vida”, pacificamente aceitos, ao contrário da inadmissível desarmonia para com eles. Por assim ser, nas relações castrenses, a transgressão a um *princípio*¹⁵ caracteriza uma agressão muito maior do que a transgressão de uma norma qualquer do ordenamento, uma vez que, ao se transgredir uma norma, se infringe uma regra, e, ao se transgredir um princípio, violam-se valores.

Por conta dessas características, as Forças Armadas trazem nos seus legados históricos relevantes encargos constitucionais atribuídos nos sucessivos dispositivos legais¹⁶. Nelas, percebe-se o transcendente respeito, de olhos na Nação, que devotam às obrigações que lhe são impostas explícita e implicitamente, conforme está materializado no conteúdo da “Carta a El Rei de Portugal”, escrita por Moniz Barreto, em 1893, e publicada no Jornal do Exército de Portugal, nº 306¹⁷.

São esses encargos constitucionais as transcendentais obrigações e as condições extremas a serem respeitadas em harmonia perfeita, praticados de livre vontade e compreensão, ou por coerção, no interesse da sociedade e da própria caserna, que justificaram a criação e justificam a existência de um *ordenamento jurídico particular*, com **Códigos** (Penal Militar e Processual Penal Militar), **Leis**, **Regulamentos e Estatutos** próprios, que se alicerçam nos ditames da Constituição Federal em vigor e, por coerência, conforme entenderam os legisladores, ao longo do tempo, justificam a imprescindibilidade de uma *estrutura judiciária militar* como especificado na Figura “A” a seguir.

¹⁵ **Princípio** - do Lat. *Principiu*; s. m., momento em que alguma coisa tem origem; [...] ; lei fundamental; preceito moral; [...] ; Filos., verdade fundamental sobre a qual se apóia o raciocínio [...] ; Lóg., primeira proposição, posta e não deduzida de nenhuma outra, que estabelece o ponto de partida de um dado sistema dedutivo; axioma; postulado; premissa; proposição ou noção importante à qual está subordinado o desenvolvimento de uma ordem de conhecimentos; [...]. Disponível em: Priberam - <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx> Acesso em: 12 jul. 2007.

¹⁶ “Dado o relevo de sua missão, nossas constituições sempre reservaram a elas posição especial. A do Império destacou-lhes um capítulo com seis artigos, em que lhes traçam as linhas mestras (arts. 145 a 150). A primeira Constituição republicana, não lhes atribuiu capítulo especial, mas delas cuida em vários dispositivos esparsos, reconhecendo-lhes a mesma destinação e relevo (arts. 14, 34, nº. 17 e 18, 48 nº. 3, 4 e 5, e arts. 73, 74, 76, 77, e 78). A Constituição de 1934 volta a destinar-lhes título específico denominado Da Segu-

FIGURA “A”

JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO	
Estrutura Judiciária	Superior Tribunal Militar. Auditoria de Correição. Conselhos de Justiça. Juizes-Auditores e Juizes-Auditores Substitutos
Estrutura Administrativa	Para efeito de administração da Justiça Militar em tempo de paz, o território nacional divide-se em doze Circunscrições Judiciárias Militares (CJM), abrangendo: - 1ª - Rio de Janeiro e Espírito Santo; - 2ª - São Paulo; - 3ª - Rio Grande do Sul; - 4ª - Minas Gerais; - 5ª - Paraná e Santa Catarina; - 6ª - Bahia e Sergipe; - 7ª - Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas; - 8ª - Pará, Amapá e Maranhão; - 9ª - Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Rondônia; - 10ª - Ceará e Piauí; - 11ª - Distrito Federal e Goiás e Tocantins; - 12ª - Amazonas, Acre e Roraima.
Correspondência entre as Circunscrições e Auditorias	A cada CJM corresponde uma Auditoria, excetuadas as primeira, segunda, terceira e décima primeira, que terão: - a primeira: seis Auditorias; - a terceira: três Auditorias; e - a segunda e a décima primeira: duas Auditorias.
Composição das Auditorias	Cada Auditoria tem um Juiz-Auditor e um Juiz-Auditor Substituto.

rança Nacional (Tit. VI) e a de 1937 desdobra a matéria em dois capítulos: um sobre os Militares da Terra e Mar (art. 160) e outro sobre a segurança nacional, técnica que tonou a ser adotada pelo constituinte de 1967 e 1969, que em seções diferentes, cuidaram da segurança nacional e das Forças Armadas (respectivamente, arts. 89 a 91 e 92 a 94, e 86 a 89 e 90 a 93), enquanto a Constituição de 1946 incluiu num só título as Forças Armadas e o Conselho de Segurança Nacional (Tit. VII, art. 176 a 183). A Constituição vigente abre

2. DESENVOLVIMENTO

2. 1. Breve Histórico

A vinda de D. João, príncipe regente de Portugal, juntamente com a Família Real, para a Colônia Portuguesa da América, em 1808, em decorrência da invasão do território português pelas tropas de Napoleão Bonaparte, Imperador dos Franceses, trouxe várias modificações políticas e sociais, dentre elas, a criação das instituições militares, cujo objetivo foi, inicialmente, voltado para a defesa da Família Real e, posteriormente, também para a defesa de outras instituições criadas na ex-colônia.

A instituição militar, assentada nos princípios da hierarquia e da disciplina, como já foi visto, possui peculiaridades que impuseram a conveniência e a necessidade da criação de regulamentos particulares, pelos quais os militares passaram a ser regidos, assim, como de um foro especial para julgar crimes eventualmente cometidos por esse segmento.

D. João, fundamentado no respeito à ordem e à regularidade da disciplina militar, criou o **Conselho Supremo Militar e de Justiça**, primeiro foro

a elas um capítulo do Título V, sobre a Defesa do Estado e das instituições democráticas [...]” (SILVA, 2003, p. 900).

¹⁷ CARTA A EL-REI DE PORTUGAL – Trecho da Carta escrita por Moniz Barreto, em 1893, publicada no *Jornal do Exército de Portugal*, nº 306. “Senhor, umas casas existem, no vosso reino onde homens vivem em comum, comendo do mesmo alimento, dormindo em leitos iguais. De manhã, a um toque de corneta, se levantam para obedecer. De noite, a outro toque de corneta, se deitam obedecendo. Da vontade fizeram renúncia como da vida. Seu nome é Sacrifício. Por ofício desprezam a morte e o sofrimento físico. Seus pecados mesmo são generosos, facilmente esplêndidos. A beleza de suas ações é tão grande que os poetas não se cansam de celebrar. Quando eles passam juntos, fazendo barulho, os corações mais cansados sentem estremeecer alguma coisa dentro de si. A gente conhece-os por militares [...] Corações mesquinhos lançam-lhes em rosto o pão que comem; como se os cobres do pré pudessem pagar a liberdade e a vida. Publicistas de vista curta acham-nos caros demais, como se alguma coisa houvesse mais cara que a servidão. Eles, porém, calados, continuam guardando a Nação do estrangeiro e de si mesma. Pelo preço de sua sujeição, eles compram a liberdade para todos e os defendem da invasão estranha e do jugo das paixões. Se a força das coisas os impede agora de fazer em rigor tudo isto, algum dia o fizeram, algum dia o farão. E, desde hoje, é como se o fizessem. Porque, por definição, o homem da guerra é nobre. E quando ele se põe em marcha, à sua esquerda vai coragem, e à sua direita a disciplina.”

judiciário brasileiro, por meio de um *Alvará de 1º de abril de 1808*¹⁸, com força de lei, em *1º de abril de 1808*, na cidade do Rio de Janeiro, instalando o *mais antigo tribunal* do País, com funções administrativas e judiciárias, composto por oficiais generais do Exército e da Armada Real, cognominados Conselheiros de Guerra e Conselheiros do Almirantado, oficiais de uma e outra Arma, denominados Vogais, sem as regalias e honras atribuídas aos Conselheiros, e três Ministros Togados, dos quais um o Relator e, os outros dois, Adjuntos.

¹⁸ ALVARÁ DE 1º DE ABRIL DE 1808

“Crea o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Eu o Príncipe Regente faço saber aos que o presente Alvará com força de lei virem: que sendo muito conveniente ao bem do meu real serviço, que tudo quanto respeita á boa ordem e regularidade da disciplina militar, economia e regulamento das minhas forças tanto de terra, como de mar, se mantenha no melhor estado, porque delle depende a energia e conservação das mesmas forças que seguram a tranquillidade e defeza dos meus Estados: e sendo muitos os negocios desta natureza, que por minhas leis e ordens são da competencia dos Conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar na parte militar sómente, onde se não podem decidir, por me achar residindo nesta Capital, os quaes não podem estar demorados sem manifesto detrimento do interesse publico e prejuizo dos meus fieis vassallos, que têm a honra de servir-me nos meus Exercitos e Armadas: e devendo outrosim dar-se providencias mais adaptadas ás actuaes circunstancias para a boa administração da justiça criminal no Conselho de Justiça que se fórma nos Conselhos de Guerra e do Almirantado, afim de que se terminem os processos quanto antes, e com a regularidade e exactidão que convem: para obviar e remover estes e outros inconvenientes: sou servido determinar o seguinte.

I. Haverá nesta Cidade um Conselho Supremo Militar, que entenderá em toda as materias que pertencião ao Conselho de Guerra, ao do Almirantado, e ao do Ultramar na parte militar sómente, que se comporá dos Officiaes Generaes do meu Exercito e Armada Real, que já são Conselheiros de Guerra, e do Almirantado, e que se achão nesta Capital, e dos outros Officiaes de uma e outra Arma, que eu houver por bem nomear, devendo estes ultimos ser Vogaes do mesmo Conselho em todas as materias que nelle se tratarem, sem que comtudo gozem individualmente das regalias e honras, que competem aos Conselheiros de Guerra, que já o são, ou que eu for servido despachar para o futuro com aquelle titulo por uma graça especial: e isto mesmo se deverá entender a respeito do titulo do meu Conselho, de que gozam os Conselheiros do Almirantado pelo Alvará de 6 de Agosto de 1795 e o de 30 do mesmo mez e anno.

II. Serão da competencia do Conselho Supremo Militar todos os negocios em que, em Lisboa, entendiam os Conselhos de Guerra, do Almirantado e do Ultramar na parte militar sómente, e todos os mais que eu houver por bem encarregar-lhe; e poderá o mesmo consultar-me tudo quanto julgar conveniente para melhor economia e disciplina do meu Exercito e Marinha. Pelo expediente e Secretaria do mesmo Conselho se expedirão todas as patentes assim das tropas de Linha, Armada Real e Brigada, como dos Corpos Milicianos e Ordenanças, pela mesma fórma e maneira por que se expediam até agora pelas Secretarias de Guerra, do Almirantado e do Conselho Ultramarino.

III. Regular-se-ha o Conselho pelo Regimento de 22 de Dezembro de 1643, e por todas as mais Resoluções e Ordens Regias, por que se rege o Conselho de Guerra de Lisboa, e pelo Alvará de Regimento de 26 de Outubro de 1796 e determinações minhas posteriores, em tudo que for applicavel ás actuaes circumstancias: e quando aconteça occorrer algum caso, que ou não esteja providenciado pela legislação existente, ou ella não possa quadrar-lhe, o Conselho m'o proporá pelas Secretarias de Estado competentes, apontando as providencias, que lhe parecerem mais proprias, para eu deliberar o que mais me aprouver.

IV. Para o expediente do Supremo Conselho Militar haverá um Secretario, que sou servido crear, o qual vencerá annualmente tres mil cruzados de ordenado, além do soldo si o tiver: e para ajudar esta e as mais despezas do Conselho, ordeno, que na minha Real Fazenda se entregue o meio soldo de cada uma patente, que pelo Conselho se houver de passar, e o direito do sello competente; devendo constar na Secretaria do mesmo Conselho haver-se pago estas despezas primeiro que se passem as patentes.

V. O Conselho Supremo Militar terá as suas sessões todas as segundas feiras e sabbados de tarde de cada semana, não sendo feriados, ou de guarda.

VI. Para conhecimento e decisão dos processos criminaes que se formam aos réos que gozam do foro militar, e que em virtude das ordens régias, se devem remetter ao Conselho de Guerra ainda sem appellação de parte, ou por meio della, haverá o Conselho de Justiça determinado e regulado pelos decretos de 20 de Agosto de 1777, de 5 de Outubro de 1778, de 13 de Agosto e 13 de Novembro de 1790; fazendo-se para elle uma sessão todas as quartas-feiras de tarde, que não forem dias feriados ou da guarda, para este conhecimento sómente.

VII. O Conselho de Justiça se comporá dos Conselheiros de Guerra, Conselheiros do Almirantado e mais Vogaes, e de tres Ministros Togados que eu houver de nomear, dos quaes será um o Relator, e os outros dous Adjuntos para o despacho de todos os processos, que se remetem ao Conselho para serem julgados em ultima instancia na fôrma acima exposta; e guardar-se-ha para a sua decisão e fôrma de conhecimento o que se acha determinado no decreto de 13 de Novembro de 1790, que interpretou os anteriores. E hei por bem revogar o disposto na Carta Régia de 29 de Novembro de 1806, que creou os Conselhos de Justiça neste Estado em outras circumstancias.

VIII. Remetter-se-hão para serem decididos no Conselho de Justiça todos os Conselhos de Guerra, que se formarem nos Corpos Militares desta Capitania e de todas as mais do Brazil, á excepção do Pará e Maranhão e dos Dominios Ultramarinos, pela grande distancia e difficuldade da navegação para esta Capital, onde se continuarão a praticar as providencias que houver a este respeito.

IX. No julgar de todos estes processos guardarão o que se acha disposto no Regulamento Militar, em todas as Leis, Ordenanças Militares, Alvará de 6 de Abril de 1800, que dá força de Lei aos Artigos de Guerra estabelecidos para o serviço e disciplina da Armada Real, Regimento Provisional por mim approvado por Decreto de 20 Junho de 1796, e mais Resoluções Régias, e na Ordenança novissima de 9 de Abril de 1805; observando-se o disposto na Carta Régia de 19 de Fevereiro de 1807, que revogou a referida ordenança quanto á pena imposta pelo crime de terceira e simples deserção; pondo-se em execução todas as determinações régias, que não forem revogadas neste Alvará.

X. O Conselho de Justiça Supremo Militar se ajuntará extraordinariamente nas quintas feiras, quando para este fim for avisado e requerido pelo Juiz Relator do mesmo Conselho,

A primeira **Constituição do Império do Brasil, de 25 de março de 1824**, outorgada por D. Pedro I, foi a primeira Carta Magna brasileira a prever a existência do Poder Judiciário¹⁹, a sua organização e a competência, de acordo com o **Título 6º - Do Poder Judicial – Capítulo Único – Dos Juizes e Tribunais de Justiça**. Todavia, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, inegavelmente o órgão primaz do judiciário nacional, não se viu inserido nessa Constituição.

A **Constituição de 1891** referiu-se, de forma esparsa, às Forças Armadas. Entretanto, foi essa Carta que as declarou instituições nacionais permanentes, corroborando com o que estava implícito na Constituição do Império. Ao mesmo tempo, prescreveu no *art. 77*²⁰ a existência da Justiça Militar e

para julgar em ultima Instancia da validade das prezas feitas por embarcações de Guerra da Armada Real, ou por Armadores Portuguezes, na fôrma dos Alvarás de 7 de Dezembro de 1796, 9 de Maio de 1797 e 4 de Maio de 1805.

E este se cumprirá tão inteiramente como nelle se contém. Pelo que mando ao Conselho Supremo Militar, General das Armas desta Capital; Governadores e Capitães Generaes; Ministros de Justiça; e todas as mais pessoas, a quem pertencer o conhecimento e execução deste Alvará, que o cumpram e guardem, e façam cumprir e guardar tão inteiramente, como nelle se contém, não obstante quaesquer Leis, Alvarás, Regimentos, Decretos, ou Ordens em contrario; porque hei todos e todas por derogadas para este effeito sómente, como se dellas fizesse individual e expressa menção, ficando aliás sempre em seu vigor. E este valerá como Carta passada pela Chancellaria, ainda que por ella não hade passar, e que o seu effeito haja de durar mais de um anno, sem embargo das Ordenações em contrario: registando-se em todos os logares, onde se costumam registrar semelhantes Alvarás. Dado no Palacio do Rio de Janeiro em o 1º de Abril de 1808.

PRINCIPE com guarda.

D. Fernando José de Portugal.

Alvará com força de Lei, pelo qual Vossa Alteza Real é servido crear um Conselho Supremo Militar e de Justiça; na forma acima declarada.

Para Vossa Alteza Real ver:

João Alvares de Miranda Varejão o fez.”

O Alvará encontra-se publicado na Coleção das Leis do Brazil de 1808. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 7-9.

¹⁹ **Constituição do Império do Brazil – Carta da Lei, de 25 de março de 1824 - Art. 10.** Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o **Poder Judicial**.

²⁰ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891 - Art 77 - Os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares. § 1º - Este foro**

do Supremo Tribunal Militar, e delineou as primeiras competências para esses órgãos, especificando que “*os militares de terra e de mar terão foro especial nos delitos militares*”. Esse pormenor definiu a importância dada, pelos legisladores de então, à autonomia jurídica atribuída e modificável, apenas, por decisão de outra Assembleia Nacional Constituinte, por analogia, ao ressaltado por José Afonso da Silva²¹, em relação à situação das Forças Armadas: “*Essa posição constitucional das Forças Armadas importa afirmar que não poderão ser dissolvidas, salvo por decisão de Assembleia Nacional Constituinte*”.

Presente o Supremo Tribunal Militar (STM) na Constituição de 1891, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, concorrente em relação às competências constitucionalmente atribuídas ao STM e existente por força de lei subalterna, foi extinto, ficando os herdeiros das atribuições do Conselho sob o pálio da Constituição, elevados à categoria de órgãos judicantes, de natureza especial, sem, no entanto, serem inseridos na estrutura do Poder Judiciário, na forma prevista pela Carta Magna.

A partir desse evento singular, as Constituições sempre reservaram referências voltadas especificamente para a Justiça Militar²², em decorrência de sua

compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes. § 2º - A organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar serão reguladas por lei.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 753 p.

²² A Constituição do Império de 1824 não destinou artigo específico para a Justiça Militar. A existência desse foro foi garantido, até a Carta Magna de 1891, por força do Alvará de 1808. Em consequência, a justiça primaz do Brasil somente passou a ser regulada nos textos constitucionais a partir da Constituição Republicana, que a referenciou sumariamente nos art. 77, § 1º e 2º e 81, § 3º. A Constituição de 1934 foi pródiga na regulamentação, inclusive com seção própria, como se podem ver nos art. 63, alínea c); 76, alínea n) nº 3); 78; 81, alínea i); na Seção V, art. 84 a 87; nos art. 165, § 1º e 175, § 4º. Em 1937, na Polaca, é citada no art. 90, alínea c); na seção própria - Da Justiça Militar - art. 111 a 113; nos art. 160, Parágrafo único; 172, § 1º e 173. A Constituinte de 1946 houve por bem inserir na respectiva Carta diversos artigos e uma seção própria, materializados pelos art. 106 a 108; 124, inc. XII, 182, § 2º e 207). Em 1967, a Justiça Militar mereceu tratamento nos art. 94 § 2º; 107, inc. III; 119, inc. I, IV e V; e 120 a 122, em seção própria. A Carta de 1969 cuida da Justiça Militar nos art. 93, § 2º e 3º; 112, inc. IV; 125, inc. I, IV e IX; 127 a 129, em seção própria; e 193. Na Constituição de 1988 são inseridos os regramentos constantes dos art. 92, inc. VI; 105, inc. I, alínea h); 108, inc. I, alínea a); 109, inc. IV e IX; 122 a 124, em seção própria; e 125, § 3º ao 5º.

importância, estreitamente vinculada ao papel das Forças Armadas e de sua essencialidade para a manutenção da ordem no Estado, preservando a segurança interna, a defesa do território e dos espaços marítimo e aéreo nacional.

Finalmente, na *Constituição de 1934*, os Tribunais Militares foram inseridos na estrutura do Poder Judiciário²³, por decisão da Assembleia Nacional Constituinte, que estabeleceu de forma clara, os regramentos para a Justiça Militar e o Supremo Tribunal Militar, limitando a sua competência apenas no âmbito penal. Nesse sentido, explica Ronaldo João Roth:

A Constituição de 1934 inclui a Justiça Militar como órgão do Judiciário, prevendo expressamente a **figura do juiz militar** e ampliando a sua competência para conhecer e julgar os delitos militares praticados, não só pelos militares, mas também pelas pessoas que lhe eram assemelhadas e pelos civis, mantendo o caráter de foro especial daquela Justiça. [...] **É de se notar que a Constituição de 1934 erigiu a Justiça Militar à condição de Justiça Especializada ao lado da Justiça Eleitoral**²⁴.

Assim, essa Constituição estendeu aos civis o foro militar, nos casos expressos em lei, para a repressão aos crimes contra segurança externa do País ou contra instituições militares e incluía os tribunais militares e seus juízes na estrutura do Poder Judiciário.

A *Constituição de 1937* manteve as diretrizes da Constituição anterior, no que se refere ao foro militar para os civis, nos casos expressos em lei, para a repressão aos crimes contra a segurança externa do País²⁵, e ao referir-se à Defesa do Estado. Foi explícita, também, com relação à possibilidade da

²³ *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934 - Art 63 - São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais federais; c) os Juízes e Tribunais militares; d) os Juízes e Tribunais eleitorais.*

²⁴ ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades dos Juiz Militar na atuação jurisdicional*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 24.

²⁵ *Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937 - Art 111 - Os militares e as pessoas a lhes assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei, para os crimes contra a segurança externa do País, ou contra as instituições militares.*

aplicação das penas da legislação militar e da jurisdição dos tribunais militares à Zona de Operações, durante grave comoção intestina²⁶.

O STM, a essa época, foi competente para reformar as sentenças do Tribunal de Segurança Nacional (TSN)²⁷, órgão de exceção criado pela Ditadura Vargas, por meio da **Lei nº. 244, de 11 de setembro de 1936**, que o instituiu como órgão da Justiça Militar, para os crimes de sua competência, com recurso para o STM, sem efeito suspensivo.

O Poder Constituinte de 1946 foi o responsável pela atual designação de Superior Tribunal Militar²⁸ (STM) dada ao antigo Supremo Tribunal Militar, conferindo-lhe atribuições judiciais e administrativas que foram peculiares à Justiça Militar, desde as cartas anteriores, ao mesmo tempo em que mantinha a regra geral do foro especial para os civis nos crimes de Segurança Externa.

Com o advento da Revolução de 31 de março de 1964, foram baixados atos institucionais que alteraram, profundamente, a Constituição de 1946, como, por exemplo, o **Ato Institucional nº 2, de 1965** (AI 2), que estabeleceu ser de competência da Justiça Militar a apreciação de todos os crimes contra a Segurança Nacional, e não somente dos crimes contra a segurança externa do País, estendendo o foro militar aos civis, em repressão os crimes tipificados como tal²⁹.

²⁶ _____ - Art 172 - Os crimes cometidos contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições serão sujeitos à Justiça e processos especiais, que a lei prescreverá. § 1º A lei poderá determinar a aplicação das penas da legislação militar e jurisdição dos tribunais militares na zona de operações durante grave comoção intestina.

²⁷ **Decreto-lei nº. 110, de 28 de dezembro de 1937** - Artigo único - O Supremo Tribunal Militar continuará julgar os recursos das decisões já proferidas pelo Tribunal de Segurança Nacional, como tribunal de primeira instância, na vigência da lei n 244, de 11 de setembro de 1936, revogadas as disposições em contrário.

²⁸ **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946** - Art 106 - São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores que a lei instituir.

²⁹ **Ato Institucional nº 2, de 1965** - Art 8º - O § 1º do art. 108 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação: § 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares." § 1º - Competem à Justiça Militar, na forma da legislação processual, o processo e julgamento dos crimes previstos na Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1963. § 2º - A competência da Justiça Militar nos crimes referidos no parágrafo anterior com as penas

O diploma político e **Carta Constitucional de 1967**, bem como a **Emenda Constitucional de 1969**, mantiveram as normas constitucionais então vigentes, introduzindo a novidade do recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF)³⁰ contra as decisões proferidas pela Justiça Militar, nos casos previstos em lei, contra civis, Governadores e Secretários de Estado³¹.

Após o **Ato Institucional nº. 5** (AI-5), mesmo tendo sido proibida a concessão de *habeas corpus*, o STM continuou a deferir diplomas contrários às normas de exceção, por meio da criação da figura da liminar, que foi logo e historicamente seguida pelo STF.

A liminar em *habeas corpus*, usada, sem lei a respeito, pela jurisprudência de todos os nossos Tribunais, foi criação do STM, que, por primeira vez em nosso direito, por intermédio de um juiz militar – o Almirante José Espíndola –, concedeu liminar num *habeas corpus* preventivo. Quando mais tarde o STF atuou no mesmo sentido, em HC concedido a um governador na iminência de ser deposto, invocou-se o precedente da Justiça Militar (*DJU*, Seção I, 30 nov.1979, p. 9004)³².

Enfim, a **Constituição de 1988** trouxe à baila alterações referentes à Justiça Militar da União, ampliando-lhe a competência, ao remeter esse tópico para legislação infraconstitucional³³, mantendo “in totum” o recurso ao STF,

aos mesmos atribuídas, prevalecerá sobre qualquer outra estabelecida em leis ordinárias, ainda que tais crimes tenham igual definição nestas leis.

³⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967** – Art 119 – Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] II – Julgar em recurso ordinário: [...] b) os casos previstos no art. 129, § 1º e § 2º.

³¹ _____ - Art 129 – À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas. § 1º Esse foro especial estender-se-á aos civis nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares. § 2º Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários nos crimes de que trata o § 1º.

³² **ROMEIRO, Jorge Alberto. Curso de Direito Penal Militar.** São Paulo: Saraiva, 1994, 15-16 p.

³³ **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988** – Art 124 – À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo

transferindo, porém, à Justiça Federal a apreciação dos crimes contra a Segurança Nacional.

2. 2. Estrutura

Não foi sem razão que a Carta Magna de 1988 manteve explicitados os fundamentos e inalterada a espinha dorsal das Forças Armadas, ao reconhecer que elas estão calcadas na hierarquia e na disciplina, uma vez que, se assim não fosse, a instituição se veria corrompida diante dos seus mais firmes e valiosos princípios.

Nas lições de José Afonso da Silva, vê-se:

Hierarquia é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior. [...] *Disciplina* é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. [...] ‘Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica³⁴.

Portanto, as definições não se confundem, mas se completam, na forma em que a disciplina necessita da hierarquia, pois, se existe uma hierarquia a ser respeitada, existe uma disciplina a ser obedecida.

Essas características fazem do universo militar quase um mundo à parte do restante da sociedade, voltado para valores assegurados institucionalmente que se transformam nos pilares que têm estruturado e sustentado a instituição, desde a sua mais remota origem, na medida em que se respeitam às diretrizes estabelecidas, tendo, por finalidade, o bem comum da nação e a proteção do Estado.

único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 753 p.

Na mesma linha, a Justiça Militar apresenta uma composição que se dá de forma muito peculiar e harmônica entre togados e não togados, constituindo, por sua vez, uma particularidade e quase um mundo à parte dentro do universo jurídico, sempre mesclada por membros das Forças e do Judiciário que, se pode dizer, caminham de *mãos dadas*³⁵ a fim de solucionar as demandas do campo militar, desde que existam indícios de tipicidade e autoria.

A Justiça Militar brasileira, na atualidade, subdivide-se em Justiça Militar da União e em Justiça Militar dos Estados. A Justiça Militar da União, prestes a completar duzentos anos de existência e foco deste trabalho, estrutura-se em Superior Tribunal Militar³⁶ – órgão de 2º grau –, Auditoria de Correição³⁷ e em 12 (doze) Circunscrições Judiciárias Militares (CJM), subdivididas em 21 Auditorias – órgãos de 1º grau, que atuam por meio dos Conselhos de Justiça Militares (Conselhos Especiais³⁸ e Conselhos Permanentes³⁹). Uma estrutura específica, concentrada e especializada que tem, por finalidade, preservar a instituição militar como instrumento de Estado.

A atual composição do STM é de quinze ministros, dez oficiais gerais, sendo três dentre os oficiais gerais da Marinha, quatro dentre os oficiais gerais do Exército e três dentre os oficiais gerais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco civis, sendo três dentre advogados e dois por escolha paritária, dentre juízes-audidores e membros do Ministério Público Militar (MPM), reproduzindo a mesma harmonia com relação aos tribunais de primeiro grau que têm composição mista.

³⁵ Mãos Dadas – Carlos Drummond de Andrade - Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/cda.htm>> Acesso em: 12 jul. 2007.

³⁶ Ver Figura “B” – Superior Tribunal Militar.

³⁷ Ver Figura “C” – Auditoria de Correição.

³⁸ Vide Figura “D” – Conselho Especial de Justiça.

³⁹ Vide Figura “E” – Conselho Permanente de Justiça.

FIGURA “B”

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR	
Composição	<p>Total de 15 Ministros (membros):</p> <ul style="list-style-type: none"> - 10 Oficiais Gerais (03 dentre os oficiais gerais da Marinha, 04 dentre os oficiais gerais do Exército e 03 dentre os oficiais gerais da Aeronáutica), todos da ativa e do posto mais elevado da carreira; e - 05 civis, dentre brasileiros com mais de 35 e menos de 65 anos de idade (03 entre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de efetiva atividade profissional; e 02 por escolha paritária, dentre Juizes-auditores e membros do MPM).
Critério para Nomeação	Escolha do Presidente da República, mediante aprovação do Senado Federal.
Duração	Vitalicio.
Principais Competências	<ul style="list-style-type: none"> - Recursos das decisões do 1º grau. - Habeas-Corpus. - Processar e julgar originariamente Oficiais Gerais acusados de crimes militares.

FIGURA “C”

AUDITORIA DE CORREIÇÃO	
Composição	A Auditoria de Correição é exercida por um Juiz-Auditor Corregedor, com jurisdição em todo o território nacional.
Finalidade	É um órgão de fiscalização e orientação judiciário-administrativa.
Principais Competências	<p>Proceder às correições:</p> <ul style="list-style-type: none"> - gerais e especiais nas Auditorias; - nos processos findos; - nos autos de inquéritos mandados arquivar pelo Juiz-Auditor, representando ao Tribunal, mediante despacho fundamentado, desde que entenda existentes indícios de crime e de autoria; e - nos autos em andamento nas Auditorias, de ofício, ou por determinação do Tribunal.

FIGURA “D”

CONSELHO ESPECIAL DE JUSTIÇA	
Composição	Total de 5 membros: - 4 Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um Oficial-general ou Oficial Superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade (Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade); e - 1 Juiz-Auditor (Relator).
Critério para Nomeação	Sorteio entre os Oficiais em serviço na sede da CJM.
Duração	Enquanto durar o processo (O Conselho Especial é constituído para cada processo e dissolvido após conclusão dos seus trabalhos, reunindo-se, novamente, se sobrevier nulidade do processo ou do julgamento, ou diligência determinada pela instância superior).
Principal Competência	Processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar.
Funcionamento	Os Conselhos Especiais funcionarão na sede das Auditorias, salvo casos especiais por motivo relevante de ordem pública ou de interesse da Justiça e pelo tempo indispensável, mediante deliberação do STM.

FIGURA “E”

CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA	
Composição	Total de 5 membros: - 1 Oficial Superior (Presidente do Conselho); - 3 Oficiais (até Capitão ou Capitão-Tenente); e - 1 Juiz-Auditor (Relator).
Critério para Nomeação	Sorteio entre os Oficiais em serviço na sede da CJM.
Duração	Um trimestre.
Principal Competência	Processar e julgar praças e civis acusados, nos delitos previstos na legislação penal militar, excetuado o disposto no art. 6º, inciso I, alínea b, da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 (Lei de Organização Judiciária Militar).
Funcionamento	Os Conselhos Permanentes funcionarão na sede das Auditorias, salvo casos especiais por motivo relevante de ordem pública ou de interesse da Justiça e pelo tempo indispensável, mediante deliberação do STM.

O estímulo a essa multiplicidade, na composição do STM, ocorre em face da particularidade cotidiana de cada universo das Forças Singulares – tudo em decorrência de que o que é vivido na caserna, em termos os valores agregados e atribuídos, diuturnamente, pode ser melhor avaliado por quem passa pela formação especializada da instituição, agregando os valores, os princípios e o respeito às normas do dia a dia e entendendo, assim, a filosofia das determinações⁴⁰.

Nessa composição, os ditos togados, juizes-audidores e membros do MPM, que compõem a corte, atuam no âmbito de suas competências, como operadores da lei, e nenhum deles fica limitado – muito pelo contrário, todos ampliam seus conhecimentos consolidados e os dividem, sempre, em colegiado.

De fato, a Justiça Militar apresenta uma diretriz democrática na sua composição, abrindo espaço para que as diferentes origens e possibilidades de discursos componham uma evolução jurisprudencial na corte. Isso se faz por meio das experiências dos diversos componentes, com formações distintas e particulares que podem se somar e atribuir um mais justo valor acerca de determinado assunto, em função da miscigenação na composição decisória – todavia, bem fundamentada em relação às infrações penais militares.

Se os crimes militares fossem remetidos a uma Vara Criminal Comum, exigiriam, muitas vezes, conhecimentos que não são peculiares aos operadores do direito, como o significado de crimes de insubordinação e de violência contra inferior, ou contra a Administração Militar, entre outros ilícitos próprios da vida na caserna.

Forçoso é reconhecer que militares e togados caminham unidos nos meandros do judiciário, numa composição indispensável à formação da mais autêntica Justiça, caracterizada por esse somatório de experiências e conhecimentos diferentes, quer particulares ao universo castrense, quer ao jurídico e técnico-

⁴⁰ “[...] ‘a infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares; eles, mais que os estranhos ao serviço das forças armadas, sabem compreender a gravidade da situação e as circunstâncias que podem modificá-la.’” apud BAPTISTA (DIREITO MILITAR - Revista da AMAJME, 2001, p. 4), em artigo sobre “A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente”.

normativo⁴¹, aliados a valores, ideologias e princípios éticos e morais indispensáveis em relação ao objeto julgado.

Um aspecto interessante da Justiça Militar é o *escabinato*⁴², que, desde o início, foi integrado por juizes militares e togados, embora exista quem afirme ser o escabinato uma ofensa ao princípio do juiz togado, por entender que é ilegítima a atuação do Tribunal, na medida em que um juiz togado julga em conjunto com um “juiz militar”. Todavia, caso um órgão do Poder Judiciário, composto por Tribunais e Juizes Militares – **art. 92 da Constituição de 1988** –, não fosse exercido diante de “juizes-audidores togados”, aí é que se estaria infringindo o **art. 5º, XXXV, da Carta Magna**.

O *escabinato* é um modelo que está recepcionado pela **Constituição Federal de 1988**, diante da miscigenação estabelecida pela composição dos Conselhos de Justiça Militares⁴³, isto é, dos Conselhos Permanentes e Conselhos Especiais, os quais foram novamente firmados e sedimentados em sua existência

⁴¹ “É imperioso citar-se o eminente jurista, Dr. José Carlos Moreira Alves, Ministro do Supremo Tribunal Federal, que afirmou: ‘Sempre haverá Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer as idiossincrasias da carreira das armas, não estando pois em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e na disciplina das Forças Armadas.’” apud BAPTISTA (DIREITO MILITAR - Revista da AMAJME, 2001, p. 6), em artigo sobre “A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente”.

⁴² “Os Conselhos de Justiça são conforme mencionado anteriormente o 1º grau de jurisdição da Justiça Militar, Federal e Estadual. Segundo a doutrina, os Conselhos de Justiça são órgãos colegiados constituídos por civis e militares. A constituição mista deste colegiado recebe o nome de escabinato. Segundo Roberto Menna Barreto de Assumpção, ‘escabinato diz-se dos órgãos colegiados mistos formados na Justiça Militar, por integrantes das Forças Armadas e bacharéis, quatro oficiais e um Juiz Auditor nos Conselhos Permanentes e Especiais de 1º grau. Dez oficiais gerais do último posto da carreira, três advogados, um membro do MPM e um Juiz Auditor, no STM’ (ASSUNÇÃO, Roberto Menna Barreto. *Direito Penal e Processual Penal Militar – Teoria Essencial do Crime – Doutrina e Jurisprudência - Justiça Militar da União*. Rio de Janeiro: Editora Destaque, 1998, p. 20).” apud ROSA (Jus Navigandi nº 60, 11.2002), no artigo “Justiça Militar: participação das Praças no Escabinato”.

⁴³ **Lei Orgânica da Justiça Militar nº 8.457, de 04 de setembro de 1992 – Art. 16** – São duas as espécies de Conselhos de Justiça: a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juizes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juizes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade; b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

pela *Lei Orgânica da Justiça Militar nº 8.457, de 04 de setembro de 1992*⁴⁴, posterior à entrada em vigor e, portanto, sob a vigência da referida Constituição, organizando a Justiça Militar da União e regulando o funcionamento de seus serviços auxiliares.

2. 3. Destinação Jurisdicional

As ciências penais partem de diretrizes comuns, conforme leciona José da Silva Loureiro Neto, em sua obra *Direito Penal Militar*:

O objeto da ciência do Direito Penal, tanto comum como militar, é a proteção dos bens juridicamente relevantes. Por isso, é necessário valorar esses bens e interesses verificando-se aqueles que merecem maior proteção e protegê-los com sanções cominadas às condutas que os ofendam. (1993, p. 23).

Os Códigos Penais Comum e Militar devem estar sempre em harmonia entre si, pois são diplomas que englobam um mesmo objeto relevante, não podendo ter diretrizes verticalmente diferentes. Entretanto, é essencial registrar que, apesar de um berço comum, os textos comportam peculiaridades voltadas para as respectivas e muito bem determinadas competências e especificidades que transfere para seus tribunais.

Assim, destacamos as opiniões de Vincenzo Manzini e Esmeraldino Bandeira, quando afirmam que o Direito Penal Militar representa senão uma especialização do Direito Penal comum, pois os princípios básicos deste último são também válidos para aquele direito. Por isso, estava certo Napoleão quando disse que ‘a lei militar é a lei comum com gorro de quartel’⁴⁵

A primeira distinção entre o Código Penal comum e o Código Penal Militar versa sobre as teorias adotadas por cada um deles. As últimas edições dos citados códigos não entraram em vigor simultaneamente. O atual Código Penal Militar passou a vigorar em 1970, conservando o mesmo texto até os

⁴⁴ _____ – Art. 1º - São órgãos da Justiça Militar: I. o Superior Tribunal Militar; II. a Auditoria de Correição; III. os Conselhos de Justiça; IV. os Juizes-Audidores e os Juizes-Audidores Substitutos.

⁴⁵ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993, 24 p.

dias atuais; já o Código Penal Comum mantém quase a mesma estrutura de 1940, pois foi reformado em 1984, adotando o finalismo⁴⁶, por escola penal. Desde a sua entrada em vigor, o Código Penal Militar não sofreu alterações substanciais, mantendo, como entendimento basilar, a teoria do causalismo⁴⁷. Essas distinções influenciam na moldura de concepção dos diversos institutos penais que compõem a Parte Geral de cada um desses diplomas.

O subprocurador aposentado da Justiça Militar e estudioso do tema José Carlos do Couto explica que, de acordo com o Direito Penal Militar, antes de analisar a culpabilidade, examina-se a antijuridicidade de uma conduta. Isso significa que para os causalistas, ‘a conduta de matar alguém é típico, mas para ser classificado como crime é necessário analisar outros elementos, sendo o dolo o último a ser analisado’, exemplifica o subprocurador. Já para os finalistas, o dolo é analisado na tipicidade⁴⁸.

Tem-se, como competência da Justiça Militar, *processar e julgar os crimes militares definidos em lei (Art. 124 da Constituição de 1988)*, dispondo a lei, a partir daí, *sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar (Parágrafo único do mesmo Art.)*. Mas o que vem a ser crime militar, fator tão importante para o tópico em desenvolvimento?

Mesmo com sérias divergências, a doutrina busca marcar divisões firmes na determinação do que seja crime militar⁴⁹ e, primeiramente, divide-os em

⁴⁶ **Finalismo** – s. m., Filos., sistema que estabelece que tudo foi criado em ordem a um fim; [...] Disponível em: Priberam - <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx> Acesso em: 23 jul. 2007.

⁴⁷ **Causalismo** – s.m. Teoria filosófica fundada na causalidade. / Consideração das causas. Disponível em KingHost - <<http://www.kinghost.com.br/dicionario/causalismo.html>> Acesso em 23 jul. 2007.

⁴⁸ BOMFIM, Ana Paula. CPM e CPPM. *Que códigos são esses? STM em Revista*, Brasília, ano 3, nº 4, p. 24, julho/dez., 2006

⁴⁹ Crime Militar – “[...] é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. Distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar e simples. A relação entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma existente entre crime e contravenção penal.” (ASSIS, 2005, p. 39).

*crimes militares próprios*⁵⁰ e em *crimes militares impróprios*. Os crimes pura ou propriamente militares são aqueles que só podem ser praticados por militares, ou seja, exigem do sujeito ativo a condição de militar e uma violação de dever específico, isto é, deveres próprios e restritos às diretrizes militares, em que os exemplos clássicos são o crime de motim, de revolta, de deserção, de violência contra superior⁵¹ ou contra inferior, de recusa a obediência devida⁵², de abandono de posto, etc.

Os crimes chamados de impropriamente militares, ou acidentalmente militares, são aqueles que estão previstos tanto no Código Penal Militar quanto no Código Penal Comum, e se caracterizam por serem praticados por qualquer cidadão, civil ou militar. Ressalve-se que, sendo praticados por militares⁵³, em determinadas hipóteses ou condições, devem ser considerados crimes militares, por exemplo, o homicídio de um militar em situação de atividade por outro militar da mesma situação (*art. 9º, inc. II, letra “a”*) e *205 do CPM*, combinados) ou o furto em quartel, praticado por militar em situação de atividade (*art. 9º, inc. II, letra “b”*) e *240 do CPM*⁵⁴; etc.

Os crimes acidentalmente militares são:

os crimes que o Doutor Clóvis Beviláqua chamava de crimes militares por compreensão normal da função militar, ou seja,

⁵⁰ Crime Militar Próprio – “[...] são chamados crimes propriamente militares aqueles cuja prática não seria possível senão por militar, porque essa qualidade do agente é essencial para que o fato delituoso se verifique”. (Silvio Martins TEIXEIRA, 1946:46)” (ASSIS, 2005, p. 40).

⁵¹ *Código Penal Militar* – Art.24 – O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior para aplicação da lei penal militar.

⁵² ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005, 40 p.

⁵³ *Crime Militar Impróprio* – “[...] são aqueles que estão previstos tanto no Código Penal Castrense quanto no Código Penal Comum e, que, por um artigo legal tornam-se militares por se enquadrarem em uma das várias hipóteses do inc. II do art. 9º do diploma militar repressivo.” (ASSIS, 2005, p. 41).

⁵⁴ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994, 68 p.

embora civis na sua essência, assumem feição militar, por serem cometidos por militares em sua função.⁵⁵

Ressalvando-se os crimes praticados por civis, tendo características ou definições legais como se tratando de crimes militares, como o crime de violência contra sentinela (*art. 158 do CPM*).

Portanto, existem critérios para aferição do crime militar em razão da matéria, da pessoa, do lugar e do tempo.

Ao se falar em competência da Justiça Militar da União, não se pode perder de vista que ela se destina a salvaguardar a hierarquia e disciplina como pilares básicos das Forças Armadas, atuando contra ofensas a esses princípios, as quais correspondem ao cometimento de crimes militares, pois, como já fora mencionado, a transgressão a um princípio infringe valores, caracterizando uma agressão muito maior do que a transgressão de uma norma qualquer do ordenamento castrense.

Para além desta análise, é importante salientar que as poucas infrações criminais cometidas no âmbito das Forças Armadas, espelham a existência de uma estrutura organizada, consolidada, duradoura e respeitada que encontra, na Justiça Militar da União⁵⁶, uma resposta jurisdicional de seriedade, comprometimento e celeridade nos processos – tanto que eles são concluídos em três meses, em média⁵⁷.

⁵⁵ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005, 41 p.

⁵⁶ “A Justiça Militar da União prosseguirá a sua jornada, adaptando-se a eventuais reformulações da própria evolução política e social da nação brasileira, mas intocável em seus pilares basilares de honradez, templo do direito e do contraditório, sempre célere e inflexível em defesa dos bens maiores a serem tutelados, a hierarquia e a disciplina, pilares essenciais para a sustentação da estrutura militar.” apud FEROLLA (DIREITO MILITAR – Revista da AMAJME, 2000, p. 32), em discurso de posse na Presidência do STM.

⁵⁷ BARROSO FILHO, José. *Justiça Militar da União. Jus Navigandi*, Terezina, ano 3, nº 31, maio 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1570>>. Acesso em 03 jul. 2007.

Relevante contribuição para esses resultados se encontra na composição do Código Penal Militar (CPM), que é subdividido em Parte Geral e Parte Especial. A Geral se compõe de um Livro Único que direciona e predetermina as diretrizes a serem adotadas pela Parte Especial, tratando da aplicação da lei penal militar, do crime, da imputabilidade penal, do concurso de agentes, das penas, das medidas de segurança, da ação penal e da extinção da punibilidade. Na Parte Especial configura-se um importante quadro com a preocupação relativa aos crimes militares, em espécie.

Nessa parte encontram-se contemplados, no Livro I, os *crimes militares em tempo de paz* nos aspectos contra a segurança externa do País, a autoridade ou a disciplina militar, o serviço militar e o dever militar, a pessoa, o patrimônio, a incolumidade pública, a administração militar e a administração da justiça militar, enquanto no Livro II estão cominados os *crimes militares em tempo de guerra* nos aspectos de favorecimento ao inimigo, da hostilidade e da ordem arbitrária, contra a pessoa e o patrimônio e do rapto e da violência carnal.

Nesse contexto podem ser identificadas as verdadeiras pedras de toque e os pontos cruciais na aplicação das penas para os crimes descritos na Parte Especial, visando o exercício das competências da Justiça Militar em relação a situações que ocorrerem em tempo de paz, ou em tempo de guerra, em face dos direcionamentos e diretrizes da Parte Geral, que são os **Art. 9º e 10º do CPM** para o entendimento das definições já apresentadas e relativas a crime militar, crime militar próprio, crime militar impróprio, etc.

2. 4. Direito Especializado

É importante se observar que a Justiça Militar possui uma função essencial no Estado Democrático de Direito, uma vez que exerce de forma efetiva o controle das atividades desenvolvidas pelos militares das Forças Armadas, na condição de *ultima ratio Regis*, na preservação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, previstos no **art. 5º da Constituição Federal** e nos tratados internacionais que foram subscritos pela República Federativa do Brasil.

O fato da Justiça Castrense ser um órgão colegiado no 1º grau não configura nenhuma violação à tradição constitucional e processual. Nos países europeus, que seguem a tradição da família romano-germânica, a mesma observada pelo Brasil,

como por exemplo, a Itália e a França, o juízo de 1ª instância é constituído por um órgão colegiado, como muito bem ressaltou Piero Calamandrei em sua obra “Eles os juizes vistos por um advogado”, Editora Martins Fontes. (ROSA, Jus Navigandi nº 813, 24.9.2005).

A Justiça Militar da União possui previsão constitucional desde a **Constituição Federal de 1934**. Os Juizes-Auditores integram o Poder Judiciário com todas as garantias asseguradas aos magistrados, vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, e a Constituição Cidadã, a **Constituição Federal de 1988**, seguindo a tradição constitucionalista inaugurada com o texto de 1934, novamente, fez previsão expressa da Justiça Militar.

Portanto, não inova ou absorve qualquer prática de exceção firmada em passado recente, muito pelo contrário, ombreia-se com a tradição legal de inúmeros países democráticos de diferentes culturas, continentes, experiência histórica e níveis de desenvolvimento sócio-econômico e cultural. O Brasil insere-se dentre muitos que consagram essa prática, tais como: Inglaterra, França, Espanha, Portugal, Itália, Romênia, África do Sul, Angola, Coreia, Estados Unidos, Uruguai, Bolívia e Chile.

Neste ponto, uma consideração deve ser feita quanto a afirmações néscias de que a Justiça Militar é uma justiça de exceção. Na realidade, defender tal posição é o mesmo que contrariar os textos constitucionais promulgados durante a República. A Justiça Militar não é constituída por tribunais de exceção, pois a sua existência, além de ter sido assegurada constitucionalmente ao longo desse tempo, tem respaldo na “Constituição Cidadã”. Logicamente, ela não poderia existir se não se enquadrasse nos termos da **Constituição de 1988**, em seu **Título II, Capítulo I, Dos Direitos e Garantias Fundamentais**, em que se pode compulsar o **Art. 5º** e verificar o que rezam os seus incisos **XXXVII** – “não haverá juízo ou tribunal de exceção” – e **LIII** – “ninguém será julgado e sentenciado senão pela autoridade competente”.

Diretrizes, competência e estrutura adequadas a uma justiça especializada não constituem exceções, e exceção não é sinônimo de justiça especializada. A justiça especializada faz parte da organização estrutural do Poder Judiciário e atende a estratégia de concentrar competências para que melhores sejam compreendidos casos particulares e específicos, em cada uma das suas circunscrições, dividindo a atividade jurisdicional do Estado entre os vários órgãos do Poder Judiciário.

A Justiça do Trabalho, por exemplo, foi criada em 1934; entretanto, só se tornou reconhecido órgão do Poder Judiciário em 1946. Seria a Justiça do Trabalho, também, uma “justiça de exceção” quando existe e direciona suas competências, exclusivamente, para foro reservado a duas categorias, empregado e empregador?

A Justiça Eleitoral, por sua vez, ao debruçar-se especificamente sobre as relações eleitorais entre o candidato e o eleitor e sobre as demais nuances do processo eleitoral, como uma justiça especializada, seria, também, uma “justiça de exceção”?

Seriam a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral *justiças de exceção*?

Desnecessário se faria, mas, diante de tantos posicionamentos, críticas e visões incompletas e distorcidas por desconhecimento, ou má fé, a resposta é um categórico “**Não!**”. *A Justiça Militar é uma Justiça Especializada, como a Justiça do Trabalho e a Eleitoral*, e cumpre funções previstas na Lei de Organização Judiciária e na Constituição Federal, desempenhando o seu papel com eficiência, eficácia e efetividade. Isso se comprova, no mínimo, com números referentes a custos orçamentários, tendo em vista que apenas 1% (*um por cento*) do orçamento da União é destinado ao Poder Judiciário Federal, para a manutenção de toda a máquina judiciária federal; à Justiça Militar da União, ínfimos 0,01% (*zero vírgula zero um por cento*) dessa verba⁵⁸.

Por explícita atuação, a serviço da democracia, a Justiça Militar da União caminha na história por diretrizes diferenciadas, restando caracterizado um bem jurídico tutelado específico e por que não especial! Necessário se faz ser o militar analisado por um Tribunal especializado frente às especificidades da vida castrense, tendo, assim, essa justiça especializada o exercício de inibir atuações criminosas de seus tutelados, visando, sempre, a proteção da instituição e do Estado de Direito.

A Justiça Militar, também, não constitui prerrogativa de uma classe e não se traduz em um corporativismo, mas sim em uma jurisdição especial, exigida e adequadamente justificada pela reconhecida necessidade de manutenção da disciplina castrense, *não existindo privilégio para os jurisdicionados*, mas um

⁵⁸ BARROSO FILHO, José. *Justiça Militar da União. Jus Navigandi*, Terezina, ano 3, n° 31, maio 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1570>>. Acesso em 03 jul. 2007.

efetivo controle dos atos praticados sob a vigilância das leis, *condenando-se o acusado quando existem provas de autoria e materialidade que demonstrem a sua culpabilidade e absolvendo-o quando os atos descritos na denúncia não fornecem elementos que possam levar a uma certeza da violação da lei. Afinal, esse é o fundamento da teoria geral do processo que se aplica no Estado Democrático de Direito.*

A justificativa política de nossas Constituições Federais sempre foi a de reservar foro especial aos militares que venham cometer crimes militares. E aqui vai outra distinção: a Justiça Militar não julga militares pela prática de qualquer crime, mas tão somente pela prática de crime militar, definido em lei. Resumindo: a Justiça Militar não é foro para o delito dos militares, mas sim para os delitos militares⁵⁹.

Somente quem estuda e analisa o “universo militar” é capaz de entender as peculiaridades do cotidiano dessa classe e, a partir daí, verificar como se desmistificam conclusões preconceituosas sobre as instituições que lhe são vinculadas, como a Justiça Militar. A necessidade da permanência dos pilares básicos da hierarquia e da disciplina é fundamental para a perpetuação do cumprimento da nobre missão consuetudinariamente⁶⁰ e constitucionalmente atribuída ao longo da história da civilização e deste País.

Portanto, o seu direito especializado não é nada mais do que uma competência delimitada legalmente e composta por pessoas especializadas em analisar as infrações cometidas por essa determinada classe. Jamais um tribunal a fim de privilegiá-la, mas sim um tribunal que pune determinadas infrações restritas e no âmbito de sua competência.

Finalmente, deve-se ressaltar que essa justiça especializada, tão pouco conhecida, é uma justiça na qual não existem custas processuais e que nunca se viu envolver em escândalos de corrupção que já macularam outros, indiscutivelmente, essenciais setores do poder Judiciário. Tudo, sem olvidar que,

⁵⁹ ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades dos Juiz Militar na atuação jurisdicional*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 55.

⁶⁰ *Consuetudinário* - do Lat. *Consuetudinarius* - adj., fundado nos costumes, no que é usual ou costumado (diz-se especialmente de certas leis). Disponível em: Priberam - <http://www.priberam.pt/dlpo/definir_resultados.aspx> Acesso em: 24 jul. 2007.

por ser militar, um cidadão não se encontrará à salvaguarda de ser julgado por um outro tribunal específico. O militar que infringir normas tuteladas pelo Código Penal Comum, por seu Tribunal competente será apreciado.

3. CONCLUSÃO

O âmago do Direito está íntima e implicitamente ligado ao imaginário representado pela Deusa da Justiça. A justiça existe e deve ser feita! Essa seria a certeza, o brilho, o aroma, a verdadeira melodia que regeria todas as relações sociais, em qualquer instância ou competência, seja de primeiro, seja de segundo grau, seja a Justiça Comum, Federal, seja Especial (Trabalhista, Militar ou Eleitoral), que não devem ser visualizadas estaticamente, mas sob a dinâmica da defesa de seus espaços e, ao mesmo tempo, como partes de um todo com um fim comum, a paz social.

A beleza das leis eternas e da justiça divina norteadas com maestria por Dikê ou *Iustitia* consiste, justamente, no Poder Judiciário transformar-se em seu reflexo e ser apreciado como uma verdadeira orquestra a serviço da sociedade. Aí é necessário, para uma bela apresentação, que estejam todos os instrumentos harmônicos e afinados, e que os operadores do direito executem as suas funções como verdadeiros músicos dessa orquestra, empregando seus conhecimentos agregados e arraigados, sempre prontos para a execução, e tendo a sociedade por palco, cenário e verdadeira plateia da sinfonia.

Como afirma Tércio Sampaio Ferraz Junior:

O direito é um dos fenômenos mais notáveis na vida humana. Compreendê-lo é compreender uma parte em nós mesmos. É saber em parte porque obedecemos, porque mandamos, porque nos indignamos, porque aspiramos mudar em nome de ideais, porque em nome de ideais conservamos as coisas como estão. Ser livre é estar no direito e, no entanto, o direito também nos oprime e tira a liberdade. Por isso, compreender o direito não é um empreendimento que se reduz facilmente a conceituações lógicas e racionalmente sistematizadas. O encontro com o direito é diversificado, às vezes conflitivo e incoerente, às vezes linear e conseqüente. [...] Para compreendê-lo é preciso, pois, saber e amar. Só o homem que sabe pode ter-lhe o domínio. Mas só quem o ama é capaz de dominá-lo rendendo-se a ele.

A valorização da Justiça Militar há de ser dada, na medida de uma necessária, e já tardia, conscientização popular, frente aos dados de produtividade, celeridade e seriedade, características peculiares das justiças especializadas (leia-se militar, trabalhista e eleitoral), sem que a Justiça Militar da União se tenha envolvido, jamais, em escândalos de qualquer natureza.

Recentemente, uma campanha da Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) invadiu os ambientes acadêmicos e levou uma importante questão a estudantes e profissionais do Direito, com o lema “**Ninguém valoriza o que não conhece**”, inserido na busca da entidade pela mais ampla aproximação com profissionais e a sociedade, em função do hermetismo da Justiça brasileira⁶¹.

Ao mesmo tempo em que a AMB se preocupa com a opinião pública julgar a Justiça brasileira excessivamente morosa, burocrática, formalista e excludente, associada ao desconhecimento dessa justiça especializada, até mesmo no meio jurídico, outros pensadores receiam com relação a uma possível extinção da Justiça Militar da União, por meio de um gradativo esvaziamento de suas competências, incrementada pela ação de legisladores menos esclarecidos, conforme alerta Cláudio Amim Miguel:

Pretendo [...] chamar a atenção para um sério risco de ver a Justiça Militar da União extinta, não por uma expressa disposição legal, mas sim por um gradual esvaziamento de sua competência e pelo não acompanhamento das diversas transformações que o país vem passando. Efetivamente, o legislador não se lembra ou não se preocupa com a JMU, haja vista as modificações ocorridas nos códigos comuns, que não foram trazidas para os nossos. Aliás, esse desinteresse restou evidenciado com a não inclusão da JMU no Conselho Nacional de Justiça. Outro dado lamentável diz respeito a recente pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil, na qual se revela que 67% dos magistrados desconhecem a Justiça Militar⁶².

⁶¹ COLAÇO, Rodrigo. *À Luz dos números a Justiça vê e é vista. STM em Revista*, Brasília, ano 2, nº 2, p. 21, julho/dez., 2005.

⁶² MIGUEL, Cláudio Amim. *O Processo Penal Militar no contexto das inovações da Dogmática Processual. STM em Revista*, Brasília, ano 3, nº 4, p. 20, julho/dez., 2006.

Por analogia, pode-se transpor o cerne dessa questão para a realidade contemporânea vivida pela teogonia legada à civilização pela Mitologia Greco-Romana, em comunhão de destinos com a Justiça Militar, uma vez que se encontram relegadas ao limbo do desconhecimento, que as apaga da memória, as relega ao esquecimento e as conduz a resultados como o da pesquisa feita pela AMB, na qual ficou patente ser a Justiça Militar *desconhecida dentro do próprio círculo dos magistrados*, o que se dirá no meio dos brasileiros em geral, leigos nos meandros do meio Jurídico.

Inacreditável resultado e retrato de inconcebível desconhecimento e descaso frente à carga de importância histórica da Justiça Militar, embrião de toda a estrutura judiciária do País.

De fato, ninguém valoriza o que não conhece; entretanto, contra os dados e marcos históricos não há contra-argumentos. A Justiça Militar da União foi o embrião do Poder Judiciário do Brasil independente e deve ser valorizada pelo tanto que contribuiu para a evolução do Direito no País, particularmente durante o Estado Novo e na recente trajetória nacional, durante a conturbada época do regime militar.

Trata-se de uma justiça especializada, dedicada, majoritariamente, a uma categoria especial, a dos militares federais – Marinha, Exército e Aeronáutica –, julgando apenas, e tão somente, os crimes discriminados na lei como crimes militares, jamais correspondendo a um tribunal de exceção vinculado à história recente, observado o fato de que atua, ininterruptamente, há quase duzentos anos, com magistrados nomeados e amparados por normas legais e constitucionais permanentes, não se subordinando a nenhum outro poder.

Assim, não pode se envergonhar, mas, antes, deve-se orgulhar de ser a mais fechada vertente do Judiciário, que cumpre fielmente com a sua função, frente às mais elevadas aspirações humanas, materializadas na mitológica Deusa Dikê.

Desse modo, certamente, a sua valorização há de ser dada, na medida de uma necessária e já tardia conscientização popular, frente aos dados de produtividade, celeridade e seriedade, que devem ser reconhecidos no momento em que, prestes a completar uma experiência bicentenária, representa a mais antiga expressão judiciária nacional, cuja história se confunde, necessariamente, com a história do Brasil.

Por tudo isso, a Justiça Militar da União deve sentir-se e, certamente, sente-se apta a encarar os desafios da modernidade, por meio de uma atuação célere e austera, todavia envolvida na grandeza e no turbilhão das paixões que os Deuses da Hélade jamais conseguiram controlar, antes invejaram, ao longo da aventura humana.

4. REFERÊNCIAS

AQUINO, Carlos Pessoa de. Ética - ética profissional e outras reflexões. **Jus Navigandi**, Terezina, ano 5, nº 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2237>> Acesso em: 12 jul. 2007.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 5ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005, 720 p.

BAPTISTA, Carlos de Almeida. A Justiça Militar da União, pelo seu Presidente. **DIREITO MILITAR** - Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais (AMAJME), Florianópolis, ano II, nº 13, p. 3-6, setembro/out., 1998.

BARROSO FILHO, José. Justiça Militar da União. **Jus Navigandi**, Terezina, ano 3, nº 31, maio 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1570>>. Acesso em 03 jul. 2007.

BOMFIM, Ana Paula. CPM e CPPM. Que códigos são esses? **STM em Revista**, Brasília, ano 3, nº 4, p. 12-15, julho/dez., 2006

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**. Volume I - 17ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2002, 405 p.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição do Império do Brasil ? Carta da Lei, de 25 de março de 1824** / Otaciano Nogueira - Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 122 p. - Coleção, Constituições Brasileiras; v. 1.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891** / Aliomar Baleeiro - Brasília,

DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 122 p. - Coleção, Constituições Brasileiras; v. 2.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934** / Ronaldo Poletti - Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 194 p. - Coleção, Constituições Brasileiras; v. 3.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937** / Walter Costa Porto - Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 144 p. - Coleção, Constituições Brasileiras; v. 4.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946** / Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho - Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 134 p. - Coleção, Constituições Brasileiras; v. 5.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967** / Themístocles Brandão Cavalcanti, Luiz Navarro de Brito e Aliomar Baleeiro - Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 186 p. - Coleção, Constituições Brasileiras; v. 6.

BRASIL. Constituição (1969). **Emenda Constitucional de 1969, de 17 de outubro de 1969** / Walter Costa Porto - Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 157 p. - Coleção, Constituições Brasileiras; v. VIa.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988** / Caio Sá Viana Pereira de Vasconcelos Tácito - Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 366 p. - Coleção, Constituições Brasileiras; v. 7.

BRASIL. Constituição (1946). Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Altera a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas

emendas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 nov. 1965. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 25 mai. 2007.

BRASIL. Constituição (1967). Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Altera a Constituição de 1967 e as Constituições estaduais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 1968. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 25 mai. 2007.

BRASIL. Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936. Institui o Tribunal de Segurança Nacional. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 26 mai. 2007.

BRASIL. Lei Orgânica da Justiça Militar nº 8.457, de 04 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. **Diários Oficiais da União**, Brasília, DF, 08 set. 1992. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

BRASIL. Decreto-lei nº 110, de 28 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o recurso de decisões do Tribunal de Segurança Nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1937. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 26 mai. 2007.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre o Código Penal Militar. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 18 abr. 2007.

COLAÇO, Rodrigo. À Luz dos números a Justiça vê e é vista. **STM em Revista**, Brasília, ano 2, nº 2, p. 20-21, julho/dez., 2005.

CREMONIN, Poliana Loverbeck; COTRIN, Lucas de Oliveira. A utilização dos “Símbolos do Direito”. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 30 abr. 2006. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1068>. Acesso em: 25 jun. 2007.

FEROLLA, Sérgio Xavier. Discurso de posse na Presidência do Superior Tribunal Militar. **DIREITO MILITAR** - Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais (AMAJME), Florianópolis, ano IV, nº 21, p. 32, janeiro/fev., 2000.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1993, 228 p.

MIGUEL, Cláudio Amim. O Processo Penal Militar no contexto das inovações da Dogmática Processual. **STM em Revista**, Brasília, ano 3, nº 4, p. 20-21, julho/dez., 2006.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994, 352 p.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Justiça Militar: participação das Praias no Escabinato. **Jus Navigandi**, Terezina, ano 7, nº 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3529>>. Acesso em 23 jun. 2007.

_____. Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**, Terezina, ano 9, nº 813, 24 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7326>>. Acesso em 23 jun. 2007.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar e as peculiaridades dos Juiz Militar na atuação jurisdicional**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 138.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 887 p.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, 900 p.

A inconveniência do julgamento

dos crimes militares impróprios pelo escabinato na justiça militar

Lendel Fernandes Oliveira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia,
Ex-estagiário da Procuradoria de Justiça Militar da 6ª Região Militar
Técnico Administrativo do MPF

1. INTRODUÇÃO

O Direito Militar pátrio abriga um dos institutos jurídicos mais antigos de que se tem notícia, o escabinato. Escabinato, ou escabinado, é o órgão judicial composto por juízes togados e juízes leigos, sendo esta uma espécie jurídica em vias de extinção no Direito brasileiro. Afirma-se isso com base no que ocorreu recentemente, quando as Juntas de Conciliação e Julgamento da Justiça do Trabalho, que eram compostas de dois juízes leigos, representantes dos patrões e empregados, e um juiz togado, deram lugar ao juízo monocrático em primeira instância. Sem dúvidas, no mundo em que as relações jurídicas entre o Estado e os particulares, ou mesmo exclusivamente entre estes últimos, tornam-se cada vez mais complexas e especializadas, a composição de órgãos judiciários por leigos tem-se mostrado, ao menos num plano geral, cada vez mais inconveniente.

Na seara penal militar o panorama é o mesmo. É crescente a dificuldade, até mesmo dos bacharéis e estudiosos do Direito, em decidir os casos concretos com fundamentos no sistema de normas jurídicas, no qual se inclui tanto os princípios como as regras de cada ramo e sub-ramo do Direito. Na Justiça Penal Militar, desde a sua criação no Brasil, o escabinato tem sido utilizado como órgão julgador dos crimes de sua competência, os crimes militares. Atualmente, compete aos escabinatos de primeiro grau, ou seja, os Conselhos Permanentes de Justiça e os Conselhos Especiais de Justiça, e os escabinatos de segundo grau, o Superior Tribunal Militar e Tribunais Militares dos Estados-Membros, apreciar e julgar irrestritamente os crimes militares definidos em lei. A exceção a essa regra fica por conta do disposto nos §4º e §5º, do art. 124, da Constituição Federal, nos quais é excepcionada

a jurisdição da Justiça Militar Estadual para crimes dolosos conta a vida de civis no primeiro caso, e, no segundo, é estabelecido o juízo monocrático dos Juizes-Auditores estaduais para apreciação dos crimes militares cometidos contra civis, salvo os dolosos contra a vida, como já se destacou.

Para analisar a conveniência dos julgamentos realizados pelos escabinatos das Justiças Militares, é imprescindível perceber que o gênero crime militar abarca duas espécies distintas e inconfundíveis: o crime militar próprio e o crime militar impróprio. O crime militar próprio, também denominado de crime propriamente militar, ou ainda, puramente militar, possui características tão peculiares que, de fato, poder-se-ia, até mesmo, justificar a composição *sui generis* do órgão judicial que deverá apreciá-lo e julgá-lo.

Como já se disse, há um movimento no Direito pátrio no sentido de extinguir os escabinatos. Preservar ou extinguir essa espécie de órgão julgador do processo penal militar desmotivadamente, impulsionado pelo apego às tradições ou por simples revanchismo inconsequente, fruto dos rancores deixados pela ditadura militar durante décadas, é ignorar a verdadeira face do princípio do Juiz Natural. Tal princípio visa, por meio das normas de competências constitucionais, eleger, dentre os órgãos judiciários, aquele que melhor pode aquilatar a prestação jurisdicional.

2. O SURGIMENTO DAS CORTES MILITARES E DO CRIME MILITAR

O surgimento das justiças militares deu-se com a especialização de um ramo do Direito Penal, o qual se denomina Direito Penal Militar. O Direito Penal Militar, por sua vez, gravita em torno da especialização de um gênero do crime que, deixando de chamar-se crime comum, passou a chamar-se crime militar. Tais fatos são indissociáveis. Estudar a evolução histórica da Justiça Militar é falar sobre o surgimento do Direito Penal Militar e como se compreendeu, através dos tempos, o crime militar.¹ Por essa razão, não é exagero afirmar que as justiças militares surgiram em razão dos crimes militares, sendo a sua competência, portanto, definida em razão da matéria a ser julgada.

¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Editora Sariaiva, 1994 p. 4.

Desde o instante em que se passou a cominar penas severas (distintas das meramente disciplinares) aos guerreiros faltosos, pode-se dizer que surgia o Direito Penal Militar. Por isso, o advento de uma justiça especializada e do Direito Penal Militar, ao contrário do que possa pensar o estudioso incauto, não tem relação com os regimes totalitários militares que se levantaram no século XX nos países subdesenvolvidos da América Latina e África. Em verdade, os primeiros registros do Direito Penal Militar se perdem na história e remontam à mais longínqua antiguidade, quando surgiram os primeiros Exércitos e forças militares.²

Registros históricos apontam que a necessidade de uma legislação diferenciada para o tratamento da disciplina dos exércitos nasceu antes mesmo do Império Romano. Apesar da dificuldade em se precisar quando e onde apareceram as primeiras codificações com conteúdo penal militar, sabe-se que reis no Egito e na Grécia antigos já forçavam a observância dos deveres militares cominando penas para os desobedientes. Não obstante, foi mesmo dos romanos a principal contribuição para o Direito Penal Militar, sem o qual seria impossível a conquista e administração do gigantesco Império de Roma que se estendia por quase todo o mundo antigo.³ As bases sobre as quais se organizavam as antigas legiões de guerreiros romanos e sobre as quais se fundam as forças militares dos estados modernos são as mesmas: a disciplina militar e a hierarquia. São principalmente esses os dois bens jurídicos que a norma penal militar visa tutelar a bem da soberania, da segurança e da própria existência do Estado.

No Brasil, a Justiça Militar foi criada no ano de 1808, quando a Família Real portuguesa, fugindo da guerra intentada por Napoleão Bonaparte em toda a Europa, transferiu-se, juntamente com a cúpula de ministérios responsáveis pela administração do Reino, para o país. O Alvará de 1º de abril de 1808 criou o embrião da Justiça Militar do Brasil, instituindo, já naquela oportunidade o escabinado (ou escabinato), composto por militares leigos e juizes togados.

A tradição do escabinato, enquanto órgão julgador misto de primeira e segunda instância dos crimes militares, permaneceria intocada até o ano de 2004,

² CARVALHO, Alexandre Reis de. *A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7301>>. Acesso em: 02 mar. 2007.

³ BONFIM, Ana Paula. *CPM e CPPM: Que códigos são esses?* STM em Revista – Revista do Superior Tribunal Militar, Brasília, no 4, p. 12-15, 2006.

quando a vigente Constituição Federal foi alterada na Reforma do Poder Judiciário, restringindo a atuação do escabinato, sem prejuízo da competência da Justiça Castrense, no âmbito estadual, quando o crime militar for cometido contra civil.

3. O ESCABINATO COMO ÓRGÃO JULGADOR DA JUSTIÇA CASTRENSE

O escabinato está presente na Justiça Especializada Militar desde o seu surgimento no Brasil. Essa forma de órgão julgador, em primeira instância, subexiste na forma de Conselhos de Justiça. Estes, por sua vez, podem ser de duas espécies: especial, competente para julgamento de oficiais que não pertençam às patentes de oficiais-generais; e permanente, para julgar os demais casos, ou seja, praças e civis. Ambos os Conselhos serão sorteados dentre os oficiais de carreira que constarem na lista de oficiais trimestralmente elaborada pelos comandos de cada Arma (Marinha, Aeronáutica e Exército) ou da Força Auxiliar correspondente.⁴ O sorteio dar-se-á em audiência pública e na presença do representante do Ministério Público Militar da União, do Secretário da Auditoria e do acusado oficial, submetido ao Conselho Especial, caso esteja preso.

O Conselho Permanente de Justiça é constituído do Juiz-Auditor mais um oficial superior, que, mesmo sendo leigo, o presidirá, e mais três oficiais com posto até capitão-tenente ou capitão. Esse Conselho será renovado trimestralmente, juntamente com a lista de oficiais enviada às Auditorias. “Em cada auditoria (...) há um auditor, encarregado pela regularidade processual com a prática de diversos atos processuais, e o Conselho de Justiça,” que visa à instrução e julgamento do feito.⁵

Já o Conselho Especial de Justiça será sorteado, logo após o recebimento da denúncia pelo Juiz-Auditor, contra oficial de qualquer das Forças. Compore-se-á de quatro juízes de posto mais elevado do que o do denunciado, ou de igual patente, porém de maior antiguidade. Após o julgamento do feito, será dissolvido, somente voltando a reunir-se em caso de nulidade do processo ou de diligência requerida pelo Superior Tribunal Militar ou tribunal estadual correspondente. Caso a denúncia tenha sido feita simultaneamente contra

⁴ art. 19 da Lei 8.457/92.

⁵ LOUREIRO NETO, José da Silva. *Processo Penal Militar*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

oficial, praça e civil, competirá ao Conselho Especial apreciar e julgar todos os réus, ainda que excluído o oficial que motivou o estabelecimento do Conselho Especial.

Todos os juízes leigos militares que compuserem os Conselhos de Justiça prestarão compromisso de apreciar com imparcial atenção, baseado nas provas dos autos e na lei, os fatos que lhes forem submetidos (art. 400 CPPM). Ainda que leigos, os membros do Conselho prometem, em juízo, julgar os fatos de acordo com a lei, situação que é, em si mesma, uma contradição de termos, a menos que os oficiais que compõem os Conselhos dediquem-se às letras jurídicas, ao lado de suas profissões e do serviço militar. Aliás, os juízes leigos não se eximem de motivar juridicamente seus votos, apesar de serem raros aqueles que assim o fazem. Não vige, no sistema adotado no Código de Processo Penal Militar, o sistema de apreciação das provas peculiar aos Tribunais Populares, o da íntima convicção, sendo, por isso, obrigatória a motivação das decisões do escabinato.

Não se ignora que, em regra, os militares oficiais são minimamente informados acerca do Direito Penal Militar; entretanto, sem subestimar a capacidade intelectual desses profissionais tão relevantes à soberania da nação, julgamos ser impossível à maioria dos oficiais aprenderem o conteúdo dos princípios do Direito, das leis e da dogmática jurídica em cursos de formação de curta duração. Assim sendo, esses julgadores leigos enfrentam dificuldades óbvias para dar aos fatos que lhes são apresentados a conotação jurídica capaz, até mesmo, de divergir, em alguns casos, do Juiz-Auditor. O conhecimento superficial do Direito Penal Militar, que, na verdade, é um ramo do Direito Penal, salvo melhor juízo, não permite que a maioria dos componentes de escabinatos julgue ações penais complexas, que se afastam nitidamente daquelas com caráter meramente disciplinar (crimes militares próprios). Ainda assim, o compromisso de cada oficial do Conselho é obrigatório.

Dentre as principais competências funcionais dos Conselhos de Justiça, pode-se destacar, primeiramente, a colheita de provas, o julgamento do mérito da lide, a declaração de inimizabilidade e a decretação de prisão preventiva. Elas estão elencadas nos arts. 27 e 28 da Lei 8.457/92. Esse próprio diploma legal deixa claro que se trata de um rol de competências funcionais, portanto, não exaustivo.

Já os Juízes-Auditores e Juízes-Auditores Substitutos, por sua vez, são bacharéis em Direito, investidos na magistratura após aprovação em concurso

público na forma da Constituição Federal e Estatuto da Magistratura. Trata-se, portanto, de juízes togados que, na Justiça Militar da União, não presidem os Conselhos de Justiça. A doutrina chama o Juiz-Auditor, frequentemente, de Juiz-Técnico, porque a eles, como conhecedores do Direito, é atribuída a função precípua de zelar pela validade e regularidade do processo penal militar.

Uma das principais competências do Juiz-Auditor, ao lado de receber ou não a denúncia do Ministério Público – porque a esta altura nem mesmo se encontra instalado o Conselho Especial ou reunido o Conselho Permanente –, é o exercício da função de relator do Conselho de Justiça.⁶ Tal função lhe cabe, ainda que, nas votações para decisão das questões interlocutórias ou definitivas, tenha sido o seu voto vencido. Nessa situação, poderá ele motivar seu voto vencido, mas está obrigado a expor a fundamentação do voto vencedor da maioria dos juízes militares (§2º do art. 438 do Código de Processo Penal Militar).

Vale frisar que o voto do Juiz-Auditor é sempre o primeiro a ser proferido oralmente na Audiência de Julgamento, e, somente após, os militares, em ordem crescente de ascendência hierárquica ou antiguidade, proferirão seu voto (art. 435 do CPPM). Em razão disso, o voto do juiz togado é comumente chamado de voto condutor, mas, ainda assim, não raras as vezes, os membros do escabinatos leigos ousam divergir dele. Se assim o fizerem, recomenda-se ao magistrado togado que provoque os juízes militares para que declinem oralmente, ainda que de forma sucinta, as razões para a absolvição ou condenação do réu. Tal medida não visa constranger o juiz militar que proferiu o voto contrário ao voto condutor, mas é necessária para que, na sentença penal, constem as razões do acórdão (todo julgado realizado por um colegiado é um acórdão), exigência constitucional das decisões judiciais, mormente as que modificam o *status libertatis* do cidadão.

É de se observar que o julgamento dos crimes militares não pode se dar com base em critérios de equidade. Por essa razão, a participação de juízes leigos no julgamento de causas penais deve ser vista com muita cautela e deveria ser admitida apenas quando fosse indispensável ao julgamento conhecimentos peculiares àqueles que vivem e seguem a disciplina dos quartéis.

⁶ FERREIRA, Célio Lobão. *Atos privativos do juiz-auditor no Processo Penal Militar*. Brasília, Senado Federal, 1989.

4. O CRIME MILITAR

O modo como se entende o crime militar no Brasil, juntamente com a própria existência da Justiça Militar e de seus escabinatos, também evoluiu. Durante o Império, a noção de crime militar circundava predominantemente ao redor do sujeito ativo do delito (critério de definição do crime militar *ratione personae*), pois, eram raríssimas as previsões de crimes militares impróprios (que não tutelam imediatamente a disciplina e hierarquia, mas ofendem apenas indiretamente os corpos militares).⁷ Assim, salvo raríssimas exceções, o crime militar era apenas cometido por militar em serviço, e dizia respeito a matéria nitidamente disciplinar.

Por sua vez, a constituição republicana de 1981 destacou, em nível constitucional, a tendência de se identificar o crime militar por meio do critério *ratione materiae*, resultante da conjugação do *ratione personae* e do *ratione materiae*. Assim, pouco a pouco, a ideia de crime militar passava a se relacionar mais com a natureza da infração do que com pessoa do sujeito ativo.⁸ O art. 77 daquele diploma constitucional rezava que os militares de terra e mar teriam foro especial nos delitos militares, deixando claro que a justiça militar (e os escabinatos militares) somente tinham competência para atuar nos feitos em que se discutiam crimes militares dos integrantes do Exército e Marinha (não havia Aeronáutica naquela época).

Finalmente o conceito de crime militar evoluiu ao que se tem hoje. A Constituição de 1934 foi a responsável por extremar de vez do conceito de crime militar o sujeito ativo do delito. O foro castrense passava a ser reservado não aos militares, mas aos crimes militares, removendo-se de vez a ideia de um foro privilegiado. A partir daquela Carta Política, o critério de definição de crime militar que seria adotado no ordenamento pátrio seria definitivamente o *ratione legis*, ou seja, é militar o crime que a lei assim o diz⁹, independentemente da pessoa a ser processada ou da natureza do delito. A Constituição de 1934 influenciaria definitivamente a elaboração do Código Penal Militar de 1944, que adotou o critério supra para definir o crime militar e, também, a lei substantiva penal militar em vigor. Também as demais ordens constitu-

⁷ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999 p. 48-49

⁸ LOBÃO (1999, p. 48-49)

⁹ ROMEIRO (1994, p. 66)

cionais que lhe sucederam adotaram o conceito *ratione legis* do crime militar e defiram em razão da matéria a competência da justiça militar.

A mudança de paradigma na definição do crime militar foi decisiva para que fossem criados os tipos penais militares que poderiam abarcar condutas de qualquer pessoa, civil ou militar. Assim, o crime militar, seu sujeito ativo e o bem tutelado nem sempre dizem respeito a um dever propriamente militar. Os tipos penais militares podem, de imediato, tutelar outros bens jurídicos (vida, integridade física, patrimônio, administração pública) e, apenas de forma mediata, a disciplina e hierarquia militar. O que ganha relevo, a fim de caracterizá-lo como militar, é a sua qualificação legal, ou seja, nos dizeres de Romeiro, “crime militar é o que a lei define como tal”¹⁰.

Além da definição *ratione legis* do crime militar, vale destacar o seu conteúdo, pois, em certa medida, ora mais, ora menos, todo crime militar tutela a disciplina e hierarquia militar, e essa circunstância o diferencia dos crimes comuns. Grande é a contribuição dada por Célvio Lobão para a conceituação do crime militar. Verdadeiramente, ele enfrentou a questão e não se limitou a, de forma prática, porém tautológica, afirmar que crime militar é o que a lei assim o diz. Em verdade, o festejado mestre foi buscar em dois outros grandes juristas os subsídios para conceituar, do ponto de vista material, o crime militar, dando ao conceito a substância que faltava com a definição de Romeiro.

Primeiramente, Lobão cita Carlos Colombo que, por sua vez, afirma estar o ordenamento jurídico-penal “na presença de três tipos de bens ou interesses a tutelar: os que têm entidade exclusivamente militar; os que têm entidade militar e comum e os que só têm entidade comum.”¹¹ O mestre argentino quer, com isso, dizer que, independentemente do sujeito ativo ser civil ou militar, há crimes que ofendem ou colocam em risco um interesse militar, ou comum e militar ou, apenas, o interesse comum. Para ele, nas duas primeiras hipóteses, estaria o crime militar.¹²

De outro lado, Lobão menciona o doutrinador Pietro Vico que, influenciado pela definição de crime militar do Direito Romano, afirma que o crime militar

¹⁰ ROMEIRO (1994, p. 66).

¹¹ LOBÃO (1999, p. 43-44).

¹² *ibid.*, p. 43-44.

exige a qualidade militar, tanto no agente como no fato. Dessa forma, para Vico, o sujeito ativo paisano poderia atentar contra interesses militares; entretanto, tal fato, por si só, não teria o condão de mudar a índole do crime de comum para militar, mas, tão somente de agravar o crime comum. Faltaria, nesse caso, a qualidade de militar do agente e, portanto, não há que se falar em violação de dever militar.¹³

Diante do magistério de Vico e Colombo, Célvio Lobão dá ao crime militar um conceito substancial que se coaduna com o direito positivo brasileiro. No Brasil, apesar do Supremo Tribunal Federal entender que não há um “cheque em branco” ao legislador nessa matéria pois deve ele jungir-se à razão de ser da Justiça Castrense, a lei penal militar tem o poder de transformar tipos penais comuns em tipos penais militares, independentemente do agente ser militar ou não, havendo apenas a restrição constitucional quanto à Justiça Militar Estadual, que não possui competência para processar civis. É assim que alguns tipos penais comuns podem se transmutar em tipos penais militares por escolha legislativa tipicamente de política criminal.¹⁴ É exatamente o que ocorre com os crimes militares impróprios.

Há, assim, no ordenamento penal militar, crimes militares próprios (que tutelam a hierarquia e disciplina militar) e crimes militares impróprios (que tutelam, apenas reflexamente, a incolumidade das instituições militares). Lobão adota, em sua definição, a teoria de Colombo, porque é ela que admite a existência de crimes militares, definidos em lei, que independem da condição do sujeito ativo, se civil ou militar, e que abarca tanto delitos propriamente militares como militares impróprios. Eis o conceito material de crime militar construído pelo mestre:

“... o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, e no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.”¹⁵

¹³ LOBÃO, *loc. cit.*.

¹⁴ Recurso Extraordinário 121.124-RJ - Disponível em www.stf.gov.br, Acesso em 30 de set. de 2007.

¹⁵ LOBÃO (1999, p. 44-45).

Como foi asseverado, a legislação pátria traz dois tipos de crimes militares que não se misturam, pois apenas uma dessas modalidades, o crime militar próprio, de fato, possui conteúdo nitidamente militar e justificou o surgimento das cortes castrenses no mundo distintas dos tribunais penais comuns.

4.1 Conceitos e diferenças entre Crimes Militares Próprios e Impróprios

A teoria que melhor explica, do ponto de vista substancial, a diferença entre essas duas categorias de crimes militares é a Teoria Clássica. A Teoria Clássica tem os seus alicerces no Direito Romano que, como já se observou linhas acima, teve inquestionável repercussão para o Direito Penal Militar da atualidade.

Diante do princípio da legalidade, ao qual se submete o Direito Penal como um todo, e diante do critério *ratione legis* de definição do crime militar, o tipo penal militar é sempre indireto. Sempre, em todas as hipóteses, o tipo penal previsto na Parte Especial do Código Penal Militar deverá, em tempo de paz, ser complementado por um dos incisos do art. 9º do mesmo diploma legal. Somente com a conjugação dos dois dispositivos é possível identificar com clareza e precisão se o crime é militar e, ainda, se este é militar próprio ou impróprio.¹⁶

4.2 O Crime Militar Próprio

O Digesto rezava que crime militar próprio era aquele que somente o guerreiro, nesta qualidade, poderia cometer (*Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittet*). Trata-se de delitos verdadeiramente funcionais, pois são afetos às violações de deveres militares que a norma penal militar tipifica como crime. Filiava-se a essa teoria Crysólito de Gusmão e Esmeraldino Bandeira, atualmente podendo-se citar, também, Célio Lobão, Jorge César de Assis e a maior parte da doutrina que se debruça sobre o Direito Penal Militar.¹⁷

¹⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelllo. *Apontamentos de Direito Penal Militar – Parte Geral*. 1ªed, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108.

¹⁷ NEVES; STREIFINGER (2005, p. 48).

Como se vê, não há maior dificuldade em identificar o crime militar próprio dentre os crimes militares que estão definidos em lei. Os tipos militares próprios criminalizam condutas que somente são praticadas pelo militar no exercício de suas funções. Daí esses crimes terem caráter funcional e disciplinar. São exemplos de crimes militares próprios o abandono de posto (art. 195 do CPM), a deserção (art. 187 do CPM) e a insubmissão (art. 183 do CPM). Como se vê, os crimes militares próprios não encontram, no Código Penal comum, tipificação correspondente, sendo, dessa forma, tipos peculiares ao Direito Militar.

4.3 O Crime Militar Impróprio

Ainda segundo a Teoria Clássica, são militares impróprios alguns crimes que o legislador selecionou, por razões de política criminal, das normas incriminadoras comuns, para rotulá-los como militar, pois, além do bem jurídico principal atingido, há ofensa aos valores tutelados pelo Direito Penal Militar. Por isso, o julgamento desses crimes mistos pela Justiça Especializada Militar interessam secundariamente às instituições militares:

“Vale anotar-se que, **crime comuns há, que afetando a organização, a ordem, a finalidade das instituições militares, passam a subsistir como crimes militares**. Daí serem denominados de crimes imprópriamente militares. (...) Tal acontece porque os crimes propriamente militares só podem ser praticados por militares...”¹⁸ (Grifos nossos)

Como já se observou, é o conceito de crime militar *ratione legis*, adotado inclusive na Constituição Federal de 1988, que permite a existência, em nosso ordenamento, de crimes militares impróprios. Assim, é possível que uma conduta seja tipificada como criminosa na legislação penal e também o seja no Código Penal Militar, devendo prevalecer nesse aparente conflito de normas a lei especial.

Os crimes militares impróprios são ontologicamente crimes comuns e, como tais, podem ter por sujeito ativo até mesmo civis. De fato, qualquer pessoa pode cometer um crime militar impróprio, o que os distingue definitiva-

¹⁸ BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao CPM de 1969. Parte Geral*. São Paulo: Editora Juriscredi, 1972, p. 52.

mente dos crimes militares próprios, que são crimes funcionais com caráter nitidamente disciplinar. Exemplifica-se o quanto exposto com os crimes de roubo (art. 242 do CPM), peculato (art. 303 do CPM) e estupro (art. 232 do CPM), que encontram tipificação tanto no Código Penal como no Código Penal Militar.

4.4 O pensamento de Chrysólito de Gusmão

Não podemos deixar de salientar, em separado, o pensamento de Chrysólito de Gusmão. Apesar de o mestre ter seu posicionamento encaixado na Teoria Clássica, por defender que somente militares podem ser sujeitos ativos de crimes militares, possui ideias peculiares sobre a questão, apontadas, inclusive por doutrina autorizada:

Merece lembrar Chrysólito de Gusmão, para quem “a tendência moderna e verdadeira é a que propugna que só possam ser considerados crimes militares aqueles que só pelo militar podem ser cometidos, constituindo, assim, uma infração específica, pura, funcional ou de serviço.”¹⁹

Apesar de a melhor doutrina enxergar com maus olhos esse posicionamento, porque ele fundamenta “a pregação dos que defendem a extinção da Justiça Militar”²⁰, entendemos que há certa razão no posicionamento do falecido mestre Chrysólito de Gusmão. A nosso ver, o grande mestre quis, com a sua afirmação, dizer que os crimes militares impróprios são meros crimes comuns que passam a ser considerados militares porque revestidos de alguma peculiaridade que a lei considera suficiente para a mudança da natureza do delito de comum à militar. Tais crimes, ainda que indiretamente, “em razão do ofendido ou em razão do objeto do crime, podem afetar a ordem e a disciplina”.²¹

De fato, esses delitos, sob o prisma da conduta do agente, não diferem em nada do crime comum. Citam-se dois exemplos: primeiramente, imagine-se que um cabo do Exército, mediante violência ou grave ameaça, mantenha

¹⁹ LOBÃO (1999, p. 69).

²⁰ *idem*.

²¹ GUSMÃO, Chrysólito de. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, p. 42.

conjunção carnal com mulher civil no alojamento de praças e seja surpreendido pelo oficial de dia, que o prende em flagrante delito (art. 232 c/c art. 9º, inciso II, alínea “b” do CPM)²²; imagine-se que o mesmo cabo pratique o mesmo crime fora de lugar sujeito à administração militar, sendo preso por populares que avistaram a prática do ilícito e investiram contra ele (art. 213 do CP)²³. No primeiro caso, além do bem jurídico principal que a legislação penal militar tutela, que é a liberdade sexual da ofendida, há claramente um ato de indisciplina que, certamente, comprometerá a ordem da Organização Militar. O mesmo não se pode dizer do segundo caso, no qual o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da vítima. Do ponto de vista ontológico, são ações criminosas iguais, sendo certo que, conforme a teoria de Colombo, citado por Lobão, há, no crime militar impróprio de estupro (art. 323 c/c art. 9º, II, “b”), ofensa a dois bens jurídicos tutelados, um de ordem civil, outro de caráter essencialmente militar.

Apesar de concordamos com o mestre, não há, contudo, a nosso ver, motivo aparente para que ele tenha desconsiderado os crimes militares impróprios como gênero do crime militar. Apesar de não tutelarem de forma direta os princípios basilares das Forças de Segurança e Auxiliares, os julgamentos dos crimes militares impróprios interessam aos corpos militares, pois precisam ver restabelecida a ordem que fora abalada, ainda que mediatamente, de forma célere e eficiente, o que seria impossível caso tal julgamento coubesse à Justiça Ordinária, que se ocupa da esmagadora maioria dos feitos criminais. Ressalte-se, entretanto, que, em muitos países, os tipos militares impróprios, em razão da semelhança que guardam com os tipos penais comum (na verdade, praticamente iguais), são considerados meros crimes comuns, julgados, portanto, pela Justiça Ordinária. Além disso, a atual Constituição Federal deixa ao legislador a tarefa de criar os tipos penais militares e, quanto a isso, não faz qualquer ressalva, podendo o legislador ordinário, como de fato o fez, criar inúmeros tipos penais militares semelhantes, senão idênticos, a tipos penais comuns.

²² 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:

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

Art. 232. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de três a oito anos, sem prejuízo da correspondente à violência.

²³ Art. 213 - Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena - reclusão, de seis a dez anos. (Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Claro está que os crimes acidentalmente militares são, de fato, crimes militares, na medida em que a lei penal militar seleciona da legislação ordinária, para transferir da Justiça Comum para a Justiça Especializada Militar a competência para o seu julgamento. Faz isso a uma porque há neles interesse reflexo das instituições militares no deslinde da pretensão punitiva; a duas, porque a Justiça Castrense está mais bem capacitada para avaliar e conviver com as peculiaridades que resultaram na desclassificação do crime de comum para militar.

Critica-se, apenas, a composição do órgão julgador dos crimes militares impróprios, visto que, nesses crimes, não há lesão direta à hierarquia ou disciplina militar; por isso, nada justifica a formação de Conselhos de Justiça, compostos por juizes leigos, para sua apreciação. O que se vê é que outro bem jurídico, que não o militar, foi agredido com maior gravidade, e por isso seria razoável que o Juiz-Auditor, juiz togado, mas ainda assim habituado com as lides penais da caserna, atuasse sozinho como órgão julgador. No exemplo citado, o primeiro estupro, o que se deu em área sujeita à administração militar, deveria ser julgado monocraticamente pelo Juiz-Auditor, e o segundo, crime comum, pelo juiz criminal competente.

Conclui-se que o posicionamento de Crysólito de Gusmão é rejeitado liminarmente, muitas vezes, por puro temor de que as vozes que pretendem o fim da Justiça Militar se agigantem. Não há, contudo, razão para o medo. Nem mesmo ele defendia tal absurdo, consoante se verifica na leitura de sua magnífica e centenária obra: “... certo que não formamos ao lado daqueles que querem a supressão da justiça militar”²⁴ Aliás, as jurisdições especializadas, em geral, ganharam relevo na última Reforma do Poder Judiciário, quando foram transferidas competências da Justiça Comum para as Justiças Especializadas, como a Justiça Militar. Veja-se o exemplo da Justiça Militar dos Estados, que possuem, atualmente, até mesmo competência eminentemente cível. Trata-se do fenômeno da especialização para melhor aplicação do Direito aos casos concretos, tal qual ocorreu com a Justiça do Trabalho, que, especializando-se, passou a funcionar em escabinatos (Juntas de Conciliação e Julgamento composta por juizes classistas, além do juiz togado) e, somente depois, abraçou de vez o juízo monocrático em primeira instância.

Assim, concordamos com Gusmão quando ele deixa claro que os crimes acidentalmente militares são, ontologicamente, apenas crimes comuns, aos

²⁴ GUSMÃO (1915, p. 269).

quais a lei atribui a qualidade de militar em razão da pessoa ofendida ou do lugar da infração. Discordamos quando o mestre afirma que tais crimes não deveriam ser gênero do crime militar, eis que, indubitavelmente e ainda que reflexamente, tais delitos que atentam contra a ordem dos quartéis exigem um juízo que os compreenda minimamente.

5. O JULGAMENTO PELO ESCABINATO E PELO JUIZ-AUDITOR NA JUSTIÇA MILITAR

A partir deste ponto, é possível apontar algumas virtudes e mazelas dos julgamentos por juízos mistos. A Justiça Militar não tem na instituição do escabinato a sua razão de ser, mas sim nos bens jurídicos que tutela. Portanto, é pertinente questionar até que ponto a instituição do juízo misto se mostra útil para aquilatar a qualidade da prestação jurisdicional, quando já se sabe que compete à Justiça Militar apreciar dois gêneros de crimes militares que não se confundem: o crime militar próprio e o crime militar impróprio.

Já foram apontados, no presente trabalho, alguns problemas no julgamento pelo escabinato de certos crimes militares. Ocupar-nos-emos em levantar alguns desses problemas, além de outros, para então avaliar pontos positivos e negativos do julgamento realizado pelos escabinatos e, eventualmente, propor o julgamento de alguns crimes monocraticamente pelo Juiz-Auditor.

Lembre-se que o ordenamento jurídico pátrio apenas permite a atuação isolada do Juiz-Auditor nos processos penais de crimes em que civis são vitimados, apenas nas Justiças Militares Estaduais. De resto, todos os crimes militares são da competência originária de escabinatos, tanto no âmbito das Forças de Segurança (Justiça Militar da União) como no das Forças Auxiliares (Justiças Militares Estaduais).

5.1 O Caráter Anômalo do Crime Militar Próprio e o Julgamento pelo Escabinato

Há de se observar que a composição dos juízos colegiados mistos entre juizes civis e oficiais militares possui a função precípua de dotar o órgão julgador dos conhecimentos e experiências da caserna que um civil não possui ordinariamente. É uma garantia de que o órgão julgador poderá avaliar corretamente as razões que levaram ou não à ocorrência do delito e sua gravidade.

A instituição do julgamento por militares leigos surge como uma necessidade de que a sentença penal seja ditada como colaboração de juízes acidentais, não permanentes, nem profissionais, que não formem parte da burocracia judicial, ou seja, que se ocupem da administração da justiça; porém, uma vez constituídos em seus papéis de juízes do Conselho, que colaborem com sua experiência militar, para se ter um julgamento mais justo, e ao final do processo, voltem para seus serviços regulares.²⁵

É lógico, o juiz leigo, em regra, possui menos subsídios para fundamentar o seu entendimento do ponto de vista do direito. Entretanto, apesar dessa falta de conhecimento quanto aos postulados jurídicos, situações há em que ele poderá contribuir sensivelmente para a solução do litígio, pois está inserido no contexto militar; por isso, lhe é possível apreciar, até mesmo melhor do que um juiz togado civil, todas as circunstâncias fáticas que levaram a ocorrência do crime militar próprio, bem como seu impacto aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar.

“ (...) no caso da Justiça Castrense afloram as peculiaridades da caserna, as leis e regulamentos próprios, diferentes do mundo de fora dos quartéis. Existem as relações de subordinado e superior, de disciplina e hierarquia a níveis e com características não observado aos civis. Há as coisas de um quartel, qual não se parece em nada com uma repartição pública, tanto que nunca fecha as portas. Há os armamentos e equipamentos típicos e só existentes entre os militares. Enfim, um mundo que um juiz togado, mesmo que especializado no Direito Militar – e ele terá que sê-lo – não chegaria a conhecer se não dispusesse de pares que o auxiliassem nesse campo de conhecimento. Na junção do saber jurídico com o saber militar está uma forma mista de bem saber.”²⁶

²⁵ LEÓN, Patrícia Zarzalejo. *Uma nova visão aos conselhos de justiça na Venezuela*. Jus Militar. Venezuela. 2007 Disponível em: < <http://www.jusmilitaris.com.br/?secao=doutrina&cat=8> > Acesso em: 01 de out. de 2007.

²⁶ PRATTS, Eduperio. *As Atribuição dos Juizes Militares nos Conselhos de Justiça*. Florianópolis, 2004. Tese (Pós-graduação). Especialização em Administração em Segurança Pública da Universidade do Sul de Santa Catarina. 2004. Disponível em <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=24>> Acesso em 08 de fevereiro de 2007.

É por essa razão que não se nega a utilidade e conveniência dos julgamentos dos crimes militares próprios pelos escabinatos. As organizações militares estão alicerçadas na disciplina e hierarquia, regime completamente diferenciado do vivido pela sociedade civil, que é fundado na liberdade.²⁷ Assim, o que ao civil não passaria de uma infração administrativa (ou trabalhista), como, por exemplo, deixar de comparecer ao trabalho por mais de oito dias, o Direito Penal Militar tipifica como crime de deserção, mesmo em tempo de paz. Tal conduta é tão atentatória ao princípio da disciplina militar que o Código de Processo Penal Militar determina a prisão imediata e automática do desertor, onde quer que seja encontrado, e assim deverá permanecer durante os primeiros 60 dias de instrução processual – ressalte-se, apesar de ser esse o tratamento legal dado ao crime de deserção, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido a prisão automática nesses casos, exigindo que essa prisão cautelar seja fundamentada com base nos requisitos exigidos para imposição de prisão preventiva (art. 312 do CPP).²⁸ Em caso de guerra declarada e em presença do inimigo, o militar desertor pode, desde que obedecido o devido processo legal estabelecido no Código de Processo Penal Militar, ser punido até mesmo com a pena capital, pois a sua conduta covarde põe em risco a própria existência do Estado.

O Direito Penal Militar alberga, em suas normas incriminadoras, as sanções mais graves do Direito brasileiro. Não há quem não se espante ao examinar o Código Penal Militar pela primeira vez, tamanho o rigor das penas atribuídas aos crimes ali descritos. Mesmo em tempo de paz, as penas dos crimes militares próprios revelam o cuidado que o legislador tem para com os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar. As penas severas, a sensibilidade dos bens jurídicos hierarquia e disciplina militar e a missão constitucional das forças armadas transformaram o crime militar próprio, em tempo de paz, numa espécie anômala de crime que justifica plenamente seu julgamento pelo escabinato.

“O militar é obrigado a obedecer e a permanecer, anomalia essa que se não vê na vida civil; o pactuante de um contrato qualquer pode fugir ao cumprimento do mesmo, como na locação de serviços, por exemplo, sujeitando-se apenas às conseqüências

²⁷ HOERTEL, Max. *Crimes propriamente militares: A Deserção*. STM em Revista – Revista do Superior Tribunal Militar, Brasília, n°4, 2006, p. 16-17.

²⁸ Supremo Tribunal Federal HC 89645 / PA.

danosas de seu ato; o militar não. É, ao invés, impossibilitado em absoluto de se afastar voluntariamente do compromisso assumido para com a nação e, daí, necessariamente, as conseqüências inevitáveis da necessária hierarquia para manter em equilíbrio funcional todas as peças deste mecanismo vivo.²⁹

Condutas que, no Direito Penal comum, porventura seriam até mesmo consideradas de pequeníssimo potencial ofensivo, são graves delitos militares, como a deserção, o desrespeito à superior, a embriaguez em serviço, o abandono de posto, dentre outros crimes propriamente militares, que podem ser desastrosos ao controle das Forças Armadas e, por conseqüência, à soberania de nação. Somente o indivíduo que compõe o mecanismo vivo que é o corpo militar possui a exata dimensão da lesividade dessas condutas e das pressões a que cada peça desse organismo se sujeita.

Por isso, quando estão em jogo os valores básicos das Forças de Segurança e Forças Auxiliares, a formação dos Conselhos de Justiça ou tribunais militares compostos por juízes militares leigos e juízes civis togados em nada vulnera os ditames do Estado Democrático de Direito. O escabinato justificar-se-ia pelas condições que tem o militar hierarquicamente superior de mensurar a exata dimensão da gravidade e as circunstâncias nas quais se dão os crimes propriamente militares, que, repita-se, são peculiares em relação aos crimes comuns (e aos militares impróprios, que materialmente são crimes comuns). São os militares julgadores que, estando dentro da estrutura de subordinação rigorosa, como deve ser, devem julgar seus pares, de modo a salvaguardar as pedras angulares de quem se submete ao regime militar, à hierarquia e à disciplina militar e, ao mesmo tempo, ponderando no julgamento as razões que levaram à ocorrência do delito. Esses pilares são de fundamental importância, não apenas para os militares, mas para toda a sociedade civil, que verá garantida a segurança pública e a soberania do Estado nacional pelo cumprimento estrito do dever militar.³⁰

É por essas razões que se questiona, tão somente, a razoabilidade do juízo colegiado misto para crimes militares que, não obstante afetem indiretamente

²⁹ GUSMÃO (1915, p. 316).

³⁰ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Justiça Militar: Participação dos praças no escabinato*. PortalMilitar.com.br. Disponível em: <http://www.militar.com.br/mod/lles.php?name=Juridico&fi1e=display&iid=44> Acesso em: 12 de março de 2007.

o serviço militar, lesam primariamente um bem jurídico civil, comum ou não militar. Defende-se essa tese porque é possível concluir que a Justiça Militar somente se especializou em razão dos delitos militares próprios:

“Quais são essas peculiaridades inerentes ao servidor público militar? Este está muito mais sujeito a regramentos minuciosos que lhe impõem um rígido controle, conseqüência mesma do risco potencial que sua atividade profissional acarreta. Por outro lado, não se olvide que o Direito Penal Militar tutela primordialmente a instituição militar, que será sempre, esta, sujeito – imediato ou mediato – do delito militar. E também que o edifício da instituição militar é todo ele levantado sobre os pilares básicos da hierarquia e disciplina, imagem recorrente e a que, aliás, se recorre a toda hora.”³¹

Dessa forma, ainda que os juízes militares não possam contribuir expressivamente para uma decisão dotada de uma motivação lógico-jurídica, nos crimes propriamente militares exercem eles relevante contribuição para o julgamento. Não obstante, o mesmo não se pode dizer quanto aos julgamentos de crimes acidentalmente militares, pois a apreciação de tais delitos prescinde da experiência militar, eis que, na verdade, não passam de crimes comuns que, diante de alguma circunstância de lugar, ou do sujeito passivo (administração militar), passam a ser qualificados como militares. Devem eles, apesar de não serem a causa primeira das Justiças Militares, *de lege ferenda*, ser apreciados monocraticamente pelo magistrado togado da Justiça Especializada Militar, pelas razões que serão expostas.

5.2 O Julgamento dos Crimes Militares Impróprios pelo Juiz-Auditor

Antes de adentrar o ponto fulcral deste trabalho, convém ressaltar a utilidade das justiças especializadas na organização do Poder Judiciário brasileiro. Sem elas, seria impossível aos juízes dedicarem-se a determinado ramo do Direito, o que provocaria uma sensível queda da qualidade na prestação jurisdicional. Ademais, diante das limitações humanas de conhecer todo um ordenamento jurídico com detalhes, algumas ações exigem a aplicação de

³¹ NEVES, Getúlio Marcos Pereira. *Lide Penal e a Lide Penal Militar*. Revista Direito Militar. ano 10. n.º 60. junho/agosto. Florianópolis, 2006.

normas específicas e ritos processuais próprios que, geralmente, apenas são conhecidos por alguns magistrados e profissionais do Direito.

Assim, mesmo que o processo penal militar não verse sobre crime propriamente militar, é razoável que a apreciação de tais delitos seja feita pela Justiça Especializada Militar, pois é ela quem abriga os julgadores, profissionais do Direito, mais habilitados para o julgamento de causas que envolvam militares. Entretanto, nos casos dos crimes acidentalmente militares, seria conveniente a mudança do órgão judiciário que instruirá e finalmente julgará a lide. Isso se justifica porque não há mais, nesses casos, que se falar em tipos penais anômalos, relacionados diretamente ao dever militar, havendo, ao contrário disso, a ocorrência de infrações penais que são ilícitas a qualquer cidadão, civil ou militar. Nada justifica a apreciação dos delitos militares impróprios pelo escabinato, pois essas infrações em tudo se assemelham a infrações típicas comuns, ressalvado o interesse dos corpos militares em ver rapidamente restabelecida a ordem dos quartéis, que fora perturbada pela prática de um ilícito penal essencialmente comum.

Diante da conduta penal comum praticada no âmbito das Forças Armadas e Forças de Segurança (crimes militares impróprios), é dever do julgador distribuir a justiça em conformidade e consonância com o sistema jurídico pátrio, sendo, por isso, irrelevante a experiência de profissionais leigos, nesses julgamentos. Assim, deferir-se-ia ao Juiz-Auditor a competência para julgar monocraticamente os crimes militares impróprios, porque, além de conhecedor do sistema jurídico com todos seus princípios, normas, orientações jurisprudenciais e doutrina, está afeto às causas da caserna em razão da função de juiz-técnico que exerce compondo os escabinatos.

Trata-se, verdadeiramente, de uma questão de especialização para melhor aplicação do direito, pois o Direito Penal Militar, ainda quando trata de crimes acidentalmente militares, possui peculiaridades que não são conhecidos pela maioria dos juristas que militam em outras searas do Direito.

Exemplifica-se com uma situação que já é corriqueira e que tem abarrotado as Auditorias Militares da Justiça Militar da União: os crimes de estelionato cometidos por parentes de ex-pensionistas militares falecidos. Imagine-se, assim, que Solange, neta de Almerino, sargento inativo e pensionista do Exército, após o falecimento do seu avô e de posse da senha e do cartão magnético bancários do *de cujus*, passa a realizar saques dos valores que a Administração Militar continua a depositar na conta do falecido, mês a mês. Ora, Solange

estava ciente de que tais valores somente eram depositados porque ela não apresentou à correspondente Seção de Inativos e Pensionistas a certidão de óbito de seu avô, o que era, em verdade, sua obrigação. Obtém assim, livre e conscientemente, mediante indução a erro, vantagem ilícita em prejuízo da Administração Militar, conduta tipificada no art. 251 c/c art. 9º, III, “a” do Código Penal Militar.³²

É esse um perfeito exemplo de crime acidentalmente militar, pois o estelionato é ilícito que pode ser praticado por civis ou militares contra a Administração Militar, Administração Pública em geral ou mesmo em desfavor de outro particular. Eis que somente tem sua competência atraída para a Justiça Militar em razão de quem foi atingido pela infração, que é a Administração Militar. Facilmente se nota, nesse exemplo tão corriqueiro, que o crime de estelionato cometido nessas circunstâncias em nada afeta os princípios basilares das Forças de Segurança, sendo, contudo, lesivo ao seu patrimônio. Tal crime é indubitavelmente militar impróprio, e, assim sendo, nada justifica o julgamento desse delito por um escabinato composto de oficiais militares, pois, na matéria a ser julgada, em nada contribuirão com seus conhecimentos práticos da vida na caserna. Somente pode dar conotação jurídica a fatos como esse um juiz togado.

Outra situação que merece ser lembrada são, por exemplo, os casos de homicídio com vítima militar (crimes dolosos contra a vida de civis são sempre da competência do Tribunal do Júri – §4º da Constituição Federal e parágrafo único do art. 9º do CPM. No caso de militar das Forças Armadas vitimado em crimes dolosos contra a vida, compete à Justiça Especializada Militar da União o julgamento³³). Há nesses casos, sem dúvidas, conturbação na ordem dos quartéis e, a depender da circunstância, quebra da hierarquia, o que justifica o julgamento do ilícito pela Justiça Especializada Militar como,

³² Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

Art. 251. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de dois a sete anos.

³³ Nesse sentido: STF - HC 91.003 / BA – Rel. Cármen Lúcia (Precedentes citados: HC 83.625; HC 78.320; RE 122.706).

por exemplo, no caso em que um sargento mata a tiros um tenente desafeto seu durante uma discussão no quartel.

Não se pode olvidar que, numa situação em que um militar hierarquicamente inferior mata o seu superior, a lesão ao bem jurídico hierarquia militar é mediata, pois o ordenamento jurídico pátrio, ao menos em tempo de paz, protege em primeiro lugar a vida da pessoa humana, independentemente do crime ser comum ou militar. Há, no caso, uma lesão direta ao bem juridicamente tutelado vida, e somente reflexamente houve quebra da hierarquia. É o crime, assim, militar, diante da qualidade do agente e da vítima, bem como em razão do local onde ocorrera o fato, sendo certo, entretanto, que tal delito, ao menos do ponto de vista ontológico, em tudo se assemelha ao crime comum de homicídio, tipificado no art. 121 do Código Penal comum.

As circunstâncias em que se deram o homicídio, por si só, são suficientes para que tal delito seja considerado crime militar impróprio e, consequentemente, seja estabelecido o foro militar como competente para apreciar o fato. Convém trazer à colação trecho do voto do Min. Paulo Brossard no RE 122.706, citado por Cármen Lúcia no HC 91.003:

“O argumento de que, pela Constituição, os crimes dolosos contra a vida são de competência do júri, impressiona, mas não convence. (...) É claro que a norma constitucional, que assegura como garantia individual o julgamento pelo júri dos crimes dolosos contra a vida, tem maior amplitude; no entanto, segundo o entendimento da Corte, ‘mesmo em casos de crimes dolosos contra a vida, a competência do foro por prerrogativa de função ou das justiças especializadas prevalece sobre o júri’; conforme a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES, o júri é órgão da Justiça Comum e as atribuições da Justiça Comum não vão até onde começa a jurisdição das Justiças Especiais”³⁴

O foro militar, competente para apreciar o delito de homicídio contra militar das Forças Armadas, não deve ser confundido com o julgamento pelo escabinato. Aliás, não há nenhuma disposição constitucional que assegure a participação de militares nos julgamentos de crimes militares impróprios;

ao contrário, a Emenda Constitucional 45/04 enterrou de vez a ideia de que o juízo colegiado misto é a pedra de toque da Justiça Especializada Militar. Repita-se: a Justiça Militar é especial por causa dos bens jurídicos que tutela, ainda que de maneira reflexa, como no caso em tela. Sustenta-se, assim, que delitos militares impróprios permaneçam sendo julgados pela Justiça Militar, sendo, contudo, dispensado o escabinato, para que seja dado lugar ao juízo monocrático pelo Juiz-Auditor em crimes militares impróprios, nos quais não há a necessidade de conhecimentos específicos da vida no quartel.

Isso deveria ser assim porque a falta da vivência nos quartéis do Juiz-Auditor, em razão de sua qualidade de civil, em muito pouco afetaria o julgamento justo do delito militar impróprio em espeque, pois um homicídio é figura típica conhecida por qualquer juiz civil togado. Trata-se de ação típica idêntica à do homicídio tipificado no Código Penal comum, e, por isso, o Juiz-Auditor saberia exatamente como melhor instruir o feito, até final condenação ou absolvição. Não há nenhuma contribuição a ser dada por um juiz leigo militar.

Como se viu, não é imprescindível ao julgador a experiência da vida na caserna para que promova o julgamento de crimes militares impróprios. Esses crimes apenas são “militarizados”, com o intuito de levá-los a julgamento por uma justiça célere e especializada, nas causas que envolvam reflexamente os interesses militares, sendo plenamente possível ao Juiz-Auditor atender a essas expectativas. Não há contribuição a ser dada por leigos no julgamento de crimes militares impróprios, eis que tutelam, em primeiro lugar, valores que são caros à sociedade como um todo, e, por isso, toda ela se obriga a preservá-los, quer civis, quer militares.

O magistrado deverá, entretanto, levar em consideração, no caso de eventual condenação, a quebra da hierarquia como agravante da pena, eis que, indubitavelmente, o bem jurídico maior tutelado no exemplo seria a vida da vítima; contudo, a infração não pode ser desconsiderada do ponto de vista da hierarquia militar e da disciplina. Nesse sentido, convém invocar o magistério de Crysólito de Gusmão, para quem o delito acidentalmente militar nem mesmo deveria ser considerado crime militar, o que pensamos ser um exagero que retiraria do magistrado que melhor pode aquilatar a qualidade do provimento jurisdicional a competência do julgamento. Eis o ensino do mestre quando se refere aos crimes militares impróprios:

“Mas, em que tais crimes ofendem especificamente a disciplina, a ordem ou administração? Certo que tal ofensa se faz sentir a

³⁴ STF - HC 91.003 / BA – Disponível em www.stf.gov.br Acesso em 01 de novembro de 2007.

tais entidades jurídico-militares com toda gravidade, mas **nem por isso elas deixam de ofender, principalmente, à ordem e disciplina social comum**; são crimes que o militar os comete, não como tal, mas sim como simples cidadão.

Não resta dúvida que **tais crimes devem ser agravados em sua penalidade, quando praticados são por militares**, em conseqüência deste se aproveitar de circunstâncias e condições que são propícias para o crime e, por outro lado, em conseqüência da falseação de compromissos tácitos que decorrem de suas funções de corporificador da defesa da lei, de guardião da honra e dignidade nacional, bem como ordem e instabilidade interna.”³⁵ (grifos nossos)

O Juiz-Auditor está, assim, plenamente apto a realizar o julgamento, de acordo com a legislação pertinente à Justiça Especializada e em consonância com as teses jurídicas mais complexas, desconhecidas pelo juiz leigo, que, salvo raríssimas exceções, não se aprofunda, por razões óbvias, nas letras jurídicas. Com certeza, o magistrado da Justiça Militar saberá melhor distribuir a justiça, condenando ou absolvendo o réu nos crimes acidentalmente militares, sendo desnecessária a presença de juízes leigos para, com ele, promover a marcha processual e, finalmente, o juízo de mérito. Sendo especializado em feitos penais militares, velará também pelos bens juridicamente tutelados do Direito Penal Militar que são agredidos ou postos em perigo, de forma indireta, nos crimes militares impróprios.

Os defensores incondicionais do “princípio” do escabinato levantam razões para a manutenção da instituição *sui generis* no Direito pátrio. Todas elas, sem exceção, somente são plausíveis se aplicadas a crimes propriamente militares; senão, vejamos algumas das razões mais comumente levantadas:

“(…) muito antes da Independência do Brasil, o escabinato já estava presente no Juízo Militar, sendo perenizado e evoluindo para a Justiça Especializada dos dias atuais, **tendo em vista a natureza peculiar da condição de Militar...**”³⁶ (grifos nossos)

³⁵ GUSMÃO (1915, p. 48-49).

³⁶ PRATTS (2004).

“Este necessário controle e investigação das atividades (dos militares) são desenvolvidos em todos os Estados e na Justiça Militar Federal, **levando-se em conta a natureza da função especial desempenhada pelos Militares...**”³⁷ (grifos nossos)

“Em decorrência do **caráter disciplinar da legislação castrense** que, conforme doutrina, é mais rigorosa que a comum, do ponto de vista estritamente processual o Código de Processo Penal Militar proporcionaria maior celeridade à tramitação dos feitos criminais em comparação com o Código de Processo Penal Comum (...) Em nome da **disciplina e da preservação do princípio da hierarquia**, uma **infração penal praticada por militares, sobretudo nos quartéis, precisa ser punida rapidamente** de modo a evitar desdobramentos perniciosos.”³⁸ (grifos nossos)

O escabinato e a Justiça Militar, para alguns respeitáveis estudiosos do tema, confundem-se, o que, *data venia*, é uma imprecisão que não merece prosperar. Como se viu nos trechos acima reproduzidos, o que justifica a instituição do escabinato é “a natureza peculiar da condição de Militar”, “a natureza da função especial desempenhada pelos Militares”, “o caráter disciplinar da legislação castrense” e a necessidade de que os feitos Penais Militares, mais do que todos os outros penais, sejam julgados com maior celeridade.

De fato, defendemos a instituição do escabinato para o julgamento dos crimes propriamente militares, pelas mesmas razões propostas pela doutrina autorizada. Entretanto, tais razões falecem quando confrontadas com os crimes acidentalmente militares, pois neles não há “condição peculiar de Militar” a ser considerada, visto que qualquer cidadão pode cometê-lo. Caberia, nesses casos, em consonância com todos os argumentos aqui reproduzidos, ao Juiz-Auditor conduzir toda a instrução probatória e o julgamento monocraticamente, em atenção às normas do Direito Penal Militar atinentes a crimes militares impróprios e, certamente, com maior celeridade, pois seria dispensada a presença dos juízes militares leigos a cada ato instrutório e no julgamento.

³⁷ PRATTS (2004).

³⁸ ROTH (2003, p. 87) *apud* PRATTS (2004).

Quanto à tese que ora se sustenta, parece haver vozes discretas que confirmam esse entendimento. Ao comentar a emenda sofrida pelo texto constitucional, que retirou do escabinato, e não da Justiça Militar dos Estados, a competência para apreciar causas penais em que figuram como vítimas civis, Abreu, afirma:

“À parte, porém, o evidente preconceito no estabelecimento de tal critério, parece-nos, ainda, que seria melhor técnica se o legislador constitucional demonstrasse preocupação em **definir tal competência a partir da conceituação específica dos delitos próprios da carreira militar, diferenciando-os daqueles que apenas são militares em virtude da peculiar situação do agente.**” (grifos nossos)³⁹

Irretocável o entendimento de Abreu, porque foi além de censurar o condenável critério que excluiu da competência do escabinato nas Justiças Militares Estaduais certos crimes militares. De fato, ele vislumbrou que a atividade jurisdicional exercida monocraticamente pelo Juiz-Auditor pode ser útil à Justiça Militar, desde que as normas de competência que retirem do escabinato a atribuição de apreciar certos crimes militares venham a contribuir para um melhor provimento judicial.

A qualidade da prestação jurisdicional deveria sempre ser o critério utilizado pelo legislador para distribuir competências entre os diversos órgãos judiciários. Por isso, não é absurdo algum excluir da competência do escabinato a apreciação dos delitos em que não poderão contribuir significativamente para o julgamento do feito. Não havendo razão lógica para se manter tal tradição, seria razoável a emenda da legislação processual penal militar para que o Juiz-Auditor atuasse sozinho nos feitos em que se processam autores de crimes militares impróprios. Repita-se, a emenda a ser feita seria tão somente na legislação ordinária, eis que não há um só dispositivo constitucional que sugira ou embase a existência de escabinatos no ordenamento jurídico pátrio.

³⁹ ABREU, Alexandre Aronne de (2000) *apud* PRATTS (2004).

5.3 A Não Aplicação do Princípio do juiz Hierárquico no Julgamento dos Crimes Militares Impróprios

O estatuto dos militares é claro ao estabelecer certa relação entre as infrações disciplinares militares administrativas e os crimes militares. Eis a redação do art. 42 da Lei 6.880/80, Estatuto dos Militares:

Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.

§ 1º A violação dos preceitos da ética militar será tão mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer.

§ 2º No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime.

Diante da redação do dispositivo supra, convém asseverar que “torna-se difícil estabelecer (...) uma diferença essencial entre os conteúdos (...) dos dispositivos do Código Penal Militar e Regulamentos disciplinares militares”.⁴⁰ Há, de fato, uma diferença quantitativa, ou de grau, pela qual é possível extremar os delitos militares de simples transgressões disciplinares. Os crimes militares sancionam condutas de maior gravidade e, portanto, cominam penas mais severas, ao contrário das infrações de deveres militares meramente administrativas. A doutrina aponta três aspectos técnicos pelos quais se torna possível distinguir o crime militar da transgressão disciplinar: primeiro, os crimes são previstos na lei como fato típico, ao passo que as transgressões disciplinares podem ser genericamente descritas; em segundo lugar, somente o poder judiciário pode aplicar pena aos agentes de crimes militares, que podem ser até mesmo civis, enquanto a infração às normas regulamentares são privativas de militares, que serão punidos por seus chefes militares; por fim, o crime militar deriva da lei (em sentido estrito), ao contrário das transgressões disciplinares, que são previstas em decretos (Regulamento Disciplinar do Exército, Marinha, Aeronáutica e polícias).⁴¹

⁴⁰ ROMEIRO (1994, p. 10).

⁴¹ ROMEIRO *loc. cit.*

Inquestionáveis são as semelhanças entre os dois institutos, apesar de ser plenamente possível diferenciá-los. Entretanto, quando o dispositivo do Estatuto dos Militares estabelece certa gradação entre os crimes militares e infrações disciplinares, parece referir-se a somente um gênero do crime militar, o crime militar próprio. Apenas ele assemelha-se com as transgressões militares, na medida em que ambos tratam de condutas que diretamente anulam a disciplina e deprimem a hierarquia militar. Os crimes militares próprios representam as violações disciplinares mais graves que um militar pode cometer, pois a diferença entre o ilícito penal militar e o meramente disciplinar é apenas de grau. O primeiro é sem dúvidas mais grave que o segundo.

A doutrina do Direito Penal Militar parece adotar a mesma ideia de gradação existente entre o crime comum e a contravenção penal:

“... a diferenciação entre crimes e contravenções é puramente de grau, quantitativa: os primeiros são infrações mais graves, por isso punidos com reclusão ou detenção (e multa, cumulativamente); as segundas são infrações de menor potencial ofensivo, sancionadas com prisão simples ou multa. A razão é simples: definir determinadas infrações como crime ou contravenção é uma questão de mera conveniência política.”⁴²

Conclui-se, assim, que os bens jurídicos tutelados nos Regulamentos Disciplinares e nos crimes militares próprios são os mesmos. Eis aí uma das razões pela qual se aceita, mesmo no Direito comparado, o julgamento dos crimes militares próprios por juízes leigos da caserna. Tais crimes possuem uma feição essencialmente disciplinar e, pode-se dizer, constituem transgressões militares qualificadas, que passam a subsistir como crimes, ensejando, assim, o juízo hierárquico, à semelhança do que ocorre na aplicação de penalidades de ordem administrativo-militar.

Entretanto, não há entre o crime militar impróprio e a transgressão meramente disciplinar a mesma relação. Os crimes militares impróprios são, em essência, como já se afirmou, crimes comuns, travestidos pela capa de militares em razão de certas circunstâncias periféricas, mas nem por isso ignoráveis, que possuem o condão de alterar a espécie do crime de comum para militar. Já se

disse e se reafirma: os crimes militares impróprios não tutelam principalmente a disciplina, a ordem dos quartéis e a hierarquia. Tais delitos tutelam indiretamente a economia interna das organizações militares, em razão de algumas circunstâncias de lugar (se local sujeito à administração militar ou não), ou da pessoa ofendida, ou do agente, sendo certo que o principal bem jurídico a ser tutelado é de ordem não militar. Tanto é assim que mesmo agentes civis podem praticar delitos militares impróprios, salvo quanto à Justiça Estadual, que não julga nem processa civis.

Verifica-se que os crimes militares impróprios podem ser processados e julgados pelo Juiz-Auditor sem qualquer prejuízo ao princípio do juiz hierárquico, porque o dever de abster-se da prática dos atos definidos como crimes militares impróprios é imposto a todos os cidadãos, e não somente aos militares federais e estaduais. Não há que se falar, assim, de juízo hierárquico quanto aos crimes acidentalmente militares, eis que qualquer pessoa tem o dever de não lesar ou pôr em perigo o bem juridicamente tutelado por esses tipos penais. Se ainda assim ignorar o mandamento proibitivo da lei penal, será julgado pela autoridade togada competente.

Veja-se o exemplo dos delitos militares impróprios já mencionados neste trabalho, tais como o estelionato (art. 251 CPM), homicídio com vítima militar (art. 205 CPM) e lesão corporal (art. 209 CPM); esses crimes militares não podem ser julgados pelo escabinato, pois, conforme o art. 42 do Estatuto dos Militares, não há neles um caráter disciplinar militar. Ensejam a repressão pela Justiça Especializada Militar por meio do Juiz-Auditor, sendo dispensado para isso o escabinato, pois os crimes militares impróprios não são essencialmente diferentes de um crime comum.

Frise-se que não se está a negar a aplicação do princípio hierárquico (e não “juízo hierárquico”) ao processo que verse sobre a prática de crime militar impróprio. Há a necessidade de se observar o princípio hierárquico em atos não decisórios, como, por exemplo, a delegação para presidir o inquérito por superior hierárquico ou mais antigo que o indiciado (art. 7º, §§ 1º e 2º CPPM) e a necessária superioridade hierárquica ou de antiguidade de quem dá voz de prisão a militar em processos penais militares (art. 223).

O princípio hierárquico continua a existir, porque é essa, inclusive, umas das notáveis peculiaridades do processo penal militar, que justifica, inclusive, a existência de uma Justiça Especializada, mesmo quando se está a tratar de julgamento de crime militar impróprio. O que não se deveria aplicar aos pro-

⁴² QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. p. 129.

cessos de crimes militares impróprios é o juízo hierárquico, eis que o autor do delito infringiu norma penal que alcança a todos, independentemente da condição de militar ou civil ou das circunstâncias que venham a alterar a natureza do delito de comum para militar. Tanto é que, se praticar a mesma conduta em circunstâncias de lugar diferente, ou mesmo contra pessoa diversa, ou, ainda, sem utilizar-se da condição de militar e não estando em serviço, será certamente julgado e processado por autoridade judiciária togada civil, da Justiça Comum.

Tal forma de pensar coaduna-se com o que já se disse: a Justiça Militar não possui competência em razão da pessoa. Ao contrário, julga crimes militares tendo sua competência em razão da matéria, ressalvada a impossibilidade do processamento de ações contra civis na Justiça Militar Estadual. O Direito Penal moderno, inclusive o Direito Penal Militar, deve ter em foco o fato delituoso, e não o agente. Defere-se ao sujeito ativo do crime militar próprio, em exceção ao Estatuto da Magistratura, um juízo misto entre militares leigos e juiz civil togado somente em razão do caráter anômalo desses delitos, como já se viu em item específico deste trabalho.

Conclui-se que, em regra, a prática de qualquer crime (militar ou comum) ofende a ética militar. Não é por essa razão que se irá aplicar de forma equivocada o juízo hierárquico sempre que um militar se vê processado, pois, nesse caso, estar-se-ia defendendo uma Justiça para militares, e não para os crimes militares. O juízo hierárquico, por isso, somente é razoável quando se pode justificar a presença de militares na composição do órgão julgador, ou seja, no caso dos julgamentos de crimes militares próprios. E é exatamente entre esse gênero do crime militar e as infrações administrativas que há uma relação de gradação e que, por isso, reforça a necessidade do juízo hierárquico. *De lege ferenda*, não havendo o caráter disciplinar do crime militar (o que ocorre essencialmente nos crimes militares próprios), não há que se falar em juízo hierárquico e, portanto, no escabinato.

6. CONCLUSÕES

De fato, como se viu, é mister questionar a conveniência e a manutenção dos escabinatos em todos os feitos penais militares como ocorre hoje, à exceção do disposto no §5º do art. 125 da Constituição Federal. Tal questionamento se faz porque, de tudo o que se expôs, chega-se às seguintes inferências:

- A Justiça Militar e o próprio Crime Militar, enquanto espécie autônoma do crime comum, surgiram em razão das especificidades próprias dos delitos militares próprios.

- Desde que se adotou um conceito *ratione legis* de crime militar, o legislador ordinário, autorizado pelo próprio constituinte, tipificou como crime militar condutas que afetam a hierarquia e a disciplina militar apenas de forma reflexa e que visam tutelar primordialmente um bem jurídico não militar. Tais crimes militares são denominados crimes militares impróprios e encontram tipificação semelhante na legislação substantiva penal não militar.

- Os crimes militares próprios, por sua vez, são crimes que somente o militar, nessa qualidade, pode cometer. São crimes funcionais, de caráter militar, e tutelam primordialmente os fundamentos das Forças Armadas e Auxiliares: a hierarquia e disciplina militar. O crime militar impróprio, por sua vez, é uma espécie de crime militar que tutela, além dos bens jurídicos de ordem militar, outros valores que são igualmente protegidos pela legislação penal comum, razão pela qual encontra equivalentes na legislação penal substantiva comum.

- Para Crysólito de Gusmão, há somente uma espécie de crime militar: o crime militar próprio. O crime militar impróprio, em verdade, seria mero crime comum, não militar. Esse pensamento, apensar de não ser adotado pelo ordenamento pátrio (pois aqui a definição de crime militar é *ratione legis*), ilustra muito bem as enormes diferenças entre as duas espécies de delitos militares. Conclui-se que o crime militar impróprio é ontologicamente um crime comum, que, por razões de política criminal, é considerado militar *ex vi legis*; portanto, o seu julgamento deverá se dar perante a Justiça Especializada Militar.

- Os crimes militares próprios possuem, nos dizeres de Crysólito de Gusmão, caráter anômalo. Com isso o festejado autor quer dizer que tais normas incriminadoras encerram punições severas a atos que, no regime civil (não militar), jamais poderiam sequer configurar um crime. Infere-se que o regime militar é peculiar e infinitamente mais severo e rígido do que o regime civil, que se pauta na liberdade.

- O julgamento do crime militar próprio por um escabinato hierarquicamente superior ao réu, composto de partes integrantes dos corpos militares e sujeitos

às mesmas pressões às quais o réu se submete, é a garantia de que o órgão julgador saberá mensurar a gravidade da conduta faltosa e as razões que levaram o sujeito ativo a agir ou se omitir. Assim, o julgamento do crime militar próprio é temperado com a presença de juízes militares, que conhecem bem e vivem a matéria que se está decidindo. Dotar o órgão julgador dos conhecimentos e experiência da caserna nesses casos é homenagear o princípio do Juiz Natural, pois se está atribuindo competência ao órgão julgador que melhor pode distribuir a justiça no caso concreto.

- O mesmo não se dá no que se refere ao crime militar impróprio. Nesses delitos a conotação que se deve dar aos fatos é essencialmente jurídica e técnica, pois os bens juridicamente tutelados de forma principal são de ordem não militar (vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio público e até mesmo o patrimônio privado), e apenas acessoriamente tutela-se a hierarquia e disciplina. O Juiz-Auditor, assim como os magistrados que atuam fora dos limites das Justiças Militares, está dotado de todos os conhecimentos necessários ao deslinde motivado do feito, pois, ausente o caráter funcional do delito (pois mesmo civis podem ser sujeitos ativos desses crimes militares), resta ao magistrado de carreira, monocraticamente, *de lege ferenda*, decidir em conformidade com a dogmática jurídica sendo que a eventual quebra da hierarquia ou disciplina militar deverá ser considerada para fins de dosimetria da pena.

- Por fim, salienta-se que, entre os crimes militares próprios e os ilícitos militares de natureza administrativa, há uma nítida relação, pois um e outro tutelam, em gradações distintas, a hierarquia e disciplina militar. Assim, o sistema penal militar deve manter-se coerente ao princípio do juízo hierárquico, tanto no julgamento dos crimes militares próprios (de caráter precipuamente disciplinar) quanto nas decisões sobre infrações administrativas. Não obstante, o mesmo não ocorre nos crimes militares impróprios, que admitem até mesmo sujeitos ativos civis, não havendo assim que se falar em juízo hierárquico, pois é certo que não há ascendência hierárquica entre militares e civis. O julgamento de crimes militares impróprios, que tutelam bens jurídicos não militares, deveriam ter julgadores semelhantes àqueles competentes para decidir sobre crimes comuns (não militares). Há de se ressaltar, entretanto, que os crimes militares impróprios não devem escapar da competência da Justiça Especializada Militar, pois é nela que estão os Juízes-Auditores que, sendo togados, estão afetos às causas da caserna em razão da função de juiz-técnico que exercem nos escabinatos e são conhecedores do procedimento

que respeita o princípio hierárquico em atos não decisórios (nesse caso, não há que se falar em juízo hierárquico).

É por todos esses motivos, que se propõe uma mudança na legislação infra-constitucional, para restringir a competência funcional dos escabinatos da Justiça Militar apenas ao julgamento dos crimes militares próprios. Somente nesses casos o juízo composto por militares leigos e pelo Juiz-Auditor pode, de fato, aquilatar a prestação jurisdicional.

No que se refere aos processos de crimes militares impróprios em grau de apelação, ou mesmo nas ações originárias de Tribunais Militares, como é o caso dos crimes militares praticados por oficiais-generais, conveniente seria a divisão do Tribunal em turmas de julgadores com competências previamente estabelecidas, seja para julgar crimes militares próprios, seja para o julgamento de crimes militares impróprios. Dos órgãos fracionários competentes para julgar os crimes militares impróprios, participariam apenas os juízes civis, e, portanto, bacharéis em Direito (oriundos da magistratura, do Ministério Público ou da advocacia).

Para tanto, bastaria que fossem alteradas disposições regimentais de cada Tribunal Militar. Apenas em casos extremos, como na declaração de inconstitucionalidade de ato normativo em face da Constituição da República, haveria competência do Pleno, quando, então, todos os magistrados, leigos ou não, votariam igualmente. Estar-se-ia, assim, mantendo a coerência com tudo o quanto fora aqui exposto no que tange aos procedimentos nos Tribunais.

Dessa maneira, ao nosso ver, estar-se-ia a melhorar ainda mais o desempenho das Justiças Militares, que têm prestado serviços relevantes à atividade jurisdicional no Brasil.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vander Ferreira. *O Princípio do Juízo Hierárquico na Justiça Militar*. Jus Militar. 2005. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/?secao=doutrina&cat=1>> Acesso em: 21 de set. de 2007.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao CPM de 1969. Parte Geral*. São Paulo: Editora Juriscredi, 1972.

BONFIM, Ana Paula. *CPM e CPPM: Que códigos são esses?* STM em Revista – Revista do Superior Tribunal Militar, Brasília, no 4, p. 12-15, 2006.

CARVALHO, Alexandre Reis de. *A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7301>>. Acesso em: 02 mar. 2007.

FERREIRA, Célio Lobão. *Atos privativos do juiz-auditor no Processo Penal Militar*. Brasília, Senado Federal, 1989.

GUSMÃO, Chrysolito de. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

HOERTEL, Max. *Crimes propriamente militares: A Deserção*. STM em Revista – Revista do Superior Tribunal Militar, Brasília, n°4, 2006.

LEÓN, Patricia Zarzalejo. *Uma nova visão aos conselhos de justiça na Venezuela*. Jus Militar. Venezuela. 2007 Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/?secao=doutrina&cat=8>> Acesso em: 01 de out. De 2007.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Processo Penal Militar*. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar – Parte Geral*. 1ªed, São Paulo: Saraiva, 2005.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. *Lide Penal e a Lide Penal Militar*. Revista Direito Militar. ano 10. n° 60. junho/agosto. Florianópolis, 2006.

PRATTS, Eduperccio. *As Atribuição dos Juizes Militares nos Conselhos de Justiça*. Florianópolis, 2004. Tese (Pós-graduação). Especialização em Administração em Segurança Pública da Universidade do Sul de Santa Catarina. 2004. Disponível em <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=24>> Acesso em 08 de fev. De 2007.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Editora Sariaiva, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Justiça Militar: Participação dos praças no escabinato*. Portal Militar . com . br. Disponível em: <http://www.militar.com.br/modlles.php?name=Juridico&file=display&iid=44> Acesso em: 12 de mar. de 2007.



Cabimento do *Habeas Corpus* nas punições disciplinares

Maria Tereza Faria
Servidora do Ministério Público Militar

1. INTRODUÇÃO

Para MARTINS, a superabundância da matéria militar na Constituição indica a necessidade de sistematização do tema dentro do quadro de princípios de hermenêutica constitucional, daí mais um fator de conveniência do estudo do “direito constitucional militar”¹.

O cabimento de *habeas corpus* nas punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas é tema polêmico em direito, vez que apontado sob diversas óticas, principalmente porque os problemas jurídicos que envolvem os militares em geral são solucionados à luz dos textos e normas infraconstitucionais, sem o apoio na Constituição.

Contudo, para uma melhor compreensão técnica do instituto, faz-se necessário discorrer sobre a origem do Direito Administrativo, os atos da administração e seu controle jurisdicional, uma vez que este assunto envolve diretamente a prestação jurisdicional em comento, pois a doutrina contemporânea entende que o Direito não se pensa em partes, sendo necessário analisar todo o ordenamento jurídico em que se insere o dispositivo legal.

¹ Martins, Eliezer Pereira, Direito Constitucional Militar. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3854>>. Acesso em: 15 abril 2008.

2. ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O tratamento jurídico das funções administrativas do Estado, até o início do século XIX, era inserido no direito comum, sem especificação ou preocupações próprias. Por isso é comum a afirmação de que o século XIX marca o surgimento do direito administrativo como ramo autônomo da ciência do Direito, nascido das Revoluções que puseram fim ao velho regime absolutista.

Foi com o Estado de Direito que se cogitou de normas delimitadoras da organização e da ação do Poder Público, de onde despontam os três marcos históricos que deram origem ao Direito Administrativo:

1. O fim do absolutismo – Montesquieu (1748) – Teoria Tripartite – separação dos poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário.

2. A efetivação da Teoria Tripartite, por meio da especialização das funções; criação dos tribunais administrativos (na França); direito relativo à administração e aos administrados – a sendo que o poder, em verdade, não se separa, é uma coisa só; o que há é a divisão em funções (p. ex., função administrativa do Estado, função jurídica do Estado, função executiva do Estado).

3. O surgimento do Estado de Direito, que está unicamente submetido às leis que ele próprio cria.

O Barão de Montesquieu, escreveu, em seu *Espírito das Leis*, acerca da liberdade política, assegurada por uma certa distribuição de poderes. Se antes se podia cogitar o poder judiciário como parte do executivo, foi com a separação dos poderes a certeza de que essa era a melhor forma da existência de uma sociedade sem tantos abusos, já que o chefe do executivo não agia segundo sua única vontade, pelo fato de ter de respeitar o legislativo e o judiciário.

3. DIREITO ADMINISTRATIVO E OS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Segundo Hely Lopes Meirelles², Direito Administrativo é o conjunto de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.

² Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. Malheiros, 26^a edição. 2001.

O Poder do Estado é um poder político, e, na administração pública, os poderes administrativos são instrumentos dos quais se vale a administração, na busca de alcançar seus objetivos. A doutrina classifica esses poderes como vinculado e discricionário, no que tange à liberdade de ação administrativa.

O poder vinculado é o poder/dever que tem a administração pública de operar sempre dentro da estrita previsão legal (fazer o que diz a lei).

O poder discricionário é aquele que propõe ao administrador público uma certa margem de atuação, um espaço para que ele possa fazer uma escolha, tomar decisão dentre aquelas constantes na lei, sob o critério da oportunidade e conveniência.

Hely Lopes Meirelles³ conceitua o ato administrativo como o ato jurídico⁴, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. Maria Sylvia Zanella di Pietro define o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”⁵.

Existem os atos administrativos, os chamados atos vinculados, que estão restritos à limitação da lei, em que é vedado ao agente administrativo extrapolar os parâmetros previamente estabelecidos. De outra banda, os atos praticados pela Administração com certa autonomia são chamados de discricionários. Todavia, deve o administrador observar os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade. Validamente, a discricionariedade da Administração Pública é dotada de uma certa liberdade, que foi conferida ao administrador pela lei, cabendo a ele preencher com seu juízo subjetivo o campo de indeterminação normativa⁶. Com isso, pode-se afirmar que a maleabilidade do ato discricionário deve respeitar, além do interesse público, o ordenamento jurídico.

³ Op. cit. P. 141. Nesse sentido, também, CARVALHO FILHO. José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Ed. Lumen Juris, 9^a edição. 2002. P. 85.

⁴ Apesar de o Código Civil de 1916 trazer sua definição (art. 81), o novo Código Civil, regulamentado pela Lei 10.406/02, não fez o mesmo.

⁵ di Pietro. Maria Sylvia Z. *Direito Administrativo*. Atlas, 13^a edição. 2001. P. 181

⁶ Mello, Celso Antônio B. *Curso de Direito Administrativo*. Ed. Malheiros, 14^a edição. 2002. P. 811.

Embora caiba ao poder legislativo determinar as atribuições dos demais poderes por meio de leis, no direito pátrio o Estado de Direito figura como princípio fundamental da atual Constituição Federal, que impõe, necessariamente, a subordinação da Administração Pública à jurisdição e à legalidade⁷. Da mesma forma, nossa Carta Política de 1988 positivou o sistema da jurisdição una⁸, prevista no art. 5º, XXXV, que proíbe a lei de excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito. Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ destaca a relevância do princípio da universalidade da jurisdição, consignando a necessidade de se verificar sua conciliação com o exercício de ação discricionária pela Administração, afirmando que o desate desse problema remete-se a essa “discricionariedade”.

4. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Hely Lopes Meirelles¹⁰ ensina que cabem, em princípio, todos os procedimentos judiciais contenciosos aptos a impedir ou reprimir a ilegalidade da Administração.

José dos Santos Carvalho Filho¹¹ afirma que o controle judicial é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos – vinculados e discricionários – dos três poderes republicanos.

O Poder Judiciário, quando provocado, torna-se o verdadeiro guardião da legalidade, pois exerce a subsunção dos atos administrativos às normas¹², por meio da estrita observância da legalidade, vez que, em caso de desrespeito ao disposto em lei, caberá ao magistrado apreciar o mérito da coisa e verificar se a Administração extrapolou os limites da discricionariedade, podendo invalidar o ato questionado.

⁷ Geraldo Ataliba apud Lucia Valle Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, 2ª edição. 1995. P. 92.

⁸ Op. cit. P. 181

⁹ Op. cit. P.811

¹⁰ Op. cit. P. 672

¹¹ Op. cit. P. 798

¹² Figueiredo, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, 2ª edição. 1995. P. 244.

Explica Alexandre de Moraes¹³ que, nos atos discricionários, a opção conveniente e oportuna deve ser feita legal e moralmente pela Administração Pública, valendo-se o Judiciário desses princípios para analisar o caso concreto.

Oportuno lembrar a lição ensinada pelo Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello, que afirma ser necessário o pressuposto lógico da causa para se ter o ato válido¹⁴.

Dessa forma, o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa tem na sua causa o elemento indispensável à observância do judiciário, pois “o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estende necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato”¹⁵.

Vale apontar que o controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade, e não alcança o mérito. Com isso, por mais que se investigue o motivo, a finalidade e a causa, como sugere Celso Antônio, sempre se alcançará a questão legal do ato. Esclarece o prof. José dos Santos Carvalho Filho que é vedado ao judiciário avaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, pois são privativos do administrador público. Caso assim ocorresse, “estar-se-ia possibilitado que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência”¹⁶.

Conclui o Prof. Alexandre de Moraes que há duas possibilidades de apreciação dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário: a teoria relativa ao desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes.

O desvio de poder é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída¹⁷, uma vez que o administrador

¹³ Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. Ed. Atlas, 1ª edição. 2002. P. 137

¹⁴ Op. cit P. 360.

¹⁵ Op. cit P.895

¹⁶ Op. cit P.801

¹⁷ Mello, Celso Antônio B. Op.cit. P. 828.

utiliza-se de seu poder discricionário para atingir fim diverso daquele que a lei fixou¹⁸.

A teoria dos motivos determinantes é aquela em que há a apreciação do Judiciário dos pressupostos, não havendo invasão do juízo discricionário do Poder Executivo, ou seja, não se aprecia o mérito, faz-se apenas o exato controle da legalidade do ato¹⁹.

Contudo, o entendimento de que o Poder Judiciário não possui legitimidade para analisar o mérito do ato administrativo, segundo a melhor doutrina, deve ser afastado. A norma fundamental de um país, conforme a lição de Hans Kelsen, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, é a Constituição Federal, que disciplina a estrutura organizacional do Estado.

Na Constituinte de 1988, ou melhor, no Congresso Constituinte de 1988, o legislador entendeu que o sistema jurídico brasileiro seria uno, ou seja, não teríamos um sistema dúplice, jurisdição judicial e administrativa tal como ocorre na França, Espanha e em outros países da Europa.

Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, a Constituição Federal disciplina que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, sendo que em nenhum momento foi disciplinado que o Judiciário estaria impedido de apreciar o mérito do ato administrativo.

Destarte é cediço da dogmática jurídico-administrativa que a Administração Pública não pode agir senão quando autorizada por lei, enquanto que os particulares podem fazer tudo que a lei não os proíbe. A atividade administrativa é sublegal, consistente na produção de comandos complementares à lei. Entretanto, não raro, essa atividade extrapola os limites traçados pela lei.

¹⁸ Moraes, Alexandre. Op.cit. P. 138.

¹⁹ Entendimento do STF citado por Alexandre de Moraes.

5. MEIOS DE CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

No controle dos atos da administração pelo Judiciário, existem diversos mecanismos adequados.

Em classificação trazida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, existem os meios inespecíficos e os meios específicos²⁰. Os primeiros são referentes às ações como as ações ordinárias, os interditos possessórios, a consignação em pagamento, entre outros.

Os meios específicos, também chamados de remédios constitucionais²¹, são as ações caracterizadas pelo fato de que foram instituídas por visar exatamente à tutela de direitos individuais ou coletivos contra atos de autoridade, comissivos ou omissivos²².

Nesse grupo, enquadram-se o mandado de segurança, a ação popular, o mandado de injunção, o *habeas corpus* e a ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Sabe-se que autores como Celso Bandeira de Mello e Maria Sylvia Di Pietro tentam, por meio de uma via transversa, legitimar a análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, argumentando o princípio da moralidade permitir que, caso ocorra um afastamento por parte do administrador público desse preceito, o Poder judiciário pode rever o ato administrativo praticado.

Alude Paulo Tadeu Rosa²³ que, se o funcionário público, seja civil, seja militar, seja integrante das Forças Armadas, entender que o ato administrativo – principalmente o ato administrativo disciplinar – foi injusto, imoral, contrário à prova dos autos, desproporcional, parcial, pode e deve bater às portas do Poder Judiciário para que este analise o mérito daquela decisão, estando os juízes e Tribunais legitimados para proferirem um novo julgamento.

²⁰ Apud José dos Santos Carvalho Filho. Op. cit. P. 806.

²¹ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. P. 612.

²² Carvalho Filho, Op. cit. P. 806

²³ Rosa, Paulo Tadeu Rodrigues. Análise do Mérito da Punição Disciplinar pelo Poder Judiciário. Disponível em: < <http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/456605>

6. CONTROLE DAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES APLICADAS AOS MEMBROS DAS FORÇAS ARMADAS

Qualquer membro das Forças Armadas que se sentir prejudicado em decorrência de punição disciplinar tem o direito de questionar judicialmente o ato da autoridade administrativa, valendo-se, dependendo do caso, de mandado de segurança ou *habeas corpus*. Para pleitear a declaração de nulidade da sanção, a alternativa é impetrar mandado de segurança para que o órgão judiciário aprecie os aspectos extrínsecos do ato que aplicou a punição disciplinar. Já para afastar eventual constrangimento decorrente de constrição de liberdade (prisão), o meio processual indicado é o *habeas corpus*.

Acerca do controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das forças armadas, é cristalina a explanação de Flavio Hiroshi Kubota²⁴:

O princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição encontra-se disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

“Art. 5º

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

A finalidade precípua do referido princípio é garantir ao cidadão, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, a apreciação, pelo órgão competente do Poder Judiciário, de ato ou fato que porventura tenha causado lesão ou violação a seu direito.

Em que pese a restrição inserida no artigo 142, § 2º, da Constituição Federal, dispondo que não caberá *habeas corpus* em relação

a punições disciplinares militares, o Supremo Tribunal Federal, no HC 70648-7/RJ, D.J. de 04/03/94, decidiu que esse princípio não impede o exame dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada disciplinarmente). Também o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no RHC 2047-0/RJ, D.J. de 12/04/93, firmou entendimento segundo o qual “a condição constitucional não alcança o exame formal do ato administrativo disciplinar”, o que torna perfeitamente admissível a utilização do *writ* para a verificação da ocorrência dos requisitos essenciais do ato.

Convém lembrar que a primeira parte do artigo 51, § 3º, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), dispondo que “O militar só poderá recorrer ao judiciário após esgotados todos os recursos administrativos”, foi derogada pela Constituição Federal de 1988, conforme decisão do próprio Superior Tribunal Militar no HC 2001.01.033671-0/RJ, Rel. Min. Sergio Xavier Ferolla, j. em 06/12/2001:

“1. O artigo 51, § 3º, primeira parte, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), foi derogado pela Carta Magna de 1988, ante o princípio constitucional da inarredabilidade ou inafastabilidade do controle judicial ou jurisdicional do ato ilegal ou eivado de abuso de poder. ‘A possibilidade de exigir exaustão dos recursos administrativos para o ingresso em juízo contra a Administração foi abolida na atual Constituição, salvo a hipótese prevista no seu art. 217, § 1º, relativa à justiça desportiva’ (HELY LOPES MEIRELLES)”.

Portanto, qualquer militar que se sentir prejudicado em decorrência de punição disciplinar tem o direito de questionar judicialmente o ato da autoridade administrativa, valendo-se, dependendo do caso, de mandado de segurança ou *habeas corpus*.

Para pleitear a declaração de nulidade da sanção, a alternativa é impetrar mandado de segurança para que o órgão judiciário

²⁴ Kubota, Flavio Hiroshi. Controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas. Disponível em: < http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_agosto_2005/flavio-control-e-jurisdicional.pdf>

aprecie os aspectos extrínsecos do ato que aplicou a punição disciplinar²⁵.

Já para afastar eventual constrangimento decorrente de constrição de liberdade (prisão), o meio processual indicado é o *habeas corpus*²⁶.

Outro ponto fundamental refere-se à definição do órgão jurisdicional competente para processar e julgar o *habeas corpus* em caso de prisão disciplinar de militar²⁷.

Atualmente, relativamente às Forças Armadas, salvo eventuais punições disciplinares emanadas dos Comandantes da Marinha,

²⁵ HC 5397/DF – STJ, D.J. de 04/08/97

HABEAS CORPUS N°5.397 - DF (REG. n°97.0000675-1)

RELATOR O EXMO. SR. MINISTRO JOSÉ ARNALDO

IMPETRANTE(S) FÁBIO LUIZ DOURADO BARRETO

IMPETRADO(S) MINISTRO DE ESTADO DO EXÉRCITO

CHEFE DO GABINETE DA DIRETORIA DE RECUPERAÇÃO DO MINISTÉRIO DO EXÉRCITO

EMENTA

- *HABEAS CORPUS* MILITAR. PENA DISCIPLINAR. ART. 142, § 2º. DA LEI MAGNA.

- Incabível, nos termos do art. 142, § 2º. da Carta da República, *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

- A restrição, todavia, circunscreve-se ao exame de mérito. Os aspectos extrínsecos do ato que aplicou a punição disciplinar podem, contudo, ser objeto de apreciação pela via do *mandamus*.

- Pedido indeferido.

²⁶ MS 92.04.23346-0/RS – TRF da 4ª Região, D.J. de 04/11/92

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRISÃO DISCIPLINAR. 1. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR SERVIDOR MILITAR FEDERAL VISANDO A SUSPENSÃO DA APLICAÇÃO DA PENA DE PRISÃO DISCIPLINAR. 2. E O '*HABEAS CORPUS*', E NÃO O MANDADO DE SEGURANÇA, O MEIO PRÓPRIO PARA A GARANTIA

do Exército ou da Aeronáutica, que estariam adstritos ao controle jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, por força do artigo 105, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, as demais, inclusive as perpetradas por oficial-general, devem submeter-se ao crivo da Justiça Federal de primeira instância, conforme preceito constitucional indicado anteriormente.

Logo, o Superior Tribunal Militar atualmente não tem competência para processar e julgar *habeas corpus* em que se discute prisão disciplinar imposta aos integrantes das Forças Armadas, visto que, por se tratar de matéria administrativa, compete ao juízo ordinário federal conhecer do pedido.

DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO. SE VEDADO O '*HABEAS CORPUS*' PERANTE A JUSTIÇA MILITAR (ARTIGO-142, PARAGRAFO-02, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL), NÃO PODE O MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PERANTE A JUSTIÇA FEDERAL SERVIR-LHE DE SUCEDANEO, POIS QUE ISSO IMPORTARIA EM AFRONTAR A PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL. (TRF4, AGMS 92.04.23346-0, Primeira Turma, Relator Ellen Gracie Northfleet, DJ 04/11/1992)

²⁷ HC 2005.01.034016-5/PA – STM, Rel. Min. Marcus Herndl, j. em 14/04/2005

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

HABEAS CORPUS n°2005.01.034016-5— PARÁ

HABEAS CORPUS - LIMINAR - PUNIÇÃO DISCIPLINAR E ATOS ADMINISTRATIVOS.

Impetração requerendo, em liminar, a concessão de salvo-conduto para que o Paciente possa retornar ao deferimento da ordem para ser declarado nulo o ato administrativo que indica, bem como para considerar ilegal a prisão disciplinar imposta, expedindo se o alvará de soltura para ser, imediatamente, colocado em liberdade.

Liminar indeferida diante da constatação de que o Paciente não sofreu qualquer constrangimento ilegal. Configurada a legalidade dos atos administrativos pertinentes à dilatação do período de incorporação e à punição disciplinar imposta, estando as autoridades militares indicadas como coatoras legitimadas para as práticas dos procedimentos questionados. Punição disciplinar cumprida, prejudicando a apreciação do pedido formulado.

Não compete a esta Justiça Militar da União apreciar atos administrativos praticados pelas autoridades militares competentes, visando a declaração de nulidade dos mesmos. Igualmente, a apreciação do mérito da punição disciplinar não está inserida na competência desta Justiça Especializada.

Denegada a ordem por falta de amparo legal

Decisão unânime.

7. O CABIMENTO DO HABEAS CORPUS NAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES

Existem rigorosos princípios constitucionais que norteiam as Forças Armadas que impõem diversas restrições constitucionais aos militares, em determinadas situações, privando-os de direitos fundamentais, como o direito à vida – uma vez que a Constituição prevê a pena de morte para os crimes militares em tempo de guerra, a vedação do alistamento eleitoral no período de serviço militar obrigatório, a proibição de sindicalização, de greve e de filiação a partidos políticos.

A restrição à liberdade inserida no artigo 142, § 2º, da Constituição Federal, dispondo que não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares, é norma plenamente compatível com as garantias individuais, conquanto as Forças Armadas estejam sob a égide do princípio da hierarquia e da disciplina.

Disciplina é uma palavra que tem a mesma etimologia da palavra “discípulo”, que significa “aquele que segue”. No campo militar, a disciplina é considerada uma qualidade a ser perseguida pelos soldados, com o objetivo de torná-los aptos a não se desviarem de uma conduta padrão, desejável para o bem comum da tropa, mesmo em situações de pressão extrema²⁸.

Pode-se auferir que às punições disciplinares (previstas na legislação infra-constitucional militar pertinente) é que se aplica a vedação constitucional de *habeas corpus*, mas, em caso de ilegalidade ou abuso de poder, o comando constitucional é de garantia do remédio heroico.

Portanto, a impetração do remédio constitucional garante ao paciente o exame do pressuposto de legalidade das transgressões que lhes foram atribuídas, para afastar eventual constrangimento decorrente de constrição de liberdade (prisão).

Segundo Paulo Tadeu Rosa²⁹, a Constituição Federal permite aos juízes que, ao lado dos advogados e dos demais operadores do direito, sejam os

²⁸ WIKIPEDIA. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Disciplina>>

²⁹ Rosa, Paulo Tadeu Rodrigues. Análise do Mérito da Punição Disciplinar pelo Poder Judiciário. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/456605>>

garantidores do Estado Democrático de Direito. Afirma, igualmente, que, aos poucos, já se vivencia no Brasil, a possibilidade desses profissionais irem mais longe, mesmo que tenham de modificar o ato subjetivo praticado pelo administrador público.

Contudo, ainda persiste, na esfera política, certa resistência no que tange à obrigatoriedade da observação das garantias fundamentais constitucionais, principalmente com relação ao cabimento de *habeas corpus* em sede de direito disciplinar militar.

Como exemplo de oposição a essa ideologia, segue o discurso em assembleia (março/2007) do Deputado António Filipe Gaião Rodrigues³⁰, do partido comunista português, insurgindo-se contra afirmações do Ministro da Defesa Nacional no sentido de que o Governo Português pretendia alterar o Regulamento de Disciplina Militar a fim de evitar a intervenção dos tribunais quanto às sanções disciplinares no âmbito das Forças Armadas:

(...) o Senhor Ministro faz por esquecer que, nos termos da Constituição da República, não há actos administrativos que não sejam recorríveis. Esse é um princípio basilar do Estado de Direito Democrático. Como é evidente, os actos que apliquem sanções disciplinares, que afectam directamente e de forma muito grave direitos dos cidadãos sob tutela constitucional, não podem deixar de ser recorríveis para os tribunais competentes.

O Senhor Ministro diz que sem hierarquia e sem disciplina não há Forças Armadas e sem Forças Armadas não há Estado de Direito Democrático. Isso é rigorosamente verdade. Mas não é tudo. Nós não pretendemos Forças Armadas sem hierarquia e sem disciplina. E também entendemos que as Forças Armadas são essenciais num Estado de Direito Democrático. Mas não queremos Forças Armadas à margem do Estado de Direito Democrático, como se fossem um corpo estranho à democracia,

³⁰ Sítio do PCP – Assembléia da República - Regulamento de Disciplina Militar - Intervenção de António Filipe na AR. Disponível em: <http://www.pcp.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=27632&Itemid=581>

como se não estivessem vinculadas ao respeito por direitos fundamentais dos cidadãos que nelas servem.

A disciplina e a hierarquia das Forças Armadas são valores estimáveis, mesmo indispensáveis, mas não podem ser valores absolutos, isentos de quaisquer limites e de qualquer controlo jurisdicional. A intervenção dos tribunais em matéria de Disciplina Militar não pode ser vista como uma intromissão abusiva na esfera própria das Forças Armadas, mas como uma garantia mínima de que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam efectivamente respeitados. (...)

8. CONCLUSÃO

O Direito Administrativo surgiu com o advento do Estado de Direito que, por meio de suas normas, delimita a organização e a ação do Poder Público. Esse exercício é assegurado pela separação dos poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário –, que, dessa forma, representam a vontade política do Estado, cuja administração pública é dotada de poderes administrativos, que servem como instrumento por ela utilizado na busca de alcançar seus objetivos.

Os atos da administração oriundos desses poderes administrativos, no direito pátrio, são passíveis de controle pelo poder judiciário, pois a Constituição Federal disciplina que nenhuma lesão ou ameaça a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário, por se tratar de direitos e garantias fundamentais do cidadão. Dessa forma, a Administração Pública não pode agir senão quando autorizada por lei, porquanto, não raro, essa atividade extrapola os limites traçados pela lei.

A Constituição Federal, ao permitir aos juízes, advogados e demais operadores do direito, serem os garantidores do Estado Democrático de Direito, confirma a possibilidade de que esses profissionais possam até mesmo modificar o ato subjetivo praticado pelo administrador público. No que tange ao ato administrativo disciplinar, por exemplo, se injusto, imoral, contrário à prova dos autos, desproporcional, parcial, o Poder Judiciário pode analisar, inclusive, o mérito daquela decisão, estando os juízes e Tribunais legitimados para proferirem um novo julgamento.

No caso das punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas, qualquer um desses que se sentir prejudicado em decorrência de punição

disciplinar tem o direito de questionar judicialmente o ato da autoridade administrativa, valendo-se, dependendo do caso, de mandado de segurança ou *habeas corpus*. Para pleitear a declaração de nulidade da sanção, a alternativa é impetrar mandado de segurança para que o órgão judiciário aprecie os aspectos extrínsecos do ato que aplicou a punição disciplinar. Já para afastar eventual constrangimento decorrente de constrição de liberdade (prisão), o meio processual indicado é o *habeas corpus*.

Atualmente, o foro competente para julgar essas lides militares, salvo as reservadas ao STJ, pelo artigo 105, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, é a Justiça Federal.

A restrição à liberdade inserida no artigo 142, § 2º, da Constituição Federal é norma plenamente compatível com as garantias individuais, conquanto as Forças Armadas estejam sob a égide do princípio da hierarquia e da disciplina.

A intervenção dos tribunais em matéria de Disciplina Militar não pode ser vista como uma intromissão abusiva na esfera própria das Forças Armadas, mas como uma garantia mínima de que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam efetivamente respeitados.

9. REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lumen Juris, 9ª edição. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo. Atlas, 13ª edição. 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. Malheiros, 2ª edição. 1995

KUBOTA, Flavio Hiroshi. Controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas. Disponível em: <http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_agosto_2005/flavio-controler-jurisdicional.pdf> Acesso em 15 nov 2008

MARTINS, Eliezer Pereira, Direito Constitucional Militar. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3854>>. Acesso em: 15 abril 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed. Malheiros, 26^a edição. 2001.

MELLO, Celso Antônio B. Curso de Direito Administrativo. Ed. Malheiros, 14^a edição. 2002.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. Ed. Atlas, 1^a edição. 2002.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Análise do Mérito da Punição Disciplinar pelo Poder Judiciário. Disponível em <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/456605>> Acesso em 15 nov 2008



fraude em pensões nas Forças Armadas

Luciano Moreira Gorrilhas

Promotor de Justiça Militar e

Pós-Graduado em ciências criminais pela Universidade Federal Juiz de Fora/MG

Retomo o tema, por nós já tratado, em Revista de Direito Militar, de nº 59/ maio/junho 2006, para numa perspectiva mais abrangente, destacar alguns tópicos que considero de extrema relevância para o estudo em questão.

Naquela oportunidade, nosso objetivo foi o de provocar uma reflexão acerca da tipicidade inerente à conduta daquele que se utiliza de cartão magnético do banco e senha de conta-corrente de pensionista falecido (a) para, de forma continuada, efetuar saques no pagamento depositado, em erro, pelas administrações da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica.

Reformulando ponto de vista feito à época, hoje temos a convicção de que a conduta acima narrada tipifica o delito de estelionato. De fato, aquele que se faz passar por outrem, utilizando-se de cartão e senha de terceiros, para retirada de dinheiro, induz em erro, mediante fraude, o banco, bem como a Administração Militar.

Outro enfoque que merece ser destacado diz respeito aos dados referentes aos sujeitos ativos dos delitos em menção. Com efeito, os números revelaram considerável aumento da incidência de crimes militares praticados por civil, geralmente parentes ou responsáveis por pensionistas das Forças Armadas (pessoas comumente doentes ou com idades bem avançadas).

É bem verdade que, hodiernamente, as Administrações Militares, como forma de controle, além de procederem a recadastramento anual de pensionistas, realizam um convênio com o Sistema de Óbitos (SISOB), no qual este órgão repassa para a Administração Militar informações inerentes a óbitos registrados, nos diversos cartórios locais da cidade do Rio de Janeiro. Ocorre que,

segundo consta (informações obtidas perante a Marinha), nem sempre esse sistema funciona a contento, principalmente quando o cartório está localizado no interior do estado.

Desse modo, os prejuízos causados aos cofres da União, em regra, têm diminuído, não ultrapassando, na melhor das hipóteses, do limite circunscrito às retiradas de numerários representados por 12 (doze) depósitos mensais feitos pelas Administrações Militares (pagamentos mensais dos salários). Após esse período, em razão da dita fiscalização (efetivação do recadastramento), é possível detectar o falecimento dos pensionistas e, de conseqüente, os depósitos são bloqueados. Assim, por exemplo, como sói acontecer quando o óbito da pensionista ocorre logo após o seu recadastramento, a descoberta da morte tem sido conhecida somente 12 (doze) meses depois, quando de um novo cadastro, o que implica em sucessivos depósitos em erro pela Administração Militar, na conta-corrente, durante o referido período.

Registre-se, entretanto, por oportuno, que pesquisa feita pelo Centro de Produção, Análise, Divulgação e Segurança da Informação do Ministério Público Militar (CPADSI/MPM/RJ), realizada no período compreendido entre os anos de 2005-2007, envolvendo os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo (1º CJM), constatou um prejuízo no valor de R\$ 14.857.554,55 (quatorze milhões oitocentos e cinquenta e sete mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e cinquenta e cinco centavos), decorrentes de saques irregulares em contas de pensionistas.

Outro ponto digno de preocupação diz respeito à estatística feita durante o citado período (2005/2007). Dos diversos IPM's instaurados e distribuídos ao 3º Ofício/RJ, somente cerca de 50% tiveram autoria identificada. Observa-se que os saques, quase em sua totalidade, ocorrem em banco 24 horas, cujas imagens dos sacadores, quando existentes, são destruídas em cumprimento à normatização interna dos bancos, no prazo máximo de 3 meses após os saques. Esse procedimento inviabiliza a identificação das operações bancárias mencionadas feitas em terminais 24 horas, quando não solicitadas às referidas agências dentro do lapso temporal aludido.

Desse modo, quando o óbito da pensionista chega ao conhecimento da administração militar, esta, de plano, tem cancelado os futuros depósitos agendados e, dessa forma, quando o autor dos saques retorna ao banco 24 horas, não mais constata o depósito mensal. Destarte, logo percebe que a trama foi descoberta e não mais insiste em posteriores retiradas. Assim, quando é chamado

para prestar depoimento em IPM, nega peremptoriamente a autoria da citada operação bancária e, nesse aspecto, é beneficiado, na maioria das vezes, pela ausência de provas, pois as aludidas imagens dos caixas eletrônicos já não mais perduram, pelo transcurso decorrido do tempo mencionado (obs: o período compreendido entre a descoberta do óbito da pensionista, a instauração do IPM e o início de diligências tem ultrapassado três meses).

Em vista disso, vale como sugestão para as diversas Administrações Militares (Marinha, Exército e Aeronáutica) o não cancelamento dos depósitos de pensões tão logo cientificadas do óbito das pensionistas. Vale esperar novas investidas dos sacadores, por um ou dois meses, para que seja efetivado o bloqueio de pagamentos, tempo necessário para obtenção junto aos bancos das filmagens dos caixas 24 horas. Cuida-se de meio de prova eficaz e seguro para identificação de autoria de crimes desse naipe. Com efeito, caso não haja confissão do autor do fato, bem como movimentações bancárias que identifiquem o operador (transferências, emissão de cheques e outros), como é costumeiro acontecer nas análises feitas a partir de registro de quebra de sigilos bancários, os IPM's e processos instaurados sucumbem, resultando em inúmeros arquivamentos e absolvições, respectivamente, por insuficiência de provas.

Feitas as considerações iniciais e necessárias supra, trago à discussão uma tendência, referente a um fato concreto ocorrido, a qual precisa ser analisada e enfrentada no meio jurídico castrense.

Minha reflexão sobre o assunto surgiu por ocasião de vista de um processo, para apresentação de alegações escritas. O evento em tela tratava de um acusado, civil, aposentado, contando 74 anos de idade, que fora denunciado pela prática do delito de estelionato, em razão de ter efetuado saques bancários na conta da sua falecida genitora, após a morte desta.

Em seu interrogatório, o réu confessou a conduta praticada, ressaltando, contudo, que os saques foram efetuados para quitar gastos remanescentes da morte de sua mãe. Na oportunidade, apresentou documentação demonstrando ter ressarcido à Administração Naval, com juros e correção, valores por ele retirados. Não houve testemunhas nem diligências nesses autos. Passou-se do interrogatório diretamente para as alegações escritas.

O episódio em enfoque, por envolver agente que, além de confessar o delito praticado, ressarciu o prejuízo provocado, fato que raramente acontece em

casos dessa natureza, não pode ser analisado consoante a letra fria da lei, vale dizer, sob o restrito ângulo da tipicidade – ou seja, se o fato é típico e não há excludente, aplica-se a sanção descrita na lei.

Temos que situações com essas características demandam interpretações sistemáticas com outros institutos penais mais modernos, uma vez que, embora lesionado “temporariamente” o bem jurídico tutelado (patrimônio), foi ele recomposto antes de sentença judicial.

Vale pois trazer à colação, como exemplo, a evolução legislativa atinente aos crimes contra a ordem tributária, no particular aspecto referente ao pagamento integral da dívida.

Inicialmente, a Lei 8137/90, em seu artigo 14, estabelecia a extinção da punibilidade, nos crimes contra ordem tributária, caso o pagamento do débito ocorresse antes do recebimento da ação penal. Tal dispositivo foi revogado pelo artigo 98 da Lei 8383/91.

Ocorre que lei posterior, editada em 1995, voltou a admitir extinção da punibilidade nos referidos crimes (art. 34 da Lei 9249/95).

Visando adaptar a citada lei de crimes contra ordem tributária à realidade social, o legislador, mais uma vez, utilizando-se de estratégia de política criminal, alterou redação da lei anterior, extinguindo a punibilidade do autor de crimes contra a ordem tributária, nos casos de pagamento integral do débito, mesmo depois do recebimento da denúncia (art. 9º, § 2º da Lei 10.684/03).

Decorrente da alteração da legislação supra e, a meu sentir, com inteira propriedade, exsurtem, na doutrina e jurisprudência, importantes correntes, ainda minoritárias, estendendo aplicação da extinção da punibilidade decorrente da reparação do dano pelo autor do fato a outras espécies de delito, notadamente aos patrimoniais (sem violência).

É bem verdade que o nosso Código Penal Militar não olvidou da questão quando, em seu artigo 240, § 2º, registrou hipóteses de substituição, diminuição de pena e, até mesmo, absolvição (ao considerar infração como disciplinar), quando o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal. De observar-se que aqui (§ 2º) não se leva em conta o valor da coisa, tal qual referido no §

1º do susomencionado artigo. O benefício abarca o estelionato por força do artigo 253 do CPM.

Penso que tal dispositivo, tal como ocorrido com a supracitada lei de crimes contra ordem tributária, está a merecer uma releitura, de forma a alcançar aqueles que restituem a coisa ou reparam o dano, mesmo depois de recebida a denúncia (durante o processo).

De fato, caso não seja aplicada tal benesse ao autor do fato, depois de iniciada a instrução criminal, rui por terra a *mens legis* principal, qual seja, a de fomentar a reparação do dano causado pelo réu.

Pontue-se que, de forma espontânea, dita reparação só se torna viável quando o autor do delito vislumbra, no fim do túnel, uma luz que lhe permita mudar o curso de seu caminho delituoso para uma saída honrosa (uma espécie de “ponte de ouro” de Von List). Do contrário, vale a indagação: qual seria a vantagem da confissão do delito e da restituição da coisa caso o autor do fato saiba, de antemão, que será apenado nos mesmos moldes daquele que não confessou o crime e ainda se apoderou do dinheiro retirado.

Digno de reflexão, pelo seu brilhantismo, é o seguinte trecho, constante do Recurso em Sentido Estrito, n.º 70021561105, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ora, se aquele que comete um crime contra o Tesouro Nacional, mediante sonegação de impostos, cuja conseqüência é de extrema gravidade, pois são valores que reverteriam em investimentos na saúde, segurança e educação, para não falar em outros serviços públicos essenciais, acarretando a perda de vidas humanas pela deficiência desses serviços, é contemplado com a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito, mesmo depois de recebida a denúncia, por quê não estender o benefício ao criminoso comum que comete um delito contra o patrimônio, sem violência ou grave ameaça à pessoa, e repara o prejuízo antes da sentença?

Destarte, a meu sentir, casos análogos a esse reclamam a aplicação do princípio da necessidade, um subprincípio da proporcionalidade. Consoante o princípio da necessidade, deve-se escolher os meios menos gravosos para

a consecução de um resultado. No caso vertente, o processo penal militar iniciado em face do réu foi suficiente para recomposição do patrimônio da Administração Militar. O prejuízo foi ressarcido com juros e correções. Assim, impõem-se as seguintes indagações: por que condenar o réu se o bem jurídico (patrimônio) foi inteiramente recomposto? Não seria desproporcional tal inflação de pena?

Gize-se que tanto a doutrina brasileira como a estrangeira vêm subdividindo, no seu sentido mais amplo, o princípio da proporcionalidade, também conhecido como razoabilidade, em princípio da adequação (aptidão que certo meio deve possuir para alcançar o fim legítimo) e princípio da necessidade (escolha do meio menos gravoso para alcançar o resultado objetivado).

Essa nos parece, salvo melhor interpretação, ter sido a intenção do legislador penal militar quando contemplou, na maior parte dos tipos penais (à exceção do crime de receptação), cujo bem jurídico tutelado é o “Patrimônio”, o disposto já citado no art. 240, § 1º e 2º e art. 253, todos do Código Penal Militar, verbis:

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

Furto atenuado

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, **o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar.** Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país. (grifei)

§ 2º A atenuação do parágrafo anterior é igualmente aplicável no caso em que o criminoso, sendo primário, restitui a coisa ao seu dono ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal. (grifei)

Art. 253. Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240.

Ora, considerar infração como disciplinar significa absolver o réu (parágrafo 1º). Já a atenuação registrada no parágrafo 2º deve também ser entendida em amplo sentido, abarcando as expressões substituição de pena, diminuição ou consideração do fato como sendo infração disciplinar (o que implica em absolvição).

Com o exposto, lanço o tema em comento para novas discussões, notadamente quanto à possibilidade de aplicação do princípio da necessidade aos fatos similares com a questão *sub examine*, concernente ao sobredito processo.

1. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Diário Oficial [da República Federativa do Brasil] de 5 outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 9 jan 2009.

BRASIL. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del1001.htm>. Acesso em: 10 jan 2009.

BRASIL. Lei no 8.383, de 30 de dezembro de 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18383.htm. Acesso em 10 jan 2009.

BRASIL. Lei nº 9249 de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 27 de dezembro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9249.htm. Acesso em 08 de jan 2009.

BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 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. Diário Oficial da União de 31 de maio de 2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.684.htm. Acesso em 08 jan 2009.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 28 de dezembro 1990. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm>. Acesso em 08 jan 2009.

BRASIL. Lei nº 8132 , de 26 de dezembro de 1990. Altera a redação dos artigos 2, 5, 6, 8, 13 e 28, revoga o artigo 14, da lei 6.729, de 28 de novembro de 1979, e da outras providências. Diário Oficial da União de 27 de dezembro de 1990. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=112009>>. Acesso em: 7 jan 2009.

FEITOZA PACHECO, Denilson. In: Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006.

GORRILHAS, Luciano Moreira. Saques bancários em conta-corrente de ex-pensionistas das Forças Armadas e sua tipicidade. *Revista da associação das justiças militares estaduais (AMAJME: direito militar*. Santa Catarina. n. 59, p. 31-34, Maio/Jun. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito nº 700021561105. Relator Aramis Nassif, Rio Grande do Sul, 09 de janeiro de 2008. Publicado no Diário de Justiça 05 de março de 2008.

rogadicção e Forças Armadas

Hevelize Jourdan Covas Pereira
Procuradora de Justiça Militar

O tema central que proponho é fundamentalmente o resultado de 15 anos de experiência nessa área de Dependência Química. Em outras palavras: o desenvolvimento da minha ideia provém de um enfoque supra-legal, que vai da prática à teoria e requer adaptação a qualquer contexto social, pois nosso campo de trabalho se acha inevitavelmente matizado pelos modelos culturais e comportamentais das Forças Armadas.

No entanto, a estrutura básica é similar e, por isso, são aqui encontrados conceitos que podem ser utilizados para todos os profissionais que estejam trabalhando, quer na área de prevenção, ou repressão, quer na área do tratamento da drogadicção, ou seja terapêutica.

Do nosso ponto de vista, ainda sob uma perspectiva supra-legal, a questão da droga tem inexoravelmente uma diretriz repressiva em função dos efeitos que atentam contra bens jurídicos penalmente tutelados pelo Estado.

Ocorre que, em dado momento a problemática do tema, mesmo diante dos contornos específicos da vida militar, escapa a uma análise meramente legalista, para o aprofundamento de uma visão capaz de lidar com uma doença, que não encontrou limites dos muros da caserna, e de todo aparato que assegura a efetividade da ordem administrativa militar e de seus integrantes.

E o que fazer? É a pergunta. Como controlar e restringir a entrada de drogadicções nas Forças Armadas?

Será que o rigor da lei penal militar direcionado ao dependente químico representaria a real solução para esta doença devastadora?

Tal indagação não passa apenas por uma mera construção dialética de aplicar-se ou não a nova lei à Justiça Militar, vale dizer, o princípio da insignificância, as penas alternativas e demais medidas substitutivas que impeçam o encarceramento do usuário ou adicto.

Este é um postulado muito relevante para o início de nossa reflexão, porque de fato a questão transcende ao direito repressivo, buscando uma abordagem multidisciplinar (sociológica, psicanalítica e médica) sem a qual a ciência jurídico-penal não pode prescindir.

Os conceitos teóricos que vamos expor se acham estribados, essencialmente, no trabalho clínico, com a chamada família nuclear, volto a dizer, de uma perspectiva que vai da prática à teoria.

Esse tipo de família, pilar da civilização judaico-cristã é que tem produzido uma forma de sentir e agir tão angustiante capaz de conduzir à adicção.

Deparamos com uma problemática sócio-familiar de pleno abandono, cujo o viés muitas vezes é a única e heróica chance do serviço militar.

Esses são alguns dos recrutas “pinçados”, selecionados e distribuídos às organizações militares.

Passam, dessa forma, a compor o universo militar. Mas quem são eles?

Não se desconhece que esses grupos humanos quase sempre encontram substitutivos parentais noutras pessoas do mundo suburbano, ou probleaciones cayampas, como dizem os chilenos, ou favelas como dizem os brasileiros, ou rancheríos como dizem os venezuelanos, ou villas miseria como dizem os argentinos e assim por diante.

Encontram, portanto, elementos que substituem a família e não constituem, ao nosso modo de ver, nenhum impedimento para a compreensão do adicto e de sua demanda afetiva. Noutras palavras, embora se desenvolvam noutros moldes familiares e com outros tipos de liderança, apresentam os mesmos fenômenos estruturais. Cabe reiterar: só mudam os personagens, os cenários e, até há pouco tempo, o tipo de droga. Atualmente, com a crescente inter-relação entre a delinquência e a drogadicção, as drogas atribuídas às mais altas classes sociais se difundiram por todos os níveis sociais.

Assim, esse abandono do jovem advindo de uma família desestruturada sem a figura simbólica do pai capaz de encarnar as regras e “a lei” e o afeto da mãe, ao mesmo tempo delimitador de conduta, resvalam num “pacto criminoso” e colaborador da identidade do drogadicto.

Este filho está destinado a não ser, a não ter uma identidade própria, vive sempre necessitando de estima de fontes externas. Daí a sucumbência ao tráfico, ao crime organizado ao “falso” poder das facções.

Enquanto militares realizam uma construção simbólica desse poder, como parte integrante capaz de auxiliar os agentes externos, se infiltrando nas forças armadas como “ponte” para o ingresso no mundo do crime, tornando-as um “alvo” não tão mais sensível aos ataques para obtenção de armamentos e munições.

Consequentemente, agora pensamos num sistema em que: todos tenham a ver com todos, onde não seja possível não haver interação, onde não observemos o efeito das condutas.

É certo que, ao se licenciar um militar adicto das fileiras a bem da disciplina, sem lhe dispensar um tratamento médico mínimo, não estamos extirpando o problema, pois lá na sua comunidade marginal e suburbana, ele se tornará um “campo fértil” de retaliações, tamanha a sua desestrutura. O retorno virá de alguma forma e a qualquer momento.

É curial, que enfoquemos a interação de todos os membros do sistema, com um modelo prospectivo, capaz de privilegiar o objeto maior, não de uma causalidade linear atrelada apenas a profilaxia e repressão pontuais, mas a uma causalidade circular, da qual devemos estar atentos como toda a sociedade.

Equivale dizer, que neste modelo de patologia, não há vítimas sem algozes, e como todo jogo iterativo está a habilidade do observador, seja ele integrante da administração militar, ou agente do direito.

Isto engloba o próprio processo de seleção, que deve ter um critério mais rigoroso, ou melhor dizendo, mais atento aos traços comportamentais.

E aqui cabe a observação terapêutica de que há um comportamento pré-adicto, sinalizador de um desvio capaz de antever a doença evitando um contágio maior que implique na vulnerabilidade das Forças Armadas no que concerne ao seu efetivo.

Há diversos caminhos nesse sentido, pois como dizia Lacan “ninguém é original em sua patologia”. De certo modo é válido dizer que nossa intervenção tem uma finalidade democratizante – cada um deve assumir a responsabilidade que lhe cabe – porque, de fato, constitui uma luta contra os modelos familiares e subjetivos.

Resta, assim uma habilidade de comando, de conduzir o problema, de eleger o melhor caminho no enfrentamento de patologias graves que muitas vezes resvalam em tragédias envolvendo soldados adictos já capturados pelo crime organizado e destruídos pela pulsão de morte.

Quando falo em habilidade de comando não deixaria também de incluir a sensibilidade do agente em observar cada caso concreto, a história de cada indivíduo que por força do destino veio integrar o universo militar.

Com efeito, todas as teorias têm seus limites, a psicanálise não é exceção mas a valorização realista da psicanálise nesse tema é algo que jamais poderá ser descartado.

Sempre digo, que em certo momento ao me deparar com um réu na posição de Promotora, e agora, recentemente, Procuradora, percebo o limite das ferramentas jurídicas para a real e justa solução de um caso concreto em tema de Dependência Química no âmbito do aquartelamento.

A experiência cotidiana mostra-nos que surgem adictos de determinado grupo familiar e não de outro, o que significa nenhuma acusação ética-moral, mas apenas que há determinadas circunstâncias da vida que são facilitadoras e indutoras do consumo de drogas.

Independente do fato de estarmos assistindo a uma epidemia mundial, nem todos os seres humanos se tornam drogadictos. Mas crescem estes em número, dia a dia, conforme posso constatar em São Paulo com usuários de crack que circulam os muros da Procuradoria e da grande cidade não mais limitada à “cracolândia”.

Nesse passo, as Forças Armadas não poderiam estar imunes a essa realidade psicossocial que demanda um enfoque integrado onde o papel do médico é de grande importância, porque sendo um agente de saúde, além das tarefas inerentes a seu campo de trabalho, deve colaborar nas tarefas de prevenção primária, objeto imediato de todas as campanhas de luta contra esse mal.

Prevenção muito além da pena! É o único caminho capaz de extirpar os malefícios advindos da drogadicção. Pois, o dependente químico seja ele militar ou civil precisa é de tratamento.

Tão dramática é essa concepção que, a título de ilustração destaco um fator real: a maior parte dos países do mundo não fazem praticamente nada frente ao narcotráfico e à drogadicção, assim como tampouco a maior parte das famílias não interessa fazer pelos que consideram os “algozes”.

Há um espécie de “grande pacto”, para deixá-los morrer, na maior parte, porque, caso contrário, teriam de fazer enormes esforços – leia-se – modificações sócio-familiares - para recuperá-los, e acabam preferindo aceitar sua irrecuperabilidade como destino trágico.

Penso, e acredito finalmente, que as Forças Armadas, a Justiça Militar Federal, Ministério Público Militar Federal e a Defensoria Pública da União não podem fazer parte desse “pacto” tão perverso e indiferente a uma realidade de todos aqueles que, de uma forma ou de outra, estejam envolvidos com o tema.



Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais
dos Ministérios Públicos dos Estados e da União
Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial

Manual Nacional
do CONTROLE EXTERNO da
ATIVIDADE POLICIAL



Goiânia
Ministério Público do Estado de Goiás
2009



**Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos
Ministérios Públicos dos Estados e da União**

Presidente:

Leonardo Azeredo Bandarra - Procurador-Geral de Justiça do DF e Territórios

Secretária do CNPG:

Sônia Eliana Radim - Promotora de Justiça do Rio Grande do Sul

**Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da
Atividade Policial do CNPG**

Membros:

Adriano Alves Marreiros - Promotor de Justiça Militar

Alice de Almeida Freire - Promotora de Justiça de Goiás

Celso Leardini - Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios - Coordenador

Isabel Adelaide de Andrade Moura - Promotora de Justiça da Bahia

Paulo Wunder de Alencar - Promotor de Justiça do Rio de Janeiro

Nilson de Oliveira Rodrigues Filho - Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul

Wendel Beethoven Ribeiro Agra - Promotor de Justiça do Rio Grande do Norte

Coordenação do Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial:

Alice de Almeida Freire - Promotora de Justiça

Diretora da Escola Superior do MP-GO

Manual de Controle Externo da Atividade Policial / coordenado por Alice de Almeida Freire. - Goiânia: MP, 2009.
108p.

1. Ministério Público - Brasil - atribuições - 2. Controle Externo - polícia - Brasil I.

CDU 343.85 (81)

Ficha catalográfica: Tânia Gonzaga Gouveia - CRB 1842

Tiragem: 1ª edição: 600 exemplares

Ministério Público do Estado de Goiás

Procurador-Geral de Justiça - Eduardo Abdon Moura

Arte e Diagramação: Escola Superior do MP-GO (ESMP-GO)

Foto Capa: João Sérgio Soares de Araújo - Fotógrafo - MP-GO

Impressão: Gráfica Renascer

Revisão ortográfica: Mirela Adriele da Silva

Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais

Presidente:

Leonardo Azeredo Bandarra

Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Composição:

Roberto Monteiro Gurgel Santos

Procurador-Geral da República

Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz

Procuradora-Geral de Justiça Militar

Otávio Brito Lopes

Procurador-Geral do Trabalho

Edmar Azevedo Monteiro Filho

Procurador-Geral de Justiça do Estado do Acre

Eduardo Tavares Mendes

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Alagoas

Iaci Pelaes dos Reis

Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amapá

Otávio de Souza Gomes

Procurador-Geral de Justiça do Estado do Amazonas

Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto

Procurador-Geral de Justiça do Estado da Bahia

Maria do Perpétuo Socorro França Pinto

Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Ceará

Fernando Zardini Antônio

Procurador-Geral de Justiça do Espírito Santo

Eduardo Abdon Moura

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Goiás

Maria de Fátima Rodrigues Tavassos Cordeiro

Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Maranhão

Marcelo Ferra de Carvalho

Procurador-Geral de Justiça do Estado do Mato Grosso

Miguel Vieira da Silva

Procurador-Geral de Justiça do Estado Mato Grosso do Sul

Alceu José Torres Marques

Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais

Geraldo de Mendonça Rocha

Procurador-Geral de Justiça do Estado do Pará

Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais**Composição:**

Janete Maria Ismael da Costa Macedo
Procuradora-Geral de Justiça do Estado da Paraíba

Olympio de Sá Sotto Maior Neto
Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná

Paulo Bartolomeu Rodrigues Varejão
Procurador-Geral de Justiça do Estado do Pernambuco

Augusto César de Andrade
Procurador-Geral de Justiça do Estado do Piauí

Cláudio Soares Lopes
Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Manuel Onofre de Souza Neto
Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte

Simone Mariano da Rocha
Procuradora-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Ivanildo de Oliveira
Procurador-Geral de Justiça do Estado de Rondônia

Cleonice Andrigo Vieira
Procurador-Geral de Justiça do Estado de Roraima

Gercino Gerson Gomes Neto
Procurador-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina

Fernando Grella Vieira
Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo

Maria Cristina da Gama e Silva Foz Mendonça
Procuradora-Geral de Justiça do Estado de Sergipe

Clenan Renault de Melo Pereira
Procurador-Geral de Justiça do Estado do Tocantins

Conselho Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial**Composição:**

Adriano Alves Marreiros
Promotor de Justiça Militar

Alice de Almeida Freire
Promotora de Justiça de Goiás

Celso Leardini
Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Isabel Adelaide de Andrade Moura
Promotora de Justiça da Bahia

Paulo Wunder de Alencar
Promotor de Justiça do Rio de Janeiro

Nilson de Oliveira Rodrigues Filho
Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul

Wendel Beethoven Ribeiro Agra
Promotor de Justiça do Rio Grande do Norte

**1ª Comissão Preparatória da Efetivação do
Controle Externo da Atividade Policial**

Composição:

Alice de Almeida Freire
Promotora de Justiça de Goiás

Celso Leardini
Promotor de Justiça do Distrito Federal e Territórios

Isabel Adelaide de Andrade Moura
Promotora de Justiça da Bahia

Victor Hugo Palmeiro de Azevedo Neto
Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul

Wendel Beethoven Ribeiro Agra
Promotor de Justiça do Rio Grande do Norte

SUMÁRIO

Prefácio	287
Apresentação	289
Capítulo I - Plano Executivo de Atividades e Estratégias de Ação do Controle Externo da Atividade Policial	290
Capítulo II - O Controle Externo da Atividade Policial	305
2.1 Dever de memória	307
2.2 Aspectos Legais	312
Capítulo III - O Ministério Público na Defesa da Ordem Jurídica	318
3.1 A importância do controle externo da atividade policial para a garantia dos direitos fundamentais e a normalidade do Estado de Direito	318
3.2 A titularidade exclusiva da ação penal pública e o seu reflexo no controle externo da atividade policial	320
3.3 Comentários à Resolução n. 20, do Conselho Nacional do Ministério Público	322
3.4 O Ministério Público como articulador das políticas públicas: tutela difusa da segurança pública	323
Capítulo IV - Instrumentos do Controle Externo da Atividade Policial	326
4.1 O poder de investigação do Ministério Público	326
4.2 Procedimento de Investigação Criminal	332
4.3 As requisições ministeriais	336
4.4 A tramitação direta do inquérito policial entre a Polícia e o Ministério Público	344
4.5 O Ministério Público e a titularidade privativa dos procedimentos cautelares	347
4.6 Ações por ato de improbidade administrativa decorrentes da prática de crimes por policiais	348
Capítulo V - Controle da Polícia Judiciária Militar: Nuances específicas do Controle Externo da Atividade Policial Judiciária Militar	360
Capítulo VI - Fluxograma: Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público Brasileiro	372
Anexo - Carta de Brasília	374

Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial

**Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos
Ministérios Públicos dos Estados e da União**
Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial

PREFÁCIO

No Estado Democrático de Direito o poder é limitado por meio de um complexo sistema de controle de uma instituição por outra, de tal modo que nenhuma delas o exerça de forma concentrada e, deste modo, coloque em risco os interesses da coletividade.

Nesse panorama, a Constituição de 1988 atribuiu ao Ministério Público, dentre outras funções institucionais, o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), na forma da lei complementar respectiva. Por muito tempo a incumbência constitucional permaneceu carente de meios concretos de efetivação, dependente da construção de um pensamento uniforme, de âmbito nacional, firmado em princípios coesos, a fim de evitar a disparidade de regulamentos isolados ou ações desconexas, de baixa eficácia.

Atento a tal realidade, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União - CNPG - criou um grupo de trabalho para o estudo e adequação dos procedimentos destinados ao controle da atividade policial, pautado pelo objetivo de integração entre as funções do Ministério Público e das Polícias, a prevenção e correção de irregularidades, o aperfeiçoamento e celeridade da persecução penal e o estrito respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

O trabalho do grupo produziu um plano nacional de atuação, com diretrizes gerais a serem observadas pelo Ministério Público brasileiro no exercício do controle externo da atividade policial. Todavia, a efetividade da atividade continua dependente de iniciativas de cada órgão da Instituição.

O presente manual, fruto das reflexões do CNPG, coerente com os objetivos estabelecidos e com a disciplina jurídica da matéria, busca apresentar procedimentos e temas que, incorporados à prática diária, contribuirão para a atuação segura e uniforme dos membros responsáveis pelo exercício do controle externo da atividade policial, sempre com atenção ao caráter legal, cooperativo e construtivo que deve nortear as relações com as instituições policiais.

Leonardo Azeredo Bandarra

Presidente do CNPG

APRESENTAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consolidou os direitos sociais no Brasil e conferiu ao Ministério Público um importante papel na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Na defesa dos interesses primordiais da sociedade, o Ministério Público deixou de ser custos legis para assumir o papel constitucional de custos societatis (guardião da sociedade) e de custos juris.

Contudo, passados vinte anos da edição do texto constitucional vigente, não se pode negar que muitas garantias fundamentais ainda carecem de efetivação.

Nesse contexto enquadra-se o controle externo da atividade policial atribuído ao Ministério Público por previsão expressa no artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal.

Assim, visando alcançar a efetividade dessa importante atribuição constitucional, o CNPG instituiu, como um de seus grupos permanentes de trabalho, o Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial, com o propósito de indicar ações aptas a uma atuação sistemática e eficiente.

Os indicados para compor o referido grupo reuniram-se ordinariamente durante quase um ano, desincumbindo-se da missão de estabelecer as estratégias de ação necessárias à efetivação do controle externo da atividade policial no âmbito do Ministério Público brasileiro. As conclusões a que chegaram estão consolidadas no presente manual.

1. PLANO EXECUTIVO DE ATIVIDADES E ESTRATÉGIAS DE AÇÃO DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Após sucessivas reuniões de trabalho, o Grupo Nacional de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial elaborou um plano executivo de atividades e estratégias de ação, aprovado pelo CNPG, com o seguinte teor:

1.1. Identificação do projeto

Estratégias para a efetivação do controle externo da atividade policial pelos Ministérios Públicos dos Estados e da União.

1.2. Apresentação

A ordem constitucional vigente conferiu ao Ministério Público, no plano da organização estatal, funções institucionais de considerável relevância. Entre essas atribuições está o controle externo da atividade policial, conforme previsão do art. 129, inciso VII, da Constituição de 1988.

Preocupado com a efetividade dessa atribuição constitucional, o CNPG instituiu uma comissão provisória para a elaboração de estudos que viabilizem a efetivação do controle externo da atividade policial no âmbito do Ministério Público brasileiro.

Ainda, os membros do Ministério Público presentes ao Simpósio Sociedade Civil e Fiscalização da Violência Policial, ocorrido de 18 a 20 de junho de 2008, em Brasília-DF, aprovaram enunciados que sintetizam diretrizes a serem observadas pelos Ministérios Públicos, instituições policiais e sociedade civil, acerca da atividade policial.

Nesse diapasão, compete ao Ministério Público buscar meios que visem à garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, particularmente dos preceitos relativos à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

Considerando que a atividade policial é essencial à promoção da segurança pública e, portanto, à efetivação dos direitos fundamentais, esta deve pautar-se na eficiência e no respeito aos cidadãos.

Como a atividade policial pode incorrer em excessos por fazer uso da força em nome do Estado, exige, dessa forma, mecanismos de controle externo para repressão aos eventuais desvios de conduta dos policiais, combate à impunidade e bloqueio das interferências na atividade correcional.

As polícias civil e militar devem agir com transparência, prestar contas de seus atos à sociedade e prevenir os abusos. Por outro lado, o cidadão tem o direito de questionar a legalidade e a legitimidade da conduta policial, bem como de receber uma pronta resposta sobre as providências adotadas para a apuração dos fatos e a eventual sanção aplicada ao policial violador das normas que regem sua atuação.

Outrossim, a fiscalização das abordagens policiais deve ser intensificada considerando-se a inadmissibilidade da prisão para averiguação, ou seja, a limitação da liberdade de locomoção de uma pessoa sem ordem judicial, fora de situação flagrancial, notadamente por não estar portando documentos de identificação.

Quanto ao trabalho da polícia judiciária, que subsidia a propositura da ação penal, é recomendável que o Ministério Público acompanhe com especial atenção a instauração e tramitação dos procedimentos investigatórios, assim como a requisição de laudos técnicos e apreensão de objetos, principalmente quanto ao armazenamento e destino de armas, entorpecentes e outros produtos controlados, sendo-lhe facultado o livre acesso a todos os documentos elaborados no exercício das atribuições afetas à primeira fase da persecução penal.

De igual forma, as instituições envolvidas na persecução penal devem estabelecer mecanismos para a tramitação direta dos inquéritos policiais e outros procedimentos investigatórios entre o Ministério Público e as instituições policiais, com supressão do envio sistemático às instâncias administrativas de correição ou comandos militares.

Faz-se necessária, portanto, a estruturação dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, visando conferir maior efetividade ao controle externo dos órgãos policiais e, conseqüentemente, o combate a eventuais ilícitos praticados pelos integrantes das polícias.

1.3 Objetivo do projeto

Implantar efetivamente o Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público brasileiro, por meio da obtenção de livre acesso às ocorrências registradas manualmente ou em sistemas eletrônicos, e informações alusivas às providências adotadas pela polícia judiciária, visando ao controle das investigações policiais.

1.4. Justificativas

1.4.1 Controle externo em geral

Compete ao Ministério Público, como titular da ação penal pública, zelar pela efetividade e eficácia da investigação de todos os crimes noticiados ao poder público e, com exclusividade, decidir pela propositura da ação penal, pelo arquivamento do inquérito policial e demais atos investigatórios ou pela requisição de diligências complementares (art. 129, I, CF/88).

Para o pleno exercício de sua atribuição constitucional, o Ministério Público deve ter acesso aos registros de ocorrências e demais documentos elaborados pelas instituições policiais, aos atos praticados no trabalho de investigação e aos resultados obtidos.

Em respeito ao princípio constitucional da eficiência, descrito no art. 37, caput, da CF/88, nos Estados em que as instituições policiais informatizaram o registro de ocorrências policiais, o Ministério Público necessita ter livre acesso aos sistemas de registro, às ferramentas de busca, aos recursos de impressão e aos mecanismos de consolidação estatística.

Por outro lado, um controle externo eficaz, permitirá o pleno conhecimento e valorização das instituições policiais, mediante a uniformização de procedimentos, análise e divulgação das práticas exitosas, convênios para treinamento de pessoal, adequação da carga horária e prevenção dos riscos inerentes à atividade policial.

O sucesso do controle externo da atividade policial depende do comprometimento das instituições envolvidas e da disposição das polícias em debaterem com a sociedade suas atividades, com posterior criação de mecanismos de controle do uso da força e das técnicas de investigação, que deverão

observar de modo irrestrito o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

1.4.2. Algumas características e problemas especiais decorrentes da atividade policial militar e policial judiciária militar

O controle externo da atividade policial militar e policial judiciária militar exige atenção para algumas características que são determinantes para a análise de ações específicas, sem prejuízo das de caráter geral:

I – Descentralização extrema por definição legal, dificultando o controle;

II – Falta de especialização ou formação específica dos encarregados de inquérito policial militar e titulares da polícia judiciária militar;

III – Alguns casos de corporativismo e resquícios de cultura de solução administrativa ou informal para crimes;

IV – Desconhecimento da atividade de polícia judiciária militar pelos próprios operadores do direito;

V – Desconhecimento pelo cidadão civil ou militar das formas de questionar e denunciar ilegalidades na conduta policial militar e policial judiciária militar e abusos policiais. Corrigir formas de abordagem, atuação e de lidar com a população;

VI – Existência de algumas diretrizes e determinações de comandos que impedem o envio direto, dificultam ou retardam a tramitação de inquérito policial militar, auto de prisão em flagrante, perícias e resultados de diligências;

VII – Descentralização das prisões;

VIII – Necessidade de acompanhamento da atuação das corregedorias, que devem ser dedicadas à investigação, e não meramente cartoriais, podendo, inclusive, passar a centralizar pessoal especializado de polícia judiciária militar;

IX – A questão do controle de armas e munições e sua fiscalização pelo Exército.

1.5. Escopo do projeto

Foram elaboradas estratégias de ações para a efetivação do controle externo da atividade policial no âmbito do Ministério Público brasileiro.

1.5.1 Ações

I – Controle das ocorrências policiais e de seus desdobramentos;

II – Profissionalização do relacionamento institucional;

III – Estudo estatístico da atividade desenvolvida pela polícia judiciária;

IV – Capacitação dos membros dos Ministérios Públicos;

V – Estruturação interna da atividade de controle externo da atividade policial;

VI – Acompanhamento legislativo;

VII – Implementação do projeto memória das ações judiciais e extrajudiciais de efetivação do controle externo da atividade policial no Brasil;

VIII – Criação e divulgação dos canais institucionais voltados ao recebimento de reclamações relacionadas com a atividade policial.

1.5.2 Detalhamento das ações

1.5.2.1 Ações de controle externo em geral

I - Controle das ocorrências policiais e de seus desdobramentos

Nas localidades onde o registro das ocorrências policiais ainda não foi informatizado, os membros do Ministério Público buscarão acompanhar as

notícias-crime mensalmente e, concomitantemente, realizar, para fins de consolidação estatística e comparação com os dados apresentados pelas instituições policiais, o levantamento dos seguintes dados :

a) número de ocorrências registradas;

b) número de ocorrências que originaram inquéritos policiais;

c) número de ocorrências que originaram termos circunstanciados de ocorrência;

d) número de ocorrências investigadas sem instauração de inquéritos policiais ou termos circunstanciados de ocorrências;

e) número de ocorrências não investigadas;

f) número de autos de prisão em flagrante lavrados;

g) número de autos de prisão em flagrante iniciados com a apresentação do autuado por policiais militares;

h) número de inquéritos policiais instaurados por portaria da autoridade policial;

i) número de inquéritos policiais em andamento;

j) número de inquéritos policiais em tramitação com prazo de encerramento excedido;

l) número de inquéritos policiais relatados/concluídos;

m) número de termos circunstanciados de ocorrência lavrados;

n) número de termos circunstanciados de ocorrência iniciados com a apresentação do autor do fato à autoridade policial pela polícia militar;

o) número de termos circunstanciados de ocorrência em andamento;

- p) número de laudos de exame cadavérico produzidos no mês e ocorrências a que se vinculam;
- q) número de laudos de exame de corpo de delito produzidos no mês e ocorrências a que se vinculam;
- r) número de mandados de prisão cumpridos;
- s) número de mandados de prisão aguardando cumprimento.

Nos locais em que os registros de ocorrência já foram informatizados, o Ministério Público celebrará convênios ou termos de cooperação com as instituições policiais ou secretarias responsáveis pela segurança pública, objetivando obter o acesso irrestrito às notícias-crime e seus desdobramentos.

Em havendo recusa ou resistência à liberação do acesso, os membros dos Ministérios Públicos instaurarão procedimento interno de controle externo da atividade policial e, de modo sistemático, requisitarão as cópias das ocorrências e a remessa dos demais dados necessários à efetividade do controle externo da atividade policial.

Para fins de fundamentação das requisições e análise, as ocorrências da polícia militar, os laudos do Instituto Médico Legal as perícias do Instituto de Criminalística serão utilizadas como fonte de informação e embasamento dos pedidos de instauração de inquéritos policiais e termos circunstanciados de ocorrência.

Em atenção às peculiaridades locais e possível deficiência de recursos materiais ou humanos, os planos gerais de atuação dos Ministérios Públicos ou outros atos da Administração Superior, fixarão os crimes cujas notícias deverão ser acompanhadas. Na fixação das prioridades serão consideradas as seguintes circunstâncias:

- a) os atos de investigação da polícia judiciária devem ser realizados no bojo de um procedimento policial previamente instaurado (inquérito policial ou termo circunstanciado de ocorrência);

- b) os pedidos de medidas cautelares formulados pelas autoridades policiais dependem da comprovação da efetiva instauração dos referidos procedimentos;

- c) em todos os casos de morte violenta, o inquérito policial deverá ser prontamente instaurado;

- d) na totalidade dos casos em que haja ofensa à integridade física da vítima, atendida a condição de procedibilidade, nos casos de ação penal privada ou pública condicionada à representação/ requisição, o inquérito policial ou termo circunstanciado de ocorrência deverá ser instaurado;

- e) os bens apreendidos devem estar vinculados a um inquérito policial ou termo circunstanciado de ocorrência, para que possam receber o destino legal;

- f) as comunicações ao SINARM/SIGMA, que digam respeito às armas de fogo apreendidas ou por outro modo vinculadas a um crime, devem conter menção ao número do procedimento de investigação instaurado.

Os Ministérios Públicos dos Estados e da União, com o propósito de uniformização da atividade, celebrarão convênios ou termos de cooperação objetivando a especialização e a centralização das apurações e dos dados alusivos à atividade de polícia judiciária militar.

O Ministério Público brasileiro criará programas padronizados e interligados de gerenciamento das informações obtidas no exercício do controle externo da atividade policial, objetivando produzir estatísticas que retratem a primeira fase da persecução penal e permitam à sociedade conhecer a realidade do trabalho policial em todas as suas vertentes.

II - Profissionalização do relacionamento interinstitucional

Os Ministérios Públicos dos Estados e da União, de modo rotineiro, realizarão levantamento dos dados e notícias relacionadas com a segurança pública, os confrontarão com as informações disponíveis em suas bases de dados e buscarão debatê-los com a sociedade civil, com as instituições policiais, com as forças armadas e com os demais poderes da República, em especial com a Secretaria Nacional de Segurança Pública - SENASP -, atuando como

interlocutores indispensáveis e protagonistas das políticas de segurança pública.

O diálogo interinstitucional, planejado, sistemático e profissional, terá por fim identificar as fragilidades, os pontos consensuais e as medidas de rápida implementação, que possam diminuir o tempo de tramitação dos inquéritos policiais e termos circunstanciados de ocorrência, aperfeiçoar a prova, viabilizar o deferimento/cumprimento das medidas cautelares e assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais de todos.

Os Ministérios Públicos dos Estados e da União atuarão com o propósito de integrar os organismos policiais e, sempre que possível, promoverão treinamento conjunto, além de colocarem seus quadros à disposição da capacitação de policiais, integrantes das forças armadas, técnicos e representantes da sociedade civil organizada.

Em havendo necessidade, serão elaborados programas de educação no âmbito da segurança pública, com distribuição de cartilhas e material de fácil compreensão para a comunidade.

Com o propósito de fortalecimento das instituições policiais, os Ministérios Públicos dos Estados e da União atuarão, de modo prioritário, nas ações penais em que o policial ou integrante das forças armadas, em razão de sua atividade, figurar como sujeito passivo (mediato ou imediato) do delito.

III - Estudo estatístico da atividade da polícia judiciária

Os Ministérios Públicos dos Estados e da União estudarão a metodologia e acompanharão a coleta mensal dos dados da atividade da polícia judiciária em todo o Brasil, para fins de análise da produtividade, conhecimento dos custos econômicos e planejamento das ações em sede de controle externo da atividade policial, particularmente quanto aos seguintes aspectos:

- a) número de ocorrências registradas nos Estados e no Distrito Federal;
- b) número de autos de prisão em flagrante lavrados;
- c) número autos de prisão em flagrante lavrados em decorrência da ação da polícia militar;

d) número de autos de prisão em flagrante lavrados em decorrência da ação da polícia civil;

e) número de inquéritos policiais instaurados mediante auto de prisão em flagrante delito;

f) número de inquéritos policiais instaurados mediante portaria ou requisição;

g) número de inquéritos policiais instaurados nos Estados e no Distrito Federal;

h) número de inquéritos policiais relatados/encerrados;

i) número de termos circunstanciados de ocorrências lavrados;

j) número de ocorrências criminais que não geraram inquéritos policiais ou termos circunstanciados de ocorrência;

l) mandados de prisão cumpridos;

m) mandados de prisão aguardando cumprimento;

n) efetivos das polícias civil e militar;

o) orçamento executado no quadrimestre e no ano.

Os sistemas de informática dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, em conformidade com o projeto de tecnologia da informação em gestação, serão compatibilizados para tabulação de tais dados, de modo a permitir uma padronização nacional.

IV - Capacitação de membros

Objetivando a capacitação de seus membros para o controle externo da atividade policial, os programas de treinamento e aperfeiçoamento intelectual dos Ministérios Públicos dos Estados e da União contemplarão a realização

de cursos de técnicas de investigação, de análise da informação e de negociação.

Por meio da troca permanente de conhecimento e publicações no endereço eletrônico do CNPG, os membros do Ministério Público Brasileiro serão informados das ações judiciais e extrajudiciais que produziram resultados satisfatórios, bem como dos obstáculos enfrentados no exercício da atividade.

Os Ministérios Públicos também produzirão material de apoio à atividade dos membros incumbidos do controle externo da atividade policial e contribuirão para a confecção do Manual Nacional de Controle Externo da Atividade Policial, que será elaborado sob supervisão do CNPG.

Com a finalidade de uniformizar as práticas de controle externo, o CNPG contribuirá com a organização de simpósios regionais ou nacionais que versem sobre o poder de investigação do Ministério Público e de controle externo da atividade policial.

Os Ministérios Públicos dos Estados, com o apoio do CNPG, organizarão, no ano de 2009, entre os meses de setembro e outubro, um simpósio ou congresso que servirá de referência para o tema e fixação do pensamento Ministerial.

O simpósio terá como temas centrais: tutela difusa da segurança pública; técnicas de análise de informações, negociação, investigação criminal e primeira fase da persecução penal.

Ao organizarem seus congressos, encontros e seminários, os Ministérios Públicos dos Estados e da União procurarão incluir os temas anteriormente mencionados em suas palestras e painéis.

V - Estruturação interna da atividade de controle externo da atividade policial

Os Ministérios Públicos dos Estados e da União, ao normatizarem a distribuição das atribuições do controle externo da atividade policial em Promotorias Criminais, Promotorias Especializadas, Núcleos ou Coordenações,

observarão a necessidade de fornecer-lhes recursos materiais e humanos, bem como condições para a preparação e o exercício do inquérito civil público e ação civil pública por todos os Ministérios Públicos do Brasil, por ato de improbidade administrativa, para as ações civis públicas para a defesa dos interesses difusos e coletivos ou individuais homogêneos vinculados à segurança pública e para a condução de investigações civis e criminais.

Em razão das peculiaridades do controle externo da atividade policial, os Ministérios Públicos dos Estados e da União adotarão providências que minimizem os riscos da personalização das ações judiciais e extrajudiciais.

VI - Acompanhamento legislativo

Os Ministérios Públicos dos Estados e da União, por meio da assessoria parlamentar do CNPG, identificarão e acompanharão os projetos de lei e de emendas à Constituição Federal que tramitam no Congresso Nacional, relacionados com os temas: investigação criminal, controle externo da atividade policial e investigações criminais no âmbito das forças armadas.

A assessoria parlamentar do CNPG produzirá relatórios e os encaminhará aos Ministérios Públicos dos Estados e da União, onde serão distribuídos aos membros vinculados ao controle externo da atividade policial.

Os membros dos Ministérios Públicos dos Estados e da União serão incentivados a analisarem e debaterem os projetos de lei e emendas constitucionais, sempre com o propósito de aperfeiçoamento dos textos legislativos e identificação de riscos às prerrogativas Institucionais.

A direção do CNPG indicará membros dos Ministérios Públicos dos Estados e da União para acompanhar, perante o Congresso Nacional, nos casos de maior relevância, a tramitação dos projetos de lei e emendas constitucionais que digam respeito ao controle externo da atividade policial e ao poder de investigação.

VII - Projeto memória do controle externo da atividade policial no Brasil

A documentação que guarde relação com os temas afetos ao controle externo da atividade policial será reunida, sistematizada e colocada à disposição

dos Ministérios Públicos dos Estados e da União no endereço eletrônico do CNPG.

Para que o acervo contemple os aspectos mais relevantes, os Ministérios Públicos dos Estados e da União selecionarão filmes, fotografias, gravações de áudio, livros, artigos, julgados, petições e peças que documentem a trajetória histórica da atividade de controle externo da atividade policial.

Os membros do Ministério Público que participaram ou acompanharam os trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, bem como aqueles que exercem funções institucionais na área, serão incentivados a produzirem artigos ou livros que retratem suas experiências e posicionamentos.

Na medida do possível, membros do Ministério Público serão entrevistados em seus locais de trabalho e incentivados a concederem entrevistas à imprensa, como forma de produzir registros do pensamento institucional.

A produção doutrinária e jurisprudencial, bem como as discussões contemporâneas sobre o tema, serão acompanhadas, documentadas e publicadas no site, observados os direitos autorais.

VIII - criação e divulgação dos canais institucionais voltados ao recebimento de reclamações relacionadas com a atividade policial

Os Ministérios Públicos dos Estados e da União manterão canais permanentes de comunicação com a sociedade, para os cidadãos civis e militares, facilitando o fluxo de informações e reclamações alusivas à atividade policial e policial judiciária militar, com divulgação constante, nas páginas da internet dos Ministérios Públicos e na mídia em geral, das principais atividades de controle externo da atividade policial, esclarecendo-as prévia, concomitante e posteriormente, inclusive explicitando os meios para a sociedade relatar a ocorrência de abusos, irregularidades e problemas em geral, tratando a atuação como institucional, sem personificação.

1.5.2.2 Ações de controle externo específicas do controle externo da atividade policial judiciária militar

Sem prejuízo das ações de controle externo em geral, no que couberem, há necessidade de algumas ações específicas no controle externo da atividade policial militar e policial judiciária militar:

I – Celebrar convênios ou termos de cooperação entre os Ministérios Públicos e instituições militares para participação dos Ministérios Públicos em cursos práticos e palestras sobre a atividade policial judiciária militar, na elaboração de currículos e acompanhamento da formação, treinamento e aperfeiçoamento dos militares, bem como para criação de órgãos centralizados de polícia judiciária militar, ou com aproveitamento das corregedorias de polícia para tal fim, sendo recomendável a existência de um corpo de oficiais bacharéis em direito e/ou com formação ou treinamento em investigação e com dedicação exclusiva às atividades de polícia judiciária militar;

II – Utilizar constantemente as requisições e a recomendação prevista na Lei Complementar n. 75 e Lei n. 8.625/93 e, quando necessário, instaurar inquéritos e propor ações civis públicas, principalmente para:

a) que todas as autoridades policiais judiciárias militares previstas no artigo 7º do Código Processual Penal Militar informem imediatamente a lavratura de auto de prisão em flagrante e, evidentemente, a prisão de qualquer pessoa, permitindo, assim, o controle externo;

b) que as punições disciplinares contenham narrativa do fato (não só do artigo violado), para permitirem a fiscalização, e que aquelas que estiverem descritas, de forma semelhante, tanto como transgressão quanto como crime devem ser investigadas por meio de inquérito policial militar ou com lavratura de auto de prisão em flagrante, sem prejuízo de medidas administrativas regulamentares, quando exigidas;

c) explicar detalhes sobre investigação envolvendo prazos, preservação de local de crime, perícias, testemunhas, direitos e garantias na investigação e outros aspectos complexos que podem ser úteis para orientar o procedimento do pessoal militar;

d) prevenir abusos e crimes em operações de grande porte ou mais ostensivas de polícia judiciária militar;

e) garantir a fiscalização rigorosa e eficiente de armas e munições, obter dados de produtos já cadastrados e com cadastro em andamento e garantir a eficiência e o atendimento correto a indivíduos e empresas que necessitam dos serviços de fiscalização de produtos controlados com observação de prazos razoáveis, fixados em normas, para concessões e indeferimentos e possibilidade de registro e resposta às reclamações, tudo isso sem prejuízo do sempre eficiente estabelecimento de convênios;

f) esclarecer a forma de tratamento, direitos e deveres dos presos militares (disciplinares, condenados e à disposição da justiça) e estabelecer os padrões mínimos para os estabelecimentos prisionais militares, e para obter a lista dos existentes a fim de planejar adequadamente as inspeções;

g) garantir a investigação, nos casos de crimes dolosos contra a vida praticado por militar em serviço contra civil, por inquérito policial militar, nos termos da Lei n. 9.299/96, pela polícia judiciária militar, com envio ao órgão especializado que tomará as providências para o reconhecimento da incompetência e remessa para o Júri.

III – Medidas para obtenção, pelos Ministérios Públicos, de dados atualizados das Corregedorias e outros órgãos com atuação disciplinar sobre procedimentos em andamento, relatório de informações e *notitias criminis*;

IV – Fiscalização e acompanhamento dos fatos apurados em sindicâncias e demais procedimentos administrativos das polícias e forças armadas como forma de prevenção de omissões na apuração de crimes.

1.5.3 Outras ações

- Integração dos Centros de Apoio do Controle Externo da Atividade Policial ou órgão com atribuições similares dos Ministérios Públicos, por meio da realização periódica de reuniões entre os respectivos coordenadores;

- Gestão dos Ministérios Públicos para a criação de delegacias especializadas na apuração de crimes comuns de maior potencial ofensivo (ex.: tortura e homicídio) cometidos por policiais no exercício da atividade policial;

- Gestão dos Ministérios Públicos para a criação de Vara Judiciária especializada com competência para o julgamento de crimes de maior potencial ofensivo cometidos por policiais no exercício da atividade policial, ressalvada a competência do Tribunal do Júri;

- Atuação do Ministério Público junto aos poderes do Estado objetivando a tramitação direta do inquérito policial entre as polícias e a Instituição;

- Estruturação de todos os Ministérios Públicos dos Estados e do Ministério Público da União para a propositura de ações civis públicas por atos de improbidade administrativa nos casos de crimes cometidos por policiais;

- Intensificação das ações voltadas ao controle da medida de afastamento dos policiais envolvidos na prática de crimes;

- Intensificação das ações para o controle da medida de afastamento dos policiais envolvidos na prática de crimes, por intermédio de relatórios periódicos fornecidos pelas instituições policiais.

1.6 Resultados esperados

- Adoção de modelo de atuação uniformizado de controle externo da atividade policial nos Ministérios Públicos;

- Fortalecimento da atribuição institucional e aperfeiçoamento das Polícias;

- Acesso a 100% dos registros de ocorrências policiais pelo Ministério Público.

2 - O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Compete ao Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, atuar judicialmente e extrajudicialmente na concretização das garantias e dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, notadamente quanto aos preceitos relativos à cidadania e à dignidade da pessoa humana.

Tendo em conta que a atividade policial é essencial à promoção da segurança pública e, portanto, à efetivação dos direitos fundamentais, cumpre ao

Ministério Público zelar para que ela se pautar pela eficiência e respeito aos cidadãos.

Nesse sentido, a Instituição deve atuar diuturnamente na implementação de mecanismos que previnam eventuais desvios e privilegiem uma atuação policial transparente, voltada ao atendimento dos interesses da sociedade, que tem direito a um serviço policial eficaz e atento à legalidade.

Importante salientar que a atividade de controle exercida pelo Ministério Público decorre do sistema de freios e contrapesos previsto pelo regime democrático. Esse controle não pressupõe subordinação ou hierarquia dos organismos policiais, conforme ensina o ilustre membro do Ministério Público do Rio de Janeiro, Emerson Garcia:

Por certo não guarda similitude com subordinação ou hierarquia. Os organismos policiais, quer sob o prisma de sua atividade de polícia administrativa, quer sob a ótica da atividade de polícia judiciária, não estão sujeitos ao poder disciplinar dos membros do Ministério Público. Estão, sim, sujeitos à efetiva fiscalização deste, o que é mero consectário dos múltiplos mecanismos de equilíbrio existentes e um Estado de Direito. Exercendo os órgãos policiais uma função administrativa e nitidamente auxiliar do Ministério Público, cabe a este exercer uma função correicional extraordinária, coexistindo com a atividade correicional ordinária, inerente à hierarquia administrativa e que é desempenhada pela própria administração.¹

Indubitavelmente, a Instituição não pode olvidar dessa importante atribuição que lhe foi outorgada constitucionalmente, sendo imprescindível, pois, a estruturação dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, visando conferir maior efetividade ao controle externo dos organismos policiais e, conseqüentemente, o melhor desempenho da atividade policial, quer judiciária-investigativa, quer preventiva-ostensiva, na manutenção da ordem e paz social.

¹ GARCIA, Emerson. *Ministério Público, organização, atribuições e regime jurídico*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008. p. 241.

2.1 Dever de memória

A Constituição Federal de 1988 atribuiu (artigo 129, inciso VII) ao Ministério Público o dever-poder² de exercer o controle externo da atividade policial. De fato, nenhuma das Constituições brasileiras anteriores havia atribuído, de forma explícita, essa função à Instituição. Parte da doutrina sustenta que esse controle externo tem como fundamento ser o Ministério Público o titular da ação penal pública:

A razão desse encargo está no fato de que o Ministério Público é um órgão imparcial, encarregado de promover a persecução penal em juízo, no exercício do jus puniendi do Estado; e o faz, ademais, com exclusividade em relação aos crimes de ação penal pública.³ Uma outra perspectiva, que se coaduna com a anterior, apresentada por Hugo Mazzilli é a de que tal controle trata-se de um: [...] sistema comum de freios e contrapesos [...], um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta dos elementos de convicção que se destinam a formar a opinio delicti fim último do inquérito policial.⁴

Com efeito, as duas perspectivas têm como base remota o Decreto-Lei 3.689, o Código de Processo Penal de 1941 - muito antes, portanto, da Constituição Federal de 1988 - que indicava o Ministério Público como o titular da ação penal pública, podendo determinar a abertura de inquérito policial, bem como solicitando diligências à autoridade policial, que não as podia recusar. Sob essa ótica, assim, nada de muito novo apresenta o art. 127 da Constituição Federal acerca do controle externo. Aliás, já no primeiro congresso do Ministério Público, realizado em São Paulo, entre 5 e 11 de dezembro de 1971, foram apresentadas propostas de reconhecimento do Ministério Públi-

² Tendo em vista a natureza administrativa do exercício do controle externo, utilizamos a expressão “dever-poder” talhada por Celso Antônio Bandeira de Mello, representando a submissão do poder ao dever tendo em vista o caráter finalístico da atividade administrativa.

³ PAES, Eduardo José Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 404-405.

co como fiscal da polícia judiciária e da execução penal⁵, fundamentando tal reconhecimento nas atribuições e prerrogativas outorgadas aos Promotores pelo Código de Processo Penal.

Anteriormente ao diploma processual, Roberto Lyra já se posicionava neste sentido e, em sua obra *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, afirma que

a eficiência e respeitabilidade do trabalho policial, que constitui a base da ação da justiça, interessa ao Ministério Público, como fiscal, também, das autoridades investigadoras, como órgão da ação penal, como responsável pela segurança, pela regularidade, pela justiça da repressão.⁶

Mais adiante, na mesma obra, citando o então Subprocurador-Geral do Distrito Federal Dr. Plácido Sá Carvalho, que relatou as teses do Ministério Público no Congresso do Direito Judiciário, Lyra referendou que:

A vigilância sobre os atos da polícia judiciária, com intervenção nos inquéritos, quando julgar necessária, cerca a investigação de garantias que sempre mereceram os mais decididos encômios.⁷

É importante ressaltar que desde a entrada em vigor do Código de Processo Penal até a Constituição Federal de 1988, ao menos duas outras constituições vigoraram, a de 1946 e a de 1967, sem considerar a Reforma de 1969, quase por si uma Constituição. E em nenhuma delas, mesmo na de 1946, que viveu em um período de relativa liberdade e democracia, entre o fim do Estado Novo e o início do Regime Militar, foi explicitada a função de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Diante dessa constatação, parece que a resposta para que tal atribuição tenha sido levada ao texto constitucional - sem embargo das hipóteses já apresentadas - encon-

⁵ Proposta apresentada por Hermínio A. Marques Porto. In: ANAIS DO I CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. V. I. São Paulo: Justitia, 1973.

⁶ LYRA, Roberto, *Teoria e Prática da Promotoria Pública*, Co-edição de Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1989. p. 121.

⁷ LYRA, Roberto, op.cit., p.127.

tra-se no contexto histórico-político em que se deu o processo Constituinte de 1988. Para tanto, nada melhor do que o depoimento de um dos ativos participantes daquele processo, Ibsen Pinheiro:

O segundo ponto foi o da vivência democrática que se seguiu ao fim do regime militar em 85 e a Constituição de 88. Alguém definiu lá que nós tínhamos escrito uma Constituição como quem dirige um automóvel olhando para o espelho retrovisor, porque nós cuidávamos do que tinha acontecido para que não se repetisse.⁸

O regime implantado no Brasil, após o movimento de março de 1964, envolveu a organização de um intrincado sistema de segurança e informação com vistas a combater o comunismo e a corrupção - as principais bandeiras do movimento militar⁹ - que envolvia a participação direta da polícia:

Tal sistema somente se consolidou entre 1969 e 1974, mais de cinco anos depois do golpe, e sua desmontagem se estenderia para além da volta do país à democracia política - com resquícios persistindo até hoje.¹⁰

Era esse panorama que os constituintes olhavam no retrovisor quando confiaram o controle externo da atividade policial ao Ministério Público.

Walter Paulo Sabella lembra o fato de ser a polícia um dos segmentos mais poderosos da administração pública, um organismo hipertrofiado, cuja absoluta independência na apuração de crimes equivale à negação do princípio segundo o qual o Ministério Público é dono da ação penal¹¹.

Parece ficar claro, portanto, que um dos elementos fundamentais no processo constituinte era o fortalecimento da democracia e a tentativa de criar

⁸ PINHEIRO, Ibsen. Depoimento concedido ao Memorial do Ministério Público do Rio Grande do Sul em 27 de maio de 2003. Disponível em www.mp.rs.gov.br/memorial.

⁹ FICO, Carlos. *Como eles agiam*. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2001, p. 28.

¹⁰ FICO, Carlos. Op. cit., p. 18.

¹¹ SABELLA, Walter Paulo. *Atividade Policial: controle externo pelo Ministério Público*. Justitia. São Paulo, 53 (154). abr/jun 1991, p. 10.

mecanismos que impedissem o retorno ao regime autoritário. É nesse marco que o controle externo da atividade policial assume fundamental relevo:

Com o advento da Constituição de 1988, houve uma grita por parte de algumas autoridades que não aceitavam (até porque desconheciam) o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Achavam que o Ministério Público queria ser a Corregedoria da Polícia. No Brasil, onde a polícia serviu durante muitos anos como braço direito da repressão política e como instrumento de opressão da classe dominada, era natural a revolta e a repulsa aos novos ares democráticos. Até porque primeiro se prendia para depois se investigar.¹²

Verifica-se, portanto, que para além de um sistema de freios e contrapesos ou de um melhor desenvolvimento do inquérito policial, a função de controle externo da atividade policial relaciona-se com os pilares fundamentais da Constituição Federal, quais sejam, o regime democrático e a dignidade da pessoa humana. Assim também anotam Edilson Santana e Edilson Santana Filho:

[...] como fruto de uma cultura de violência implementada durante o período da Ditadura de 1964, são feridos os mais elementares direitos da Cidadania, submetendo-se o delinquente, para a obtenção de provas, a interrogatórios fundados no terror e, às vezes, a torturas físicas e psicológicas.[...] A expressão ‘controle externo da atividade policial pelo Ministério Público’ não significa ingerência que determine a subordinação da polícia judiciária ao Ministério Público, mas sim, a prática de ato administrativo ao MP, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos assegurados na Lei fundamental.¹³

Dessa forma, mesmo que se possa aceitar a existência de algum tipo de controle exercido sobre a atividade policial antes de 1988, ainda que implícitos

¹² RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 90-91.

¹³ SANTANA, Edilson; SANTANA FILHO, Edilson. Dicionário de Ministério Público. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 109-110.

no papel do Ministério Público no processo penal¹⁴, parece forçoso reconhecer que o controle externo, idealizado na Constituição Federal de 1988, é mais substancial, mais amplo. Assim é a posição de Walter Paulo Sabella ao afirmar que os poderes consubstanciados no Código de Processo Penal e na Lei Complementar n. 40 são instrumentais para o exercício da função de promover a ação penal, permitindo o controle de algum ou de alguns fatos, mas não o controle in genere da atividade policial:

Uma coisa é o acompanhamento da atividade investigatória de caso singular, como desdobramento imanente do poder-dever da requisição. Outra coisa bem diferente, é dispor de mecanismos para constatar se as prodigiosas cifras da macrocriminalidade estão recebendo da polícia a atenção exigível.¹⁵

O mesmo raciocínio se aplica à avocação, prevista na Lei Complementar n. 40. Ela só ocorre de forma transitória, excepcional, quando não há delegado de carreira.

O controle preconizado pelo legislador constituinte é, como já referido, de outra ordem, muito mais amplo. Não significa o controle de toda e qualquer atividade da polícia, mas a atividade policial de apuração das infrações penais desde o momento em que a notícia criminis chega à repartição policial¹⁶. Da mera leitura do artigo 9º e seus incisos da Lei Complementar

¹⁴ Os autores que julgam que o controle externo precede a Constituição de 1988 sustentam que ele estava implícito no poder de requisição previsto no Código de Processo Penal e na Lei Complementar n. 40. O artigo 5º, II, do Código de Processo Penal determina que nos crimes de ação penal pública o inquérito policial será iniciado por requisição do Ministério Público. O artigo 16, do mesmo diploma, permite ao órgão ministerial determinar diligências nas investigações, se imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Já o artigo 7º, VII, da lei Complementar n. 40, considera atribuição do Procurador-Geral de Justiça avocar, excepcional e fundamentadamente, inquéritos policiais em andamento, onde não houver delegado de carreira, podendo, nos termos do artigo 15, V, designar membro para assumir a direção do inquérito. O inciso III do mesmo artigo 15 considera atribuição dos membros do Ministério Público acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais ou administrativos, quando assim considerarem conveniente à apuração de infrações penais, ou se designados pelo Procurador-Geral.

¹⁵ SABELLA, Walter Paulo. Atividade Policial: controle externo pelo Ministério Público. Justitia. São Paulo, 53 (154). abr/jun 1991, p. 12.

¹⁶ Op. cit. p. 14.

n. 75/93 e no caso do Estado do Rio Grande do Sul, da Lei Complementar n. 11.578/2001, percebe-se a amplitude das atividades de controle externo, desde a requisição de documentos relativos à atividade fim da polícia até a promoção da ação penal por abuso de poder.

Se atentarmos, ainda, para o motivos pelos quais o constituinte inseriu o controle externo no texto da Carta Magna, parece inadequado considerá-lo uma mera reiteração de dispositivos já existentes. Afinal, as regras anteriores não coibiram os abusos da polícia no período dos governos militares. Além disso, a Constituição de 1988 consolidou o papel do Ministério Público de fiscal da lei e guardião da cidadania, resultado de uma luta de muitos anos perpetrada pelos promotores e procuradores.

2.2 Aspectos legais

O sistema preconizado na Carta Magna pressupõe a existência do controle de uma instituição por outra, condição necessária ao regular funcionamento do Poder Público.

Nesse diapasão, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia relacionada com a segurança pública e persecução criminal, sujeitam-se ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal e da Resolução n. 20/2007 emanada do Conselho Nacional do Ministério Público.

Dessa forma, pode-se conceber o controle externo como instrumento de realização do poder punitivo do Estado. Seu objetivo é dar ao Ministério Público um comprometimento maior com a investigação criminal e, conseqüentemente, um amplo domínio e lisura na produção da prova, a qual lhe servirá de respaldo na eventual propositura da ação penal pública ou na propositura da ação penal privada pelo ofendido.

O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público também visa, nos termos da Resolução n. 20/07 do CNMP, a manutenção da regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das

Polícias voltadas para a persecução penal e o interesse público, objetivando, inclusive:

I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis;

II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

III – a prevenção da criminalidade;

IV – a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal;

V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal;

VI – a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal;

VII – a probidade administrativa no exercício da atividade policial.

Assim, quanto ao exercício das atribuições afetas ao controle externo, o membro do Ministério Público poderá atuar:

I - na forma de controle difuso, pelos Promotores com atribuição criminal ou,

II – em sede de controle concentrado, quando as atribuições forem específicas para o controle externo conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público.

Por outro lado, incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade do controle externo:

I - realizar visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição;

II - examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito penal militar, autos de carta precatória investigatória, auto de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;

III - fiscalizar a destinação e inventário de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;

IV - fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;

V - verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de inquérito policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário;

VI - comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva Corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar;

VII - solicitar, se necessária, a prestação de auxílio ou colaboração das corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo;

VIII – fiscalizar o cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, por meio do órgão responsável pela execução da medida, inclusive;

IX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

Outrossim, compete ainda aos órgãos do Ministério Público, havendo fundada necessidade e conveniência, instaurar procedimentos investigatórios referentes a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.

Nesse sentido, o Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo, visando ao combate de deficiências ou irregularidades detectadas no exercício do controle externo da atividade policial, bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.

Por outro lado, se há repercussão do fato na área cível, incumbe ao órgão do Ministério Público encaminhar cópias dos documentos ao órgão da instituição com atribuição para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa.

Além disso, segundo o princípio dos poderes implícitos, quando a Carta Magna repartiu as atribuições de cada Instituição, implicitamente disponibilizou os meios para o exercício destas, concedendo ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública, a tutela difusa da segurança pública e o controle externo da atividade policial e, para a efetivação dessas atribuições, nos termos da Resolução n. 20/CNMP, as seguintes prerrogativas:

I – ter livre ingresso em estabelecimentos ou unidades policiais, civis ou quartelamentos militares, bem como casas prisionais, cadeias públicas ou quaisquer outros estabelecimentos onde se encontrem pessoas custodiadas, detidas ou presas, a qualquer título, sem prejuízo das atribuições previstas na Lei de Execução Penal que forem afetadas a outros membros do Ministério Público;

II – ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos, em especial notadamente:

a) ao registro de mandados de prisão;

b) ao registro de fianças;

- c) ao registro de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e outros objetos apreendidos;
- d) ao registro de ocorrências policiais, representações de ofendidos e notitia criminis;
- e) ao registro de inquéritos policiais;
- f) ao registro de termos circunstanciados;
- g) ao registro de cartas precatórias;
- h) ao registro de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou pela autoridade judicial;
- i) aos registros e guias de encaminhamento de documentos ou objetos à perícia;
- j) aos registros de autorizações judiciais para quebra de sigilo fiscal, bancário e de comunicações;
- l) aos relatórios e soluções de sindicâncias findas.

III – acompanhar, quando necessária ou solicitada, a condução da investigação policial civil ou militar;

IV – requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial ou inquérito penal militar sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial, ressalvada a hipótese em que os elementos colhidos sejam suficientes ao ajuizamento de ação penal;

V – requisitar informações, a serem prestadas pela autoridade, acerca de inquérito policial não concluído no prazo legal, bem como requisitar sua imediata remessa ao Ministério Público ou Poder Judiciário, no estado em que se encontre;

VI – receber representação ou petição de qualquer pessoa ou entidade, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nas leis, relacionados com o exercício da atividade policial;

VII – ter acesso ao preso, em qualquer momento;

VIII – ter acesso aos relatórios e laudos periciais, ainda que provisórios, incluindo documentos e objetos sujeitos à perícia, guardando, quanto ao conteúdo dos documentos, o sigilo legal ou judicial que lhes sejam atribuídos, ou quando necessário à salvaguarda do procedimento investigatório.

Assim, deve o controle externo ser exercido sobre a instauração, o desenvolvimento e o resultado dos trabalhos persecutórios da polícia judiciária repressivo-preventivas desempenhadas pela polícia ostensiva e toda função atinente ao trato com o cidadão e a população em geral, salientando que tal controle não alcança a estrutura hierárquica ou os assuntos referentes ao âmbito administrativo interno da polícia - as atividades - meio exercidas pela polícia estão excluídas do controle externo.

Mesmo em situações excepcionais, como a decretação do estado de defesa ou de sítio, cabe a responsabilização civil, criminal e administrativa do agente político (membro do poder público), dos agentes públicos e serventuários civis ou militares, que venham a cometer abusos, desvios ou praticar excessos.

Ressalte-se que, ao êxito da atividade de controle externo das atividades policiais, deve-se zelar também pelo respeito à legalidade, legitimidade, licitude e efetividade dos trabalhos investigativos desenvolvidos pela polícia judiciária, bem como pelo policiamento ostensivo exercido pelas polícias militares. Há de se registrar que as Promotorias de Defesa de Direitos Humanos, ao exercer também a fiscalização da atividade policial, não tem se cingido ao conceito restrito de tal papel, exercendo a fiscalização da atividade de bombeiros militares, policiais civis em funções junto ao DETRAN e agentes penitenciários.

Considerando que a Instituição fiscaliza continuamente a atividade policial, via instauração de procedimentos administrativos, reuniões com o alto comando das corporações, requisição de documentos, diligências, visitas e inspeções dos presídios, recomendações para adoção de medidas na segu-

rança pública, dentre outras, torna-se necessário o registro e a documentação desses atos por meio da lavra de atas ou relatórios respectivos, consignando todas as constatações e ocorrências, bem como eventuais deficiências, irregularidades ou ilegalidades e as medidas requisitadas para saná-las, devendo manter, na Promotoria ou Procuradoria, cópia em arquivo específico.

Outra medida relacionada ao controle externo refere-se à prévia expedição de notificação à autoridade diretora ou chefe de repartição policial, quando possível, cientificando-a da data ou período da visita, a fim de que possa disponibilizar e organizar a documentação a ser averiguada e os procedimentos e ações que serão efetivados, assegurando uma relação interinstitucional coesa.

Conclui-se, portanto, que o controle da atividade policial atua buscando maior transparência, eficácia e celeridade dos agentes incumbidos da segurança pública, não adentrando na organização interna dos órgãos relacionados às atividades investigativas.

Outrossim, tal instrumento é indispensável à construção de um Estado Democrático de Direito, que tem como alicerce a realização e efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais.

3 - O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA ORDEM JURÍDICA

3.1 A importância do controle externo da atividade policial para a garantia dos direitos fundamentais e a normalidade do estado de direito

A atividade policial é, por excelência, a face mais visível do poder do Estado, pois mostra a força e coercitividade decorrentes de sua supremacia, podendo afetar significativamente os direitos essenciais do cidadão: a vida, a liberdade e os bens. Daí porque, num Estado Democrático de Direito, referida atuação deve sempre, mais que qualquer outra, pautar-se pelo respeito aos direitos e garantias.

Os direitos e garantias fundamentais consagrados na Constituição da República existem justamente para proteger o cidadão contra eventuais excessos do Estado, coibindo os abusos por parte de agentes públicos. O Estado Democrático de Direito não admite poder absoluto ou ilimitado, de modo que todas as atividades estatais estão sujeitas a controle. O sistema de freios

e contrapesos, inerente ao regime republicano, preconiza a repartição das competências entre diversos poderes e órgãos, possibilitando que uns fiscalizem os outros.

Dentre os direitos fundamentais do cidadão, destacam-se o de somente ser processado pela autoridade competente, o do devido processo legal, o de não ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente e, ainda, o de ser informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado e de receber a assistência da família e de advogado (CF, arts. 5º, incisos LIII, LIV, LXI e LXIII). Tais direitos, que têm a ver com civilidade, não são simples recomendações que possam ser ignoradas ou flexibilizadas sem consequências: sua inobservância implica em ilegalidade. É inadmissível que, sob o pretexto de evitar ou reprimir delitos, as forças policiais não os observem. A repressão à criminalidade e a persecução penal, imprescindíveis à vida em sociedade, somente serão legítimas se realizadas com estrita observância a esses direitos.

O legislador constituinte, após consolidar o Ministério Público como instituição autônoma e permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, lhe atribuiu, como função institucional, o controle da atividade policial. É seu dever, como órgão externo, assegurar que a atuação policial, a um só tempo, atenda aos princípios da efetividade e da legalidade, compatibilizando as características de máxima eficiência e absoluto respeito aos direitos fundamentais.

A atuação institucional nessa seara, portanto, vai além da fiscalização das atividades tendentes à persecução penal, cabendo ao Ministério Público reprimir eventuais abusos, mediante instrumentos de responsabilização pessoal (penal, cível e administrativa) e também zelar para que as instituições controladas disponham de todos os meios materiais para o bom desempenho de suas atividades, inclusive, quando necessário, acionando judicialmente o próprio Estado. A função controladora estende-se a todos os órgãos constitucionalmente incumbidos de atividades policiais e de segurança pública, abrangendo as polícias civis, militares, legislativas, federal, rodoviária, ferroviária, corpos de bombeiros e guardas municipais.

É necessário, pois, que o Ministério Público brasileiro estruture-se para o efetivo exercício da função controladora que a Constituição lhe confiou,

com o intuito de assegurar aos cidadãos uma atividade policial eficiente e atenta aos direitos fundamentais.

3.2 A titularidade exclusiva da ação penal pública e o seu reflexo no controle externo da atividade policial

As atividades policiais, tanto a administrativa quanto a judiciária, não estão sujeitas ao poder disciplinar dos membros do Ministério Público, que, na verdade, não tem pretensão de assumir a função correicional das polícias, a cargo das próprias corporações, inexistindo no exercício do controle externo qualquer vínculo com a ideia de subordinação ou hierarquia.

No entanto, como a polícia presta uma função preliminar à do Ministério Público, o exercício do controle externo representa o próprio desempenho das demais funções institucionais, não constituindo um fim em si mesmo, mas um meio para o pleno alcance daquelas atribuições.

Ao promover privativamente a ação penal pública, exerce o Ministério Público uma parcela da soberania estatal, no momento em que o Estado proibiu a vingança privada e assumiu o poderdever de punir. Contudo, esse poder não se realiza autonomamente, sendo imprescindível o processo para a sua aplicação. O devido processo legal surge, então, como garantia de justiça, impedindo a imposição de uma pena aleatória.

Todavia, a ação penal pressupõe um antecedente que a justifique, pois, caso contrário transmudar se-ia na própria pena. O ato preparatório de um processo jurisdicional, portanto, funciona como garantia e limite à sua instauração, ao demonstrar sua necessidade e cabimento. No caso, a investigação criminal seria o instrumento do processo, que por sua vez é meio de concretização da jurisdição.

Ocorre que o princípio da indisponibilidade da ação penal e o poder-dever do Estado da entrega jurisdicional impõe o controle da fase anterior, instituindo-se um sistema de freios e contrapesos típico do princípio republicano. Assim, da mesma forma que o Judiciário exerce certo controle sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 28 do CPP), o Ministério Público exerce o controle externo da atividade policial para garantir os meios de viabilizar o oferecimento da ação penal.

A atividade investigatória realizada pela Polícia é instrumental em relação àquela exercida pelo Ministério Público, consistindo a negativa de ingerência nessa fase preliminar verdadeiro obstáculo ao pleno e adequado cumprimento da função institucional. A forma, os meios e o objeto de investigação, traçam não apenas o sucesso da ação penal, mas também delineiam seu próprio exercício.

O professor José Frederico Marques já explicava com clareza a relação funcional do vínculo entre o Ministério Público e a Polícia, mesmo antes da promulgação da atual Constituição da República, que passou a dispor expressamente sobre a matéria (art. 129, incisos I e VII):

A Polícia Judiciária não está subordinada, hierárquica e administrativamente, às autoridades judiciárias e às do Ministério Público. Há, no entanto, relações funcionais no âmbito da Justiça Penal, em que a própria autoridade policial se subordina ao Judiciário e ao Ministério Público, uma vez que à polícia incumbe preparar a ação penal, de que este último é o órgão competente para propô-la. Essa subordinação deriva dos vínculos que são criados na regulamentação do processo penal.¹⁷

Conclui-se, então, que a fiscalização mediante o exercício do controle externo visa a uma correta e perfeita coleta dos elementos de investigação policial, de modo a proporcionar a formação da opinião delicti pelo titular da ação penal. Seria inadmissível que o Ministério Público, como dominus litis e destinatário do inquérito policial, não pudesse intervir na forma da condução da investigação. O controle externo legitima o Ministério Público a requisitar e acompanhar as diligências, bem como a indicar rumos e linhas investigatórias, sempre com o objetivo de possibilitar elementos que viabilizem o oferecimento da ação penal e, sempre que necessário, conduzir investigações próprias, como meio de assegurar a responsabilização penal dos que cometem crime.

¹⁷ MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Processual Penal. V. I. São Paulo: Saraiva: 1980. p.201-202.

3.3 Comentários à Resolução nº 20, do Conselho Nacional do Ministério Público

Com a edição da Lei n. 8.625/93 e, especialmente, da Lei Complementar n. 75/2003, que se refere à primeira, não poderia mais haver qualquer dúvida acerca da regulação legal do controle externo da atividade policial – em que pesem algumas vozes em contrário –, porquanto os mecanismos hábeis à realização desse dever constitucional foram ali previstos e disciplinados (arts. 9º e 10).

Não obstante, o Conselho Nacional do Ministério Público também dispôs a respeito da matéria, fazendo-o por meio da Resolução n. 20/2007 do CNMP, de autoria do então Conselheiro Osmar Machado – que formou comissão integrada também por dois Promotores de Justiça e um Procurador da República, a qual colheu sugestões que foram encaminhadas ao longo do processo de discussão – e amplamente debatidas no Plenário daquele Colegiado.

Importante salientar que, embora os mecanismos necessários ao pleno exercício do controle externo da atividade policial já estivessem à disposição dos membros do Ministério Público, ainda havia empecilhos à efetivação desse dever, muitas vezes por dificuldades na identificação, no caso concreto, das providências que poderiam ou deveriam ser adotadas com vistas à ampla implementação dessa atividade em âmbito nacional e de forma continuada. Lembre-se, inclusive, que considerável parcela dos Ministérios Públicos não dispunha de atos internos que regulassem a matéria e se prestassem como um roteiro hábil a autorizar o exercício mais completo e uniforme do controle externo da atividade policial.

Estes, provavelmente, podem ser destacados como as principais metas da regulamentação da matéria no âmbito do Ministério Público: identificar claramente os objetivos do controle externo da atividade policial (art. 2º da Res. n. 20), relacionar os documentos referentes à atividade-fim da polícia mercedores de análise por parte dos membros do Ministério Público incumbidos, de qualquer modo, desse dever (art. 4º, II, III, IV, VIII e art. 5º, II e VIII) e elencar outras providências a serem adotadas durante as atividades de controle externo (art. 4º, I, VI, VII, IX e art. 5º, I, III, IV, V, VI, VII).

O resultado pretendido seria, assim, fornecer aos representantes do Ministério Público as ferramentas necessárias para, no âmbito da atividade-fim

da polícia, examinar documentos, materiais e instalações, aferir rotinas e procedimentos, certificando à sociedade o cumprimento, pelos organismos policiais, de seus afazeres com retidão e eficiência, sem prejuízo do absoluto respeito aos direitos e garantias inerentes ao Estado Democrático.

Merece menção, ademais, que a resolução em comento foi fustigada perante o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI n. 4220, que não foi conhecida pelo Colendo Tribunal porquanto, na expressão do Eminentíssimo Ministro Eros Grau, trata-se de ato de índole regulamentar, atrelado aos dispositivos legais que já disciplinam satisfatoriamente a matéria, não havendo inovação justamente porque os mecanismos primordiais para o exercício do controle externo da atividade policial são extraídos dos artigos 8º a 10 da Lei Complementar n. 75/93, que se referem, por seu turno, ao artigo 80 da Lei n. 8.625/93.

3.4 O Ministério Público como articulador das políticas públicas: tutela difusa da segurança pública

A Constituição Federal prevê em seus artigos 5º, caput e 144, a inviolabilidade do direito à segurança:

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

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]

O mencionado direito à segurança possui inequívocas características de um direito difuso, uma vez que se trata de direito transindividual, de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a pessoas indeterminadas e ligadas, entre si, por uma relação fática.

Nesse propósito, a segurança pública, dentro da concepção do Estado Democrático de Direito, deve ser entendida como direito e responsabilidade de todos e dever inerente ao Estado, que poderá ser demandado na hipótese de ações ou omissões que violem tal direito. Os exemplos contemporâneos são

muitos: redução do quadro de agentes penitenciários no sistema prisional, fragilidade da ordem interna dos presídios, violação da integridade física e ameaça à vida dos presos e da população em geral, ineficiente estrutura das unidades policiais, insuficiente efetivo policial, ausência de policiamento ostensivo em certas localidades e ações contrárias aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

De outro lado, a Carta da República (arts. 129, incisos II e III) dispõe que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nelas assegurados, bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção social e do patrimônio, contexto em que se insere a tutela da segurança pública. Nessa linha de inteligência é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

3. o direito à segurança pode ser objeto de ação civil pública ambiental nos termos do art. 1º, IV da Lei n. 7.347/85, 83 do CDC e 3º, I, “a”, da Lei 6938/81 e figura entre os chamados direitos humanos fundamentais ou direitos de quarta geração. Se o Estado não toma as medidas necessárias a assegurar a proteção desse direito, cumprindo com o seu dever institucional, o Ministério Público, no exercício da sua atribuição legal, está legitimado para propor ação civil pública objetivando a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º ACP), constituindo autêntica obrigação de fazer a prestação da segurança à população, que pode e deve ser prestada jurisdicionalmente, no caso de omissão do poder público.” (Resp nº 725257/MG, Rel. Min. José Delgado)
(grifo nosso)

É certo que o Ministério Público exerce parcela da soberania estatal ao deter exclusivamente a titularidade da ação penal pública, cuja atuação finalística demanda ainda o manejo de outros instrumentos – inquérito civil, procedimento administrativo, termo de ajustamento de conduta, procedimento de investigação criminal, requisições – e o exercício efetivo do controle externo da atividade policial.

Além disso, como titular exclusivo da ação penal pública, o Ministério Público tem, implicitamente, o poder-dever de intervir para a efetivação da po-

lítica de segurança pública, buscando, numa postura preventiva-resolutiva, atuar antes da ocorrência do crime, mediante ações judiciais e extrajudiciais voltadas para medidas de prevenção da criminalidade e busca efetiva de segurança ao cidadão.

Destaca-se que a Instituição tem obtido êxito na judicialização da política de segurança pública. Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça de Goiás, em ação civil para a tutela difusa da segurança pública, proposta pelo Ministério Público goiano:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADEIA PÚBLICA DE ITAPACI DE GOIÁS. MEDIDA LIMINAR. REFORMA DO ESTABELECIMENTO. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. RESERVA DO POSSÍVEL. MULTA. 1 - Já consolidado pela jurisprudência que, diante da excepcionalidade e urgência da situação, pode o juiz, de plano, conceder liminar em face da Fazenda Pública, sem que se possa alegar ofensa ao contraditório, já que o mesmo será diferido. Hipótese excepcional em que a regra exigida pelo artigo 2º da Lei n. 8.437/92 deve ser mitigada. 2 - Não há que se falar em impossibilidade da concessão da liminar com base no art. 1º par. 3º da Lei n. 8.437/92, posto que a reforma da cadeia não é a pretensão principal, mas tão-somente medida paliativa, para que se possa resguardar a integridade dos presos e a segurança da população, até que se construam o estabelecimento prisional da cidade de Itapaci de Goiás, sendo este último o pedido principal. 3- Diante da fundamentalidade que assume a segurança pública e com maior relevo ainda a dignidade da pessoa humana, torna-se legítima a adoção de provimentos jurisdicionais, pelo Poder Judiciário para concreção destes direitos previstos em nossa Carta Magna, sem que se possa falar em ofensa ao pacto federativo e à separação dos poderes. 4 - A par da existência do princípio da reserva do possível, o núcleo essencial dos direitos fundamentais de segunda geração bem como a dignidade da pessoa humana, devem ser garantidos, sendo ilegítima qualquer argumento ou medida que possa implicar em eventual aniquilação. 5 - Possível a aplicação da multa pelo descumprimento da medida, nos termos do art. 12, c/ c com o art. 13, ambos da lei n. 7.347/85 - LACP. RECURSO CONHECIDO MAS IMPROVIDO. (TJGO,

AI 60449- 8/180, Rel. Des. Almeida Branco, 4ª Cam. Cível, DJ 146 de 05/08/2008
(grifo nosso)

Partindo da premissa de que o Ministério Público deve atuar efetivamente como articulador da política de segurança pública, faz-se necessária a adoção de nova postura institucional, indo além da sua atuação processual clássica para promover a tutela difusa da segurança pública, especialmente por meio do efetivo exercício da atribuição do controle da atividade policial.

Em verdade, a promoção da tutela do direito difuso à segurança pública exige o trato interdisciplinar das causas da criminalidade. Assim, questões urbanísticas, ambientais, de infância e juventude, educação, saúde, e cidadania devem ser consideradas como causas potencializadoras da criminalidade e da sensação de insegurança. Nesse aspecto, o Ministério Público brasileiro, como Instituição incumbida da defesa da ordem jurídica e do regime democrático, estruturado nacionalmente para a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, é o interlocutor indispensável à formulação das políticas de segurança pública e fiscal independente de sua execução.

4. INSTRUMENTOS DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

4.1 O poder de investigação do Ministério Público

A existência do “poder de investigação” (atribuição) do Ministério Público, compreendido como a atividade extrajudicial de coleta de informações sobre a autoria (indícios) e a materialidade (certeza) delitiva, com vistas à formação da opinião delicti, pode ser demonstrada sob diversos ângulos e fundamentos jurídicos. Todavia, em homenagem ao fato de que o principal argumento empregado na negativa de tal poder, decorre da ideia de que a polícia judiciária é detentora, com exclusividade, de tal função estatal, admitidas, tão somente, as exceções expressas no texto constitucional, o tema será tratado tendo como ponto de partida aludido referencial.

Do art. 144, § 4º, da Constituição da República, extrai-se que a Polícia Federal exerce com exclusividade a função de polícia judiciária da União na apuração de infrações penais que sejam de competência da Justiça Federal e no apoio das atividades do Poder Judiciário Federal. Trata-se de delimita-

ção de seu campo de atuação no tocante às polícias civis dos Estados e do Distrito Federal que, no âmbito territorial dos respectivos entes federados, exercem as atribuições remanescentes.

É evidente que em relação à Polícia Federal, a função que lhe é exclusiva é a de polícia judiciária da União (art. 144, I e § 4º da CF). Conforme cediço, as funções da polícia judiciária são múltiplas, envolvendo, também o auxílio à justiça criminal; o fornecimento de informações necessárias à instrução e julgamento de processos; a realização de diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público e o cumprimento de mandados de prisão (art. 13, III, Código de Processo Penal).

O dispositivo constitucional insere-se no capítulo da segurança pública, restando as instituições policiais e os bombeiros militares, de modo que a ressalva teve a nítida finalidade de delimitar o âmbito de atuação dos vários ramos da polícia judiciária, valendo-se da técnica de atribuir à Polícia Federal a atuação nos casos de crimes de competência da União e, às demais, o remanescente.

É temerária a invocação de uma interpretação estritamente literal do referido artigo da Constituição Federal, para daí extrair-se a ilação de que a polícia judiciária é detentora de verdadeiro monopólio da investigação criminal, em evidente afronta ao princípio da harmonia das normas constitucionais.

De fato, não há como desvincular a investigação criminal de seu fim precípuo, qual seja, subsidiar a ação penal, cuja titularidade exclusiva pertence ao Ministério Público, ressalva que não foi feita com relação à atividade da polícia.

Em outras palavras, se cabe ao Ministério Público deflagrar a ação penal a partir dos dados obtidos com a investigação criminal a ele também incumbe, direta ou indiretamente, investigar, posto que o contrário representaria conferir a outra Instituição o poder de limitar o universo de análise do Ministério Público, com prévia eleição dos casos a serem jurisdicionalizados, o que representaria negação à titularidade da ação penal.

Além disso, se a investigação fosse atribuição exclusiva da Polícia, haveria grave risco de, em muitos casos, se inviabilizar a investigação criminal.

Em sede de controle externo da atividade policial surgem alguns questionamentos: Como exercer tal atribuição constitucional sem o poder de investigar? Como exercer o controle externo dependendo exclusivamente do que for apurado pela própria polícia? A conclusão a que se chega é que sem o poder investigatório do Ministério Público resta inviabilizado o controle externo da atividade policial.

Mesmo o controle interno não seria adequadamente fiscalizado sem o poder de investigação, afinal, se a Instituição não dispuser de um mínimo de dados quanto aos autores da suposta prática criminosa, não terá como indicar e requisitar diligências específicas.

De fato, se o Ministério Público é o titular da ação penal pública, fiscal da lei e garante dos direitos fundamentais, tem o poder-dever de controlar plenamente a atividade policial e ter acesso a todos os documentos necessários para instrumentalizar a ação penal pública e dar efetividade aos direitos e garantias assegurados na Constituição da República.

O ordenamento jurídico prevê diversas outras formas de investigação diferentes do inquérito policial, tais como aquelas que apuram condutas delituosas praticadas nas dependências de Tribunais, no âmbito do próprio Tribunal; investigações feitas pela Câmara, Senado e Supremo Tribunal Federal, quando o crime é cometido em suas dependências; detecção da prática de crimes em sindicâncias administrativas; investigações feitas pelas comissões parlamentares de inquérito - CPI's, (art. 58, § 3º, da Constituição da República) e pelo membro do Ministério Público, nas hipóteses do art. 41, parágrafo único, da Lei n. 8.625/93, dentre outras.

Nesse sentido, o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal é claro ao estabelecer que a atribuição para investigar não é só da polícia, mas também de outras autoridades que tenham recebido tal atribuição por lei. Ao fazê-lo, a lei equipara outras investigações realizadas em diversas esferas à investigação policial. Registre-se que o citado dispositivo ainda não teve sua validade questionada.

A redação do art. 12, do Código de Processo Penal, admite, a contrario sensu, que nem sempre a denúncia terá por lastro o inquérito policial. Segundo o art. 39, § 5º, do diploma processual, o inquérito é dispensável nas hipóteses em que o Ministério Público recebe representação do interessado; e

quando há remessa de documentos pelo juiz ao Ministério Público (art. 40). Ainda nessa trilha, o art. 47 do Código de Processo Penal estabelece que,

se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.

Ademais, se o § 1º do artigo 46 do Código de Processo Penal dispensa o inquérito policial para o oferecimento da peça acusatória, conclui-se que o procedimento interno de investigação serve de subsídio exclusivo à denúncia. É inclusive nesse sentido o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “O oferecimento da denúncia pelo Ministério Público não depende de prévio inquérito policial.”¹⁸

O raciocínio da exclusividade da investigação policial excluiria não só o Ministério Público, mas todos os órgãos que, de alguma maneira, conduzem procedimentos que podem servir de base à deflagração de ação penal, em evidente prejuízo ao interesse público.

Se a própria Constituição Federal conferiu atribuição ao Ministério Público de oferecer denúncia com suporte em peças de informação oriundas da Comissão Parlamentar de Inquérito, com maior propriedade configura-se legítima eventual propositura de ação penal com base em procedimento de apuração criminal interna.

Nas circunstâncias, o Ministério Público, por exercer parcela de autoridade estatal, pode proceder à investigações penais diretas, na forma da Constituição da República (art. 129, VI), na Lei Complementar n. 75/93, no Código de Processo Penal e em leis estaduais. Não está adstrito, assim, às investigações da polícia judiciária, podendo colher provas em seu gabinete ou fora deste, para respaldar a instauração da ação penal.

Evidentemente, tais elementos colhidos pelo Ministério Público terão o mesmo tratamento dado às investigações policiais: deverão ser ratificados

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, HC 80.405/SP, Rel. Min. Celso de Mello. Informativo STF, n. 223)

judicialmente, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, para embasamento de eventual condenação.

Há muitos outros fundamentos para o reconhecimento da validade jurídica e da importância da investigação criminal diretamente feita pelo Ministério Público.

A competência para promover a ação penal engloba, pois, necessariamente, a competência para a investigação criminal - sendo esta um *minus* em relação àquela. Aplica-se aqui, portanto, a lógica dos poderes implícitos, pela qual o órgão a quem compete o mais, compete igualmente, o menos.

Segundo a doutrina dos poderes implícitos, nascida na Suprema Corte Americana, no precedente *MacCulloch vs. Maryland* (1819), a Constituição, ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão ou instituição, culmina por, implicitamente e simultaneamente, a ele também conceder todos os meios necessários para a consecução daquele objetivo.¹⁹ Ou seja: “o poder dado ao agente público implica os meios idôneos para a sua execução”. Se o Ministério Público tem a titularidade para o exercício da ação penal, que é o mais, decorre daí que tem o poder de investigar para a colheita desses elementos, que é o menos. Do contrário, se fosse impossibilitada ao Ministério Público realizar a investigação, a Instituição restaria desprovida de meio idôneo para realizar a persecução criminal, especialmente quanto ao controle externo da atividade policial.

Se é certo que, em princípio e ordinariamente, à polícia incumbe investigar, isso não significa aceitar uma espécie de “reserva de polícia”, como um direito constitucional do acusado de um crime de ação penal pública.

A Constituição atribuiu ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva (art. 129, VI). Essa competência abrange tanto a esfera cível quanto a criminal. No que diz respeito à ordem infraconstitucional, as leis

que regulam o Ministério Público (Lei n. 8.625/93, em seu art. 26, I, “a” e “b”, e Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 8º), preveem a expedição de notificações para colher depoimento ou esclarecimentos, bem como a requisição de informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos públicos.

Especificamente, a Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 8º, VIII, estipula que o Ministério Público da União “poderá ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública” (grifo nosso). No § 2º do art. 8º, fica claro que “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo.” (grifo nosso)

Todo o sistema delineado no art. 129 da Constituição visa fornecer ao Ministério Público autonomia para a apuração dos fatos necessários ao oferecimento da denúncia, por meio inclusive da expedição de notificações para a coleta de depoimentos.

De todo modo, um imaginário sistema pelo qual se atribuísse com exclusividade à Polícia a investigação criminal, reservando-se ao Ministério Público as funções de mero repassador de provas e de espectador da investigação, seria anacrônico e contraproducente. A atuação direta do Ministério Público nesse particular tende a conferir maior celeridade à atividade investigatória, permitindo ademais o contato pessoal do órgão ministerial com a prova, facilitando a formação de seu convencimento.

Proibir o Ministério Público de investigar, depois de ter edificado uma estrutura de autonomia administrativa e orçamentária, independência funcional de seus membros (art. 127 da Constituição da República), e os deveres de promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição da República) e o controle externo da atividade policial (art. 129, VII), além de todas as demais funções instrumentais inscritas no art. 129, como fez a Constituição Federal, representaria subtrair-lhe, de maneira incompreensível e irracional, os meios jurídicos necessários e imprescindíveis ao efetivo cumprimento de sua missão de persecução penal para a defesa dos bens penalmente tutelados, à segurança e à Justiça.

¹⁹ FERREIRA, Pinto. Comentários à constituição brasileira. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 132.

4.2 Procedimento de investigação criminal

Em estrita observância aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, bem como às normas constitucionais e à legislação infraconstitucional que trata das atribuições dos órgãos do Ministério Público, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 13, de 02 de outubro de 2006, que regulamenta, no âmbito do Ministério Público brasileiro, o procedimento interno de investigação criminal.

O exercício das prerrogativas e dos poderes instrutórios do Ministério Público restaram explicitados e unificados em um documento normativo de abrangência nacional, expedido por órgão incumbido de zelar pela unidade da Instituição, pela disciplina uniforme de seus atos extrajudiciais e por coibir eventuais excessos e omissões de seus membros.

A Resolução guarda perfeita consonância com as atribuições conferidas ao Ministério Público pela Constituição da República Federativa do Brasil e detalha o exercício de seu poder de investigação, cujas regras gerais estão contempladas pela Lei Complementar n. 75/1993 e Lei nº8.625/1993.

A constitucionalidade da Resolução foi contestada pela Ordem dos Advogados do Brasil, na ADI n. 3836, que ainda não foi apreciada. Todavia, em recente decisão sobre a constitucionalidade da Resolução n. 20, do mesmo Conselho, o Supremo Tribunal Federal afastou a hipótese de seu controle constitucional, com o argumento de que a resolução limitava-se a regulamentar texto legal e em nada o inovava. Nesse sentido a seguinte parte da decisão tem relevância:

A Resolução n.20 do Conselho Nacional do Ministério Público constitui ato regulamentar subordinado às disposições constantes do art. 9º da Lei Complementar n. 75/1993 e do artigo 80 da Lei n.8.625/1993. A epígrafe da resolução impugnada indica expressamente sua finalidade, regulamentar o art. 9º da LC n. 75/93, disciplinando no âmbito do Ministério Público, o controle externo da atividade policial. O entendimento da Corte é firme no sentido de a ação direta não ser via adequada para a impugnação de atos regulamentares.

Os argumentos fáticos e jurídicos utilizados na sustentação da inconstitucionalidade da Resolução n.20 assemelham-se àqueles empregados no ataque à Resolução n.13. Assim, é legítima a expectativa de que o desfecho seja o mesmo.

É fato, a Resolução n. 13 não faz mais que instrumentalizar e limitar as condições de exercício do poder de investigação do Ministério Público, dando-lhe uma estrutura material e um nome para as peças autuadas: Procedimento de Investigação Criminal - PIC.

A Resolução detalhou medidas e rotinas que reafirmam o compromisso da Instituição como os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. No art. 3º, § 5º, por exemplo, está previsto que o membro do Ministério Público, no exercício de suas atribuições criminais, deverá dar andamento, no prazo de 30 (trinta) dias a contar de seu recebimento, às representações, requerimentos, petições e peças de informação que lhes sejam encaminhadas.

Trata-se da materialização do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, “a”, da CF), devidamente cotejado com o direito à duração razoável do processo no âmbito administrativo (art. 5º, LXXVIII, da CF). A Instituição deve responder e de forma rápida, a todas as demandas que lhe são apresentadas, sob risco de restar desacreditada e de seus órgãos de execução serem responsabilizados penal, civil e administrativamente.

O prazo de trinta dia para efetivo andamento das notícias e pedidos que chegam ao Ministério Público representa o tempo máximo que uma provocação que lhe é endereçada pode permanecer sem destinação adequada. No prazo assinalado o órgão do Ministério Público deve adotar uma das seguintes medidas possíveis: propositura imediata da ação penal ou civil; início de investigações que permitam a formação de seu convencimento; requisição de investigação à autoridade policial; encaminhamento das peças de informação ao órgão que tenha atribuição para a adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais cabíveis ou, por fim, promoção de arquivamento das peças, fulcrado no entendimento de que já estão devidamente instruídas e não apresentam suporte fático autorizador de ações judiciais ou extrajudiciais.

Considerando que junto ao Conselho Nacional do Ministério Público funciona a Corregedoria Nacional do Ministério Público, a consequência imediata da fixação do prazo é a de estabelecer parâmetro objetivo para a análise de eventual morosidade na atuação dos órgãos do Ministério Público.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos está presente em outras previsões cujo escopo foi o de impor limites ao subjetivismo dos órgãos ministeriais e facilitar a sindicabilidade de seus atos. Diz o art. 4º:

O procedimento investigatório criminal será instaurado por portaria fundamentada, devidamente registrada e autuada, com a indicação dos fatos a serem investigados e deverá conter, sempre que possível, o nome e a qualificação do autor da representação e a determinação das diligências iniciais.

Todos os atos do Ministério Público devem ser fundamentados (art. 93, IX c. c. art. 129, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil). A fundamentação permite a ampla defesa e o controle administrativo ou judicial do ato, já que, na hipótese de ausência dos pressupostos de atuação ou fragilidade dos fundamentos jurídicos invocados, o ato poderá ser combatido administrativamente e judicialmente, inclusive pela via do habeas corpus.

Por outro lado, a portaria inaugural do procedimento de investigação criminal torna pública a investigação e, necessariamente, acompanha as notificações ao investigado. Os seus termos devem proporcionar a ciência dos fatos e dos atos que apontam para a autoria, permitindo ao indigitado autor preparar-se para prestar declarações sobre o tema e orientar-se com advogado (art.6º, § 4º, da resolução). Tais exigências não estão presentes no inquérito policial, muito embora sejam facilmente deduzíveis do princípio do devido processo legal.

Outra questão crucial, no que diz respeito à submissão de investigados e testemunhas aos atos instrutórios do Ministério Público, é a que trata do tempo mínimo para atendimento das notificações da Instituição. Segundo o art. 6º, § 3º, da Resolução:

Ressalvadas as hipóteses de urgência, as notificações para comparecimento devem ser efetivadas com antecedência mínima de 48 horas, respeitadas, em qualquer caso, as prerrogativas legais pertinentes.

Não é razoável que as pessoas tenham que atender ao Ministério Público prontamente, já que estão envolvidas com suas atividades diárias e, neces-

sariamente, devem adequar suas rotinas à notificação, razão pela qual a fixação de prazo superior ao de vinte e quatro horas importa em prestigiar o interesse individual. Destacando-se que as prerrogativas das autoridades que gozam do privilégio de foro ou que por força das relevantes funções que exercem no Executivo, Legislativo e Judiciário, mereçam tratamento diferenciado, estão devidamente previstas nos §§ 4º, 5º e 6º, do art. 6º, da resolução.

A intimidade dos investigados encontra-se resguardada, consoante art.6º, § 8º, da resolução: “O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.”

Nunca é demais lembrar que o órgão do Ministério Público responde penal, civil e administrativamente pelo uso indevido das informações sigilosas a que teve acesso durante as investigações que presidiu e, deste modo, a resolução reforça a necessidade de cuidado no manuseio de tais dados.

O art. 7º da Resolução, ao prever que o autor do fato investigado será notificado a apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, facultado o acompanhamento por advogado, representa uma mitigação do princípio inquisitório em que se funda a investigação criminal. Não se estabelece o contraditório, porém, é evidente o ganho para o investigado que poderá ofertar e argumentar com o material que apresentou ao Ministério Público.

Na mesma linha, o art. 8º, da resolução, representa uma garantia de inexistência de investigações secretas, já que impõe a documentação de todos os atos como regra. O mesmo pode ser dito do art.11, já que a certificação da prática de certos atos revela a sua existência.

Por fim, o art. 13 da resolução, assevera que os atos e peças do procedimento investigatório criminal são públicos, observado o sigilo legal e o interesse das partes. Dito de outro modo, a publicidade está vinculada ao direito de defesa dos investigados e ao direito geral de informação. Ambos devem ser sopesados com os interesses da própria investigação à luz da presunção de inocência.

Em síntese, a resolução reafirma e impõe limites ao poder investigatório do Ministério Público e, com isso, viabiliza a atuação uniforme da Instituição e patenteia o compromisso institucional com o respeito e a promoção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

4.3 As requisições ministeriais

Para o pleno exercício de suas atribuições, o Ministério Público conta com diversos instrumentos extrajudiciais, tais como a recomendação, a notificação, o termo de ajustamento de conduta e a requisição.

A requisição, diferentemente do requerimento e da solicitação, que instrumentalizam pedidos e se sujeitam à análise de conveniência e oportunidade do destinatário, encerra uma ordem legal para que a obrigação seja atendida no prazo assinalado, sob pena de responsabilização penal, civil e administrativa.

A disciplina jurídica da requisição tem acento constitucional e detalhamento infraconstitucional. O art. 129, VI, da Constituição Federal preconiza que:

São funções institucionais do Ministério Público: expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

A concreção da norma constitucional operou-se com a edição da Lei Complementar n. 75, de 1993, particularmente artigos 7º e 8º, que delimitaram o instrumento jurídico, seu cabimento e as limitações procedimentais, tanto de cunho material como temporal.

Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;

II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito penal militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.

Ordinariamente, as requisições são expedidas para a instrução de procedimentos administrativos presididos pelo Ministério Público, hipótese do inciso I, e, dentre estes, pela grandeza dos temas que autorizam sua instauração, sobressai o inquérito civil. Contudo, por força do poder de investigação do Ministério Público, o procedimento de investigação criminal, disciplinado pela Resolução n. 13, de 02 de outubro de 2006, tem crescido em importância.

A matéria disciplinada nos incisos II e III refere-se às requisições que encerraram obrigações de fazer e se destinam àqueles agentes públicos cuja atividade funcional inclui a investigação criminal ou apuração de faltas administrativas. É relevante mencionar que o inciso II, em que pese transmitir a impressão de que, somente nos casos em que requisitou a instauração do inquérito policial, o órgão do Ministério Público poderá acompanhá-lo e apresentar provas, diz muito pouco sobre o tema.

Doutra parte, no inciso III, restou vedada à Instituição a requisição e, consequentemente, o acompanhamento e a produção de provas em procedimentos disciplinares, o que leva ao questionamento quanto à matéria do procedimento administrativo tratado no texto legal, aquele que pode ser requisitado, acompanhado e aperfeiçoado, em termos probatórios, pelo Ministério Público. O campo é vasto, e a título de ilustração é possível mencionar os procedimentos para apuração de infrações administrativas previstas nas leis municipais e estaduais que tratam de posturas, crimes contra as relações de consumo, defesa da infância e juventude e meio ambiente, enfim, que digam respeito aos direitos difusos e coletivos cuja defesa é atribuição do Ministério Público.

O art. 8º, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, resulta do detalhamento do art. 7º, inciso I, já que todos os seus incisos versam sobre a atuação ministerial na instrução de procedimentos próprios.

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial.

§ 1º – O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.

§ 2º – Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

§ 3º – A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

§ 4º – As correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público quando tiverem como destinatário o Presidente da República, o Vice-Presidente da República,

membro do Congresso Nacional, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro de Estado, Ministro de Tribunal Superior, Ministro do Tribunal de Contas da União ou chefe de missão diplomática de caráter permanente serão encaminhadas e levadas a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada, cabendo às autoridades mencionadas fixar data, hora e local em que puderem ser ouvidas, se for o caso.

§ 5º – As requisições do Ministério Público serão feitas fixando-se prazo razoável de até dez dias úteis para atendimento, prorrogável mediante solicitação justificada”.

A emissão da requisição cabe ao órgão do Ministério Público que presidir o procedimento no qual ela será expedida e, como destacado por Hugo Nigro Mazzili:

Desde que esteja o órgão do Ministério Público atuando dentro de sua área de atribuições, terá ele o poder de requisição, pouco importa seja federal, estadual ou municipal a autoridade, a repartição pública ou o órgão público destinatário da requisição.²⁰

Há entendimento no sentido de que notificações e requisições podem ser expedidas pelo Ministério Público independentemente da existência da prévia instauração de um procedimento. De se ver, porém, que a ausência de procedimento dificulta o controle interno e inviabiliza a defesa por parte dos destinatários, naqueles casos em que a legalidade da requisição é questionada. Nem se diga que a requisição é instrumento de atuação da Instituição, que é una e indivisível, e seus membros, com frequência, são substituídos, logo, na ausência de um procedimento, a memória dos fatos e a finalidade do ato podem se perder.

No tocante aos destinatários, Mazzili esclarece que:

²⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. Manual do Promotor de Justiça, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 327.

Não só repartições públicas, órgãos administrativos e organismos particulares estão sujeitos à dita requisição: também a pessoa física pode ser destinatária da requisição ministerial.²¹

Em se tratando dos Ministérios Públicos dos Estados, ordinariamente, as respectivas Leis Orgânicas fixam a disciplina das requisições em perfeita simetria com a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 e Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, lembrando que, nos termos do art. 80 da Lei n. 8.625, de 1993, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União aplicam-se subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados.

A própria Lei n. 8.625, de 1993, traz uma disciplina das requisições muito próxima do texto da lei complementar.

Assim, preceitua o art. 26 da Lei n. 8.625, de 1993:

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito penal militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

[...]

§ 1º As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.

§ 2º O membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

§ 3º Serão cumpridas gratuitamente as requisições feitas pelo Ministério Público às autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 4º A falta ao trabalho, em virtude de atendimento à notificação ou requisição, na forma do inciso I deste artigo, não autoriza desconto de vencimentos ou salário, considerando-se de efetivo exercício, para todos os efeitos, mediante comprovação escrita do membro do Ministério Público”.

Diversos outros textos legais tratam das requisições Ministeriais, em perfeita similitude com os dois diplomas legais acima mencionados, destacando-se, em razão do prazo que fixa, a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 8º, § 1º, que disciplina a ação civil pública:

O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

²¹ Op. cit. p. 327.

Outros diplomas que dão destaque às relevantes funções ministeriais e às requisições são: Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003) e Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que trata dos direitos dos portadores de deficiência, bem como o Código de Processo Penal, notadamente o art. 47:

Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam e possam fornecê-los.

Em razão da matéria, o descumprimento da requisição e a tipicidade adquirem outros contornos. Exemplificativamente, dentre as múltiplas atribuições do Ministério Público na defesa dos direitos da criança e do adolescente encontra-se a de instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais, federais, da administração direta, ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias (art. 201, VI, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Em caso de não atendimento, o art. 236, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe que configura crime: “Impedir ou embaraçar a ação de autoridade judiciária, membro do Conselho Tutelar ou representante do Ministério Público no exercício de função prevista nesta Lei”.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, traz tipo penal semelhante: Art. 109. Impedir ou embaraçar ato do representante do Ministério Público ou de qualquer outro agente fiscalizador: Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa”.

Já a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, que trata dos direitos dos portadores de deficiência, em seu art. 8º, VI, diz que: “Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil...”

A recusa ao atendimento das requisições ministeriais poderá, em tese, configurar, ainda, os crimes de desobediência (Art. 330, do CP), prevaricação (art. 319, do CP), abuso de autoridade (art.3º, “j”, da Lei n. 4.898, de 09 de dezembro de 1965) e supressão de documentos (art. 305, do CP):

Quanto aos dados que podem ser objeto das requisições ministeriais, tanto a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público garante o acesso do Ministério Público a informações sigilosas, mesmo quando o sigilo decorra de imposição legal, ressalvados os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal ou decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário (art. 5º, § 2º, da CF).

Matéria das mais controvertidas diz respeito ao sigilo das movimentações bancárias. O sigilo bancário, espécie do direito à intimidade e à vida privada, assegura a confidencialidade das informações e registros da vida econômico-financeira do indivíduo que estejam nos arquivos das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Muito embora não integre, de modo expresso, o rol dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, há consenso de que decorre da previsão do art. 5º, inciso X, da CF, que considera “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

O sigilo bancário acha-se disciplinado na Lei n. 4595, de 31 de dezembro de 1964 e não tem caráter absoluto, já que, em sede de ponderação da proteção conferida a bens jurídicos diversos, pode ser afastado para atendimento daqueles interesses que, momentaneamente, mereçam prevalecer. Firme na ponderação de valores e na proporcionalidade, com fundamento legal no §1º, do art. 38, da referida Lei, inúmeras decisões judiciais têm assegurada essa garantia.

De qualquer modo, predomina o entendimento que a quebra de sigilo bancário depende de autorização judicial e que não cabe ao Ministério Público requisitar diretamente tais dados. Uma reconhecida exceção a tal posicionamento está sendo construída lentamente e diz respeito aos dados bancários dos Poderes, Órgãos ou entidades que administrem ou se utilizem de verbas públicas. No interesse da defesa do patrimônio público admite-se que o Ministério Público tem legitimidade para solicitar informações de correntista sem autorização judicial, desde que se tratem de movimentação de verbas públicas.

4.4 Tramitação direta do inquérito policial entre a polícia e o Ministério Público

O Conselho da Justiça Federal, por meio da Resolução n. 63, de 26 de junho de 2009, disciplinou a tramitação direta dos inquéritos policiais entre o Ministério Público Federal e a Polícia Federal e determinou que a distribuição judicial ocorra somente naqueles casos em que forem formulados pedidos cautelares. Os principais argumentos que fundamentam a medida são o sistema acusatório, a titularidade da ação penal pública por parte do Ministério Público e a desnecessidade de controle judicial de atos que não afetam direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

O sistema processual penal pátrio moldado pela Constituição da República Federativa do Brasil é o acusatório e confere ao magistrado a figura de salvaguarda de direitos e garantias fundamentais no transcurso da primeira fase da persecução penal. Justamente porque será ele o destinatário de eventual ação penal ajuizada com suporte na investigação preliminar, deve afastar-se de qualquer atividade que implique formação de convencimento prévio a respeito do fato criminoso noticiado e apurado. É o titular da ação penal que deve fiscalizar a investigação preliminar, vez que necessariamente a ação penal deverá guardar lastro mínimo de plausibilidade da acusação que veicula pautada em elementos de informação colhidos por meio de investigação prévia (policial ou não).

Uma vez que em regra a ação penal é de iniciativa pública, resta claro ser o Ministério Público o destinatário imediato e principal do inquérito policial. Ainda, o exercício da atribuição de controle externo da atividade policial, só se materializa por meio do contato mais próximo com a tramitação da investigação. Sendo assim, a manutenção da tramitação judicial do inquérito policial, além de contrariar o próprio modelo acusatório adotado pelo Brasil, contribui para a morosidade da persecução penal.

Segundo as regras do Código de Processo Penal, o delegado de polícia, findo o prazo de conclusão do inquérito policial, deverá remeter os autos ao Judiciário (art. 23), e, se for o caso, solicitar mais prazo para a finalização das investigações (art. 10, §§ 1º e 3º). O juiz pode requisitar diligências à autoridade policial (art. 13, II, primeira parte), passando por ele, ainda, o exame das diligências requisitadas pelo Ministério Público (art. 16).

De todo evidente que tais dispositivos legais constituem resquícios inquisitoriais de nosso sistema processual penal. É sabido que a principal característica do sistema inquisitório é a superposição de tarefas investigatórias e de julgamento conferidas ao juiz. De fato, o Código de Processo Penal, ao preconizar a participação judicial no trâmite do inquérito policial, criou perigosa concentração de tarefas persecutórias e decisórias em um mesmo órgão. Ocorre que, com a Constituição (vide, especialmente, mas não só, o art. 129, I), adota-se, em sua plenitude, o sistema processual acusatório, no qual há nítida separação entre as funções de acusar e julgar. Dessa forma, o Ministério Público passou a ser praticamente o único propulsor do processo penal, participando ativamente da investigação e da apreciação preliminar da qualificação jurídica do fato e da análise sobre autoria, materialidade e subsunção legal da conduta na tese delituosa. As únicas exceções ficam por conta dos casos em que a ação penal é de iniciativa privada, com início por ato do ofendido ou de seu representante legal, ou subsidiária da pública, na hipótese de inércia do Ministério Público.

No sistema acusatório, o juiz, como regra, deve afastar-se do inquérito policial para resguardo da imparcialidade judicial. Caso participe ativamente da investigação pré-processual, como poderá decidir sobre o mérito, proferindo sentença, sem comprometer sua esperada imparcialidade? E se o juiz não participa ativamente da investigação – limitando-se, como se vê, cotidianamente, a delegar ao cartório judicial a abertura de vista dos autos ao Ministério Público, quando o inquérito chega da polícia bem como o seu retorno após manifestação ministerial, então para que as “esdrúxulas” normas que exigem o “passeio” dos autos pelo Poder Judiciário?

O fato é que, embora aplicados no cotidiano forense, os dispositivos do Código de Processo Penal acima citados não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

O requerimento de novo prazo para a conclusão de diligências, formulado pelo delegado de polícia, deve ter como destinatário o Ministério Público. Os dispositivos reguladores da tramitação do inquérito policial entre a polícia judiciária e o Ministério Público, com intermediação do Judiciário, não integram o ordenamento jurídico criado pela Carta de 1988.

Doutrina respeitada tem alertado para a necessidade das mudanças.²²

Todavia, não há necessidade de modificação legislativa. É papel dos tribunais apararem os resíduos inquisitoriais em nosso modelo de processo penal, evitando-se a aplicação acrítica de diversos dispositivos legais em desarmonia com o sistema acusatório.

Do ponto de vista da qualidade da prova colhida no inquérito, os dias gastos com deslocamentos entre a Polícia o Judiciário e o Ministério Público, serão transformados em períodos de realização de diligências policiais e de análise dos autos pelo membro do Ministério Público.

Os juízes se libertarão da anômala função de controle burocrático do inquérito, que não lhes cabe e lhes ameaça retirar a imparcialidade. Os servidores do cartório dedicar-se-ão à realização de suas tarefas típicas.

Em jogo, valores importantes: celeridade (art. 5º, LXXVIII, da Constituição), eficiência (art. 37, caput, da Constituição), desburocratização, remessa das peças investigatórias diretamente ao titular do exercício da ação penal, destinatário de toda a massa de informações produzidas no inquérito, eliminação do intermediário que não tem competência ou atribuição para interferir na produção de diligências inquisitoriais, e diminuição dos riscos da prescrição.

É preciso, portanto, que a atuação ministerial esteja voltada para a implementação de medidas tendentes a simplificar o trâmite de inquéritos policiais, com fluxo direto entre a autoridade policial e o Ministério Público, e vice-versa. E isso pode ser feito independentemente de reformas legislativas, bastando a interpretação das normas infra-constitucionais em conformidade com os institutos e sistemas criados pela Constituição, como já ocorreu com a edição da Resolução n. 63, de 26 de junho de 2009, do Conselho da Justiça Federal.

²² Ribeiro (2000, p.466); Lopes Jr (2003, p.162-163); Hamilton (1998, p. 133-134); Prado (2001, p. 198-199).

4.5 O Ministério Público e a titularidade privativa dos procedimentos cautelares

A titularidade privativa do Ministério Público para a promoção da ação penal pública, diz respeito também a todos os demais procedimentos e processos de natureza cautelar.

Para além da tão (re)conhecida compreensão de que o titular das ações acessórias seja, necessariamente, o titular da ação principal, firme-se que devido ao caráter nitidamente instrumental das primeiras em relação à última, devem ser elas conduzidas pelo titular segundo a estratégia processual considerada eficiente para viabilizar a ação principal.

O manejo de qualquer ação judicial, notadamente das cautelares, somente cabe a quem esteja na legítima condição de parte para o possível e futuro processo principal. É nessa perspectiva que se mostra necessária toda uma revisão acerca do manejo das ações cautelares atualmente cabíveis no âmbito estreito da persecução penal. Nesse particular, afigura-se que ainda oportuna, não obstante o tempo de vigência da atual Constituição Federal brasileira, adequar, senão mesmo corrigir, o devido processo legal no âmbito da restrição cautelar de direitos fundamentais na persecução penal.

Há muito vem sendo reproduzido, na praxe forense, no tocante às ações cautelares do processo penal, uma prática inadequada ao devido processo legal constitucionalmente estabelecido. Vale dizer, faz-se como na vigência da ordem constitucional pretérita, quando se admitia o compartilhamento da titularidade da ação penal pública entre Ministério Público, delegados de polícia e até autoridade judiciária. Nessa direção, efeito da titularidade privativa da ação penal pública, que nenhuma outra autoridade/órgão/pessoa encontra-se legitimada, senão órgão do Ministério Público, a postular/prender/veicular medida judicial para fins de prevenir/viabilizar/adequar/salvaguardar/instrumentalizar futura ação penal pública.

Justificava-se, no regime constitucional anterior, a representação direta entre delegado de polícia e Poder Judiciário, em vista daquele deter parcela da titularidade na persecução penal. Agora, não mais! Sequer o Poder Judiciário pode adotar medida cautelar de ofício na persecução penal ante a exigência de imparcialidade e ao novo papel conferido ao Ministério Público como titular exclusivo da ação penal pública e do encargo de exercer o controle

externo da atividade policial. Sopesando essas novas funções aos agentes envolvidos na persecução penal está o princípio acusatório, conforme sedimentado por atualizada literatura jurídico-processual.

Na atual ordem jurídica constitucional, a capacidade postulatória para os atos judiciais pertinentes à ação penal pública deverá estar conjugada e condiscente com o controle externo da atividade policial. Nesse sentido, as representações noticiando possível necessidade de medida cautelar para fim de viabilizar a apuração de infração penal, ou mesmo para assegurar a eficácia de futuro processo penal, estão incluídas no contexto maior do controle externo da atividade policial. Cabe à Instituição conhecer e avaliar se os motivos fáticos noticiados pela autoridade investigante - pois deve restringir-se a eles - na representação, acompanham a linha estratégica a ser adotada em futuro processo e, ainda, se a medida sugerida pela polícia é, ou não, necessária e adequada aos fins da apuração da infração.

Essa perspectiva viabiliza, a um só tempo, o resguardo do devido processo legal na restrição cautelar de direito fundamental, tendo o Ministério Público como titular privativo da capacidade postulatória para adoção de medida judicial preventiva, além de possibilitar, sobretudo, um efetivo controle da atividade policial no respeito aos direitos fundamentais.

4.6 Ações por ato de improbidade administrativa decorrentes da prática de crimes por policiais

Para se falar do tema que intitula o presente tópico, é preciso ter em mente que, a prática de crime por integrantes das corporações policiais é, em tese, apta por si só, para configurar ato de improbidade administrativa. Isso porque, o artigo 11, caput, da Lei n. 8.429/92 dispõe que “constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

Tal dispositivo, se por um lado é alvo de críticas severas - sob a alegação de que sua redação permitiria que qualquer ilegalidade desse azo à imputação de improbidade administrativa - , por outro é tido como importante passo dado pelo legislador no combate a condutas que, embora danosas ao Estado, não eram passíveis de punição. Este é o entendimento de Emerson Garcia:

O amplo horizonte que se apresenta à atuação estatal e a quase que total inviabilidade de uma produção normativa casuística quanto aos ilícitos passíveis de serem praticados pelos agentes públicos, não poderiam ser erigidos como óbices à observância dos vetores básicos da atividade estatal, razão de ser do próprio Estado Democrático de Direito. Sensível a tal realidade, optou o legislador por integrar o art. 137, § 4º, da Constituição com preceitos que permitissem a imediata subsunção, e consequente coibição, de todos os atos que violassem os princípios condensadores dos deveres básicos dos agentes públicos.²³

Na mesma linha é a doutrina de Wallace Paiva Martins Júnior:

A violação de princípio é o mais grave atentado cometido contra a Administração Pública, porque é a completa e subversiva maneira frontal de ofender as bases orgânicas do complexo administrativo. Grande utilidade fornece a conceituação do atentado contra os princípios da Administração Pública como espécie de improbidade administrativa, na medida em que inaugura a perspectiva de punição do agente público pela simples violação de um princípio, para assegurar a primazia dos valores ontológicos da Administração Pública, que a experiência mostra tantas vezes ofendidos à míngua de qualquer sanção.²⁴

O sistema instituído pela Lei n. 8.429/92, portanto, não visou a proteger apenas a parcela de natureza econômico-financeira do patrimônio público. Daí porque Maria Sylvia Zanella di Pietro “ inseriu a Moral no âmbito do Direito, ao considerar como atos de improbidade os que atentem contra os princípios da Administração (art. 11). Com isso, a lesão à moralidade administrativa constitui ato de improbidade sancionado pela lei.”²⁵

²³ GARCIA, Emerson . Improbidade Administrativa, 2.ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 284-285.

²⁴ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 224.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1990. p.165.

O citado dispositivo é, assim, norma residual da qual deve o intérprete lançar mão quando o ato de improbidade não tiver gerado nem enriquecimento ilícito para agente, nem prejuízo ao patrimônio público (artigos 9º e 10 da Lei n. 8.429/1992).

O policial, seja civil, militar ou federal, integra os órgãos de Segurança Pública do Estado cujas missões são manter a ordem, garantir a paz social, prevenir e combater a criminalidade. Portanto, mais que qualquer outro servidor, o policial tem o dever jurídico de agir para impedir a lesão às pessoas e aos seus bens²⁶. Parece, então, ser imprescindível que se estabeleça um padrão mínimo de conduta para sua atuação. É inadmissível que um policial pratique crime, igualando-se aos criminosos que tinha o dever de combater. Por isso, deve-se exigir maior rigor na sua atuação funcional, assim como maior padrão de conduta moral e ética, inclusive na sua vida privada, pois só assim poderá ser exigido do cidadão igual conduta. Qual a legitimidade teria para exercer suas funções o policial que incide em tipo penal doloso? Com que legitimidade abordaria e autuaria aqueles que pratiquem igual conduta? Como exercer o dever de fiscalizar outras pessoas, impedindo-as de praticar as mesmas condutas ilícitas que, privadamente, também já protagonizou?

Deve-se reconhecer, portanto, que a prática, pelo policial, de conduta tipificada como crime, associada à de servidor público, são suficientes para configurar ato de improbidade administrativa e ainda que a ação ocorra no âmbito da sua vida privada, viola os princípios da Administração Pública. A par da evidente ofensa aos princípios da honestidade e legalidade, deve-se ressaltar, na situação particularmente examinada, a violação ao princípio da lealdade.

Sobre tal princípio, vale a pena anotar a doutrina compilada por Wallace Paiva Martins Júnior

Mário Mazagão, por sua vez, alude ao dever de fidelidade como o mais importante do funcionário público, **porque compreende os demais e antecede o exercício do cargo, explicado como sua adesão ‘aos interesses superiores do estado e jamais se coloca em antagonismo com os fins e o prestígio da adminis-**

²⁶TJDFT, APC 2000.01.1.091604-9, voto revisor proferido pela Desembargadora Vera Lúcia Andrighi.

tração’, ‘bem como envolve o ‘respeito às instituições, e se opõe a atividades que procurem subvertê-las, prestigiando a objetividade e a imparcialidade, expressão esta geralmente identificado com lealdade.²⁷ [...] Hely Lopes Meirelles identifica lealdade à fidelidade, exigência de maior dedicação ao serviço e o integral respeito às leis e às instituições, impedindo a atuação do agente público contra os fins e objetivos da Administração pública, além do dever de conduta ética decorrente do princípio da moralidade administrativa.”²⁸
(grifo nosso)

Posta a questão desse modo, fácil perceber que o policial que pratica crime falta com o dever de honestidade, legalidade, e especialmente, de lealdade à instituição que representa. Assim, o policial que atua em desrespeito aos citados princípios, compromete a lisura da atividade policial, denegrindo a imagem e a credibilidade das Polícias perante a população, que, ao invés de depositar nas instituições a confiança merecida e que se espera, passa a temê-la por seus agentes e suas condutas.

Lembre-se que as corporações policiais são pautadas pela ordem e disciplina, e exigem que seus agentes procedam de maneira ilibada, em qualquer circunstância. Por essa razão são rígidos os requisitos para o ingresso nos diversos cargos policiais, que não são dispensados ao longo da carreira. Nesse sentido, anote-se julgamento recente do Supremo Tribunal Federal:

Concurso público. Policial civil. Idoneidade moral. Suspensão condicional da pena. Art. 89 da Lei n. 9.099/1995.

1. Não tem capacitação moral para o exercício da atividade policial o candidato que está subordinado ao cumprimento de exigências decorrentes da suspensão condicional da pena prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95 que impedem a sua livre circulação, incluída a frequência a certos lugares e a vedação de ausentar-se da comarca, além da obrigação de comparecer pessoalmente ao Juízo para justificar suas atividades. reconhecer que candidato assim limitado preencha o requisito da idoneidade moral necessária ao exercício da atividade policial não

²⁷Martins Júnior, op. cit. , p. 62-63.

²⁸Meirelles, op. cit. , p. 62-63.

é pertinente, ausente, assim, qualquer violação do princípio constitucional da presunção de inocência.

2. Recurso extraordinário conhecido e provido.²⁹
(grifo nosso)

Policiais, portanto, mesmo em suas vidas privadas, não podem praticar condutas que não sejam compatíveis com o cargo que ocupam e que possam comprometer a idoneidade do órgão que representam. Daí porque, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, é passível de configurar ato de improbidade administrativa. É indubitável que o crime perpetrado pelo policial projeta-se para o âmbito interno da administração pública. O dano ao patrimônio moral do Estado é evidente quando seus servidores agem de forma contrária às normas que têm por obrigação preservar e fiscalizar.

É imprescindível alertar, todavia, que a correta tipificação de uma conduta como ato de improbidade administrativa (art. 11 da Lei n. 8.429/92), não prescinde da aplicação do princípio da proporcionalidade. Como bem observado por Fábio Medina Osório,

nem todas as ineficiências ou mesmo desonestidades serão tuteladas pela Lei de Improbidade Administrativa. Há um universo de imoralidades que fica fora do alcance legal por razões de legalidade, tipicidade ou mesmo ilicitude (gravidade). O postulado da proporcionalidade vai ditar essas ponderações em cada caso concreto.³⁰

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, apesar da enorme base teórica que orienta sua aplicação, não dispensa algum grau de subjetivismo. Sua utilização, portanto, a fim de evitar “as consequências que adviriam da aplicação indiscriminada da Lei n. 8.429/92”, exige, conforme afirma Emerson Garcia

que o operador do direito realize uma valoração responsável da situação fática”, na qual “natureza do ato”, “a preservação do

interesse público e da realidade social”, deverão ser cotejadas “com o fim perseguido pelo Constituinte com a edição dos arts. 15, V e 37, § 4º, qual seja, que os agentes públicos respeitem a ordem jurídica, sendo justos e honestos, tudo fazendo em prol da coletividade.³¹

Nesse ponto, destacam-se as hipóteses de crimes de menor e de médio potencial ofensivo, cujos autores são beneficiados com o uso das medidas despenalizadoras disciplinadas pela Lei n. 9.099/95.

Por certo, só o fato de um crime ser classificado, em função da pena, como de menor ou de médio potencial ofensivo, não impossibilita que sua prática seja também qualificada como ato de improbidade administrativa já que o abuso de autoridade e o crime de prevaricação, dentre outros, são, em tese, aptos para violar efetiva e significativamente os princípios da Administração Pública.

É sabido também, que, salvo exceções, as decisões da esfera penal não repercutem na área cível e que a independência funcional pauta a atuação dos membros do Ministério Público. Não obstante, surgem os seguintes questionamentos: poderia o Ministério Público se convencer da possibilidade de aplicação dos institutos previstos nos artigos 74 e 89 da Lei n. 9.099/95 e, depois, diante dos mesmos dados fáticos, convencer-se da existência de ato de improbidade para propor ação visando à condenação à perda de cargo público e à suspensão de direitos políticos, dentre outras sanções?

Entende-se que não. A incoerência seria evidente. E isso é tudo o que o Ministério Público, em razão da sua unidade institucional, deve evitar.

No caso particular do crime de abuso de autoridade, lembre-se, ademais, que a própria Lei nº 4.898/65 traz dispositivo que prevê a aplicação de sanção de perda do cargo público. No entanto, se no âmbito penal, não se vale o Ministério Público desse permissivo legal, convencido, ao invés, ser caso de aplicação dos artigos 74 e/ou 89 da Lei nº 9.099/95, qual seria a justa causa para embasar eventual ação de improbidade administrativa? Por que o Ministério Público deveria valer-se de pleitos mais severos só na esfera da improbidade

²⁹ RE 568030/RN, rel. Min. Menezes Direito, 2.9.2008. (RE-568030)

³⁰ Entrevista ao periódico Carta Forense, fev/2008

³¹ Op. cit. p.114 -116.

administrativa, quando, na seara penal, os mesmos fatos também poderiam fundamentar a perda do cargo público? Seria uma atuação coerente? Seria uma atuação amparada por razoabilidade e proporcionalidade?

Ao oferecer a transação penal ou a suspensão condicional do processo, o Ministério Público, naturalmente, entende que o autor do fato preenche os requisitos a concessão dos benefícios processuais. Isso significa, a contrario sensu, que se entende que a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime não justificavam o início, ou o prosseguimento da ação penal, sendo as medidas despenalizadoras oferecidas consideradas as necessárias e suficientes para demonstrar a reprovação estatal à conduta do autor ao fato.

Medidas mitigadoras e compensatórias, tais como os institutos dos arts. 74 e 89 da Lei n. 9.099/95, são ontologicamente contrárias à essência da Lei n. 8.429/92, que expressamente traz em seu § 1º do art. 17 o seguinte comando peremptório: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.” Seria, portanto, desproporcional, em contraste com a valoração dos fatos feita pelo Ministério Público no âmbito penal, entender a conduta aqui em análise como ato de improbidade administrativa, conduta tão grave a ponto de ensejar a suspensão dos direitos políticos – que importa restrição ao exercício da cidadania - e a perda da função pública – que significa restrição ao exercício de atividade laborativa lícita.

Consolidando a eficácia da Lei n. 8.429, é necessário, conforme já registrado, cautela no manejo de seus institutos, sob pena da banalização e vulgarização da Lei de Improbidade Administrativa. Por essa premissa, portanto, deve se orientar a atuação do Ministério Público, que, como um todo, deve estabilizar entendimento e atuação a fim de, além de fortalecer e dar credibilidade à Instituição, evoluir na interpretação/aplicação da Lei n. 8.429/92. Portanto, a orientação, aqui, é a de que prevaleça a atuação uníssona dos órgãos do Ministério Público.

Outro ponto que merece atenção é o prazo prescricional de regência da ação de improbidade administrativa, cuja causa de pedir remota seja a prática de um determinado crime.

No que interessa à hipótese sob análise, o art. 23 da Lei n. 8.429/92 estabelece que “as ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas dentro do prazo prescricional previsto em lei específica

paras faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”.

O prazo prescricional, portanto, será aquele estabelecido pelo regime jurídico a que estiver sujeito o policial integrante de determinada corporação.

No entanto, alguns regimes jurídicos, com destaque para a Lei n. 8.112/90, em seu art. 142, § 2º, estabelecem que os prazos prescricionais previstos na lei penal aplicam-se às infrações disciplinares também capituladas como crime. Assim, no que diz respeito ao regime jurídico do policial, é bastante provável que haja norma similar, quando, então, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa não será aquele previsto para as punições disciplinares que resultem em pena de demissão, mas aquele do crime imputado ao policial, que poderá ser maior ou menor do que cinco anos.

Outro ponto que merece comentário é o relativo à coexistência da sanção administrativa, penal e aquela decorrente da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Pergunta-se: há interesse em propor a ação quando, por exemplo, o policial já houver sido demitido administrativamente ou quando a perda do cargo já houver sido decretada em sentença penal?

Entende-se que sim.

Ressalte-se, em primeiro lugar, que a sanção aplicada ao final do processo disciplinar tem natureza administrativa. Assim, em que pese a estabilidade e seriedade de referido ato, não se reveste da autoridade da res judicata, própria das decisões judiciais.

Bem se sabe, pois, que as decisões administrativas podem ser revistas a qualquer tempo pela Administração, uma vez que os atos administrativos, além de serem passíveis de impugnação mediante recurso administrativo (art. 174 e seguintes da Lei n. 8.112/90), são revogáveis ex officio, por motivos de conveniência e oportunidade do administrador (Súmula n. 473 do STF).

Além de revogáveis, os atos administrativos podem ser anulados pela própria Administração Pública, por reconhecimento de vícios administrativos (Súmula n. 346 do STF).

Ademais, há ainda a possibilidade de concessão de anistia, por meio de lei, aos agentes sancionados administrativamente.

Desse modo, há de ser reforçado aqui a questão da autonomia das instâncias já que determinado fato pode repercutir nas esferas cível, penal, administrativa e de improbidade, ensejando a imposição de sanções dessas diversas naturezas em decorrência da prática de um mesmo ato. É dizer, há uma evidente concomitância das instâncias estabelecida na legislação pátria e amplamente reconhecida pelos tribunais.

Sobre a independência e comunicabilidade das instâncias em referência, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera que:

Consoante já assinalado, os atos de improbidade estão definidos nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8.429/92. Muitos deles podem corresponder a crimes definidos na legislação penal e a infrações administrativas definidas nos Estatutos dos Servidores Públicos. Nesse caso, nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal. A primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no Estatuto funcional; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicar as sanções previstas na Lei n. 8.429/92; e a terceira vai apurar o ilícito penal segundo as normas do Código de Processo Penal.³²

Aliás, o art. 37, §4, da Constituição Federal e o art. 12 da Lei n. 8.429/92 ressaltam, expressamente, que as sanções ali cominadas independem das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, in verbis:

Art. 37, § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstos em lei, **sem prejuízo da ação penal cabível.**

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 13. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 666/667)

Art. 12 **Independente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica**, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações. (grifos nossos)

Decorre daí, o fato da perda do cargo ter sido decretada no âmbito penal e em nada afetar o objeto da lide.

Nesse sentido, veja-se o voto do Ministro Joaquim Barbosa (STF – Pet. 3923):

É bom lembrar, a propósito, como bem mostra Eduardo Fortunato Bim, em brilhante artigo que me chegou às mãos, que **“nosso sistema constitucional não repudia a duplicidade de sanções iguais quando o escopo dos processos de punição é diferente”** (crimes comuns versus crimes de responsabilidade ou políticos). **Esta duplicidade de sanções resultante da duplicidade de regimes de responsabilização é facilmente demonstrável**, segundo Bim. Diz ele: nos crimes de responsabilidade do Presidente da República e eventualmente dos ministros de Estado, se conexos com os daquele, “a condenação se limita à perda do cargo e à inabilitação por oito anos para o exercício de função pública”, mas **“sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”** (CF. Art. 52, parágrafo único). A Ação Penal 307, julgada por esta Corte, em 1994, em seguida ao processo de impeachment do Presidente Fernando Collor, disso prova irrefutável. **Essa mesma duplicidade de responsabilização pode ser encontrada nas normas infraconstitucionais relativas à responsabilização dos servidores públicos, que se submetem concomitantemente à responsabilização administrativa (lei n. 8.112/1990, art.) à responsabilização penal (cp, arts. e seguintes) e à responsabilização civil, esta nas hipóteses em que causarem danos a terceiros e forem condenados a assumir os respectivos ônus em ação regressiva. é nessa mesma direção que aponta o art. 12 da lei de improbidade administrativa, ao dispor claramente o seguinte: “independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes sanções”. daí a afirmação irretocável do ministro paulo**

Brossard, quando, em sua clássica monografia sobre o impeachment, ele sustenta o seguinte:

‘De resto, a dualidade de sanções que, em virtude de um mesmo fato, podem incidir sobre a mesma pessoa, não é peculiaridade deste capítulo do direito constitucional. Algo semelhante ocorre quando, pela mesma e única feita, conforme seja ela, o funcionário público responde a processo administrativo e a processo penal, sujeito assim a pena disciplinar e a pena criminal. [...] originadas de uma causa comum, semelhantemente, sanções políticas podem justapor-se a sanções criminais, sem litígio, sem conflito, cada uma em sua esfera. Com efeito, à dupla sujeição se subordinam certas autoridades, cujo procedimento ora enseja apenas o impeachment, ora permite que a sanção política se adicione à sanção penal’. Paulo Brossard de Souza Pinto, “*O Impeachment*”, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Globo, 1965, p. 65-66).

Ora, como afirma Eduardo Bim, se o nosso ordenamento jurídico admite, em matéria de responsabilização dos agentes políticos, a coexistência de um regime político com um regime puramente penal, por que razão haveria esse mesmo ordenamento jurídico de impedir a coabitação entre responsabilização política e improbidade administrativa? Noutras palavras, se a Constituição permite o mais, que é a cumulação da responsabilidade política com a responsabilidade penal, por que haveria de proibir o menos, isto é, a combinação de responsabilidade política com responsabilidade por improbidade administrativa? Insisto, Senhora Presidente. Não há impedimento à coexistência entre esses dois sistemas de responsabilização dos agentes do Estado.

(grifos nossos)

Assim, sob pena de violação à norma federal, não se pode pretender limitar a repercussão da conduta do agente, apenas porque ele já foi punido criminalmente.

O fato de o juízo criminal já haver determinado a perda do cargo público, não retira o interesse na emissão de outro título judicial impondo a mesma pena, tendo em vista as particularidades da instância criminal, da qual esta

é independente. Aqui, cabe destacar a possibilidade de, na instância penal, ocorrer prescrição - a afetar a pena acessória de perda do cargo público -, revisão criminal, bem como a interposição de *habeas corpus*.

Anote-se a existência de pelo menos dois casos concretos em que o Superior Tribunal de Justiça³³, após trânsito em julgado de sentença criminal, conheceu de *habeas corpus* nos quais se questionavam, exclusivamente, a decretação da perda do cargo público. Assim, embora ao final a ordem não tenha sido concedida, deve-se ponderar que o alargamento das hipóteses de admissão de *habeas corpus* desenhada pelos tribunais, em especial os Tribunais Superiores, criam grau de incerteza jurídica que, também por isso, legitimam o pedido de perda do cargo público em sede de ação de improbidade administrativa, mesmo quando igual sanção já houver sido imposta em sentença condenatória criminal com trânsito em julgado.

Tais fatos devem, portanto, levar à reflexão sobre a necessidade e conveniência de se propor a ação por ato de improbidade administrativa, mesmo quando a impressão inicial de que seu objetivo já foi alcançado por outros meios. Ademais, não se deve confundir, porque diversos os fundamentos, a decretação de perda do cargo enquanto efeito da condenação criminal (art. 92, I, “a” e “b”, do Código Penal ou art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.455/97) com a perda do cargo como uma das medidas de natureza política-civil previstas no art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa. Aos argumentos já expostos, acresça-se, por fim, que o pedido da ação de improbidade administrativa não se resume à perda do cargo, constituindo-se este apenas em uma das medidas previstas no art. 12 do diploma legal. Acaso reconhecido o ato de improbidade, o requerido poderá ter suspenso os direitos políticos, ser multado e proibido de contratar com o Poder Público.

De todo o aqui exposto, é certo que há muita polêmica e pouca sedimentação na doutrina e na jurisprudência. No entanto, apresentam-se os argumentos acima para reflexão, de forma a fomentar o debate e orientar a atuação do Ministério Público Nacional no combate à improbidade administrativa no meio policial, como parte, ademais, do exercício do controle externo.

³³HC 132.064/DF e HC 92.247/DF.

5. CONTROLE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR: NUANCES ESPECÍFICAS DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL JUDICIÁRIA MILITAR

A atividade de controle externo da atividade policial judiciária militar possui nuances muito próprias que a diferem da que visa ao controle externo da atividade policial em geral. Sua abordagem tem que ser feita de forma diferenciada, a fim de facilitar a atuação ministerial nessa área, sem prejuízo do que já foi exposto, *mutatis mutandis*.

5.1. Algumas características e problemas especiais que diferenciam a atividade policial militar e policial judiciária militar

5.1.1 Descentralização extrema

O art. 7º do Código de Processo Penal Militar atribui sua titularidade a várias autoridades militares, em especial, as que exercem qualquer comando, chefia ou direção. Isto a torna uma atuação de oportunidade, descentralizada, o que gera problemas tanto para o exercício da polícia, quanto para seu controle externo: é difícil tomar conhecimento de todos os inquéritos instaurados, das omissões e das soluções informais. Isto se agrava com a ausência física do Ministério Público especializado, normalmente situado em poucas cidades, dificultando o acesso do cidadão civil e militar à Justiça e a chegada de informações ao Dono da Ação.

5.1.2 Falta de especialização ou formação específica dos encarregados de inquérito penal militar e titulares da polícia judiciária militar

A alta rotatividade de oficiais e acúmulo de funções faz com que raramente algum oficial chegue a adquirir experiência na função de investigar, deixando a qualidade da investigação totalmente na dependência da sorte de o encarregado ter perfil, conhecimento e tempo para um bom trabalho. A formação é insuficiente para tal exercício. É comum observarmos:

- má qualidade por parte dos relatórios e das investigações;
- a necessidade constante de requisição de diligências básicas;

- a consequente perda da oportunidade em alguns casos;
- a realização de algumas delas pelo próprio Ministério Público ou com a presença dele, em casos em que isto seria dispensável.

Em investigações mais complexas, quando não há o acompanhamento desde o início pelo Ministério Público, por vezes se refaz toda a investigação por meio de diligências ou investigação direta.

A eficiência cai e há uma tendência de acúmulo progressivo de feitos, já que o resultado de requisições chega junto com novos procedimentos. Sem a investigação direta é quase impossível investigar crimes militares, pois além de tal deficiência, a polícia investiga a própria polícia.

5.1.3 Alguns casos de corporativismo e resquícios de cultura de solução administrativa ou informal para crimes

Muito já se evoluiu, mas ainda há alguns casos em que encontramos:

- uma má-vontade para apuração de casos que envolvam oficiais de postos mais elevados;
- uma má-vontade em relação à apuração de crimes praticados por militares estaduais ou federais contra criminosos;
- alguns entendimentos de que qualquer gestão do Ministério Público sobre a atuação dos comandantes militares estaria ferindo a discricionariedade administrativa;
- algumas antigas resistências culturais à instauração de inquérito penal militar decorrentes de entendimentos de que seria mostra de pouca disciplina, de falta de atuação firme do comandante, e outros;
- certas restrições de acesso aos livros “de parte de dia” ou de “ocorrências” que poderiam dificultar o controle de objetos apreendidos e encaminhados à Polícia Civil.

5.1.4 Desconhecimento da atividade de polícia judiciária militar pelos próprios operadores de direito

Isto acontece mais na esfera federal, já que a sociedade está mais acostumada a ver as Polícias Militares na rua. As faculdades de Direito, em geral, pouco ou nada ensinam sobre a Polícia Judiciária Militar, já que pouco ensinam sobre direito penal militar ou processo penal militar. Em razão disso, em casos de grande repercussão em especial em grandes operações legais de polícia judiciária militar, são causados certos constrangimentos aos executantes e aos membros que estão no controle externo.

A garantia para as ações legais de polícia judiciária militar ocorrerem é atividade de controle externo, como também é a prevenção e punição de abusos nessas atividades.

5.1.5 Desconhecimento pelo cidadão civil ou militar das formas de questionar e denunciar ilegalidades na conduta policial e policial judiciária militar. Abusos policiais, formas de abordagem e atuação. Forma de lidar com a população

Gradativamente, o cidadão vem tomando conhecimento de como agir contra o abuso e a violência policial. No que tange às atividades de polícia judiciária militar como indiciado, testemunha, ofendido e até como pessoas indiretamente atingidas pelas investigações e ações, parece-nos que a dificuldade é maior pelo desconhecimento, principalmente quando se trata da atuação das Forças Armadas. Importante tomar conhecimento de abusos que ocorreram. Importante o treinamento adequado para lidar com as situações mais simples e mais extremas ao lidar com o público.

5.1.6 Diretrizes e determinações de comandos que impedem o envio direto, dificultam ou retardam a tramitação de inquérito penal militar, autos de prisão de flagrante, perícias e resultados de diligências

Ainda existem diretrizes e ordens que exigem a remessa de autos de inquérito penal militar e autos de prisão de flagrante para escalão superior ao da autoridade instauradora em lugar da remessa direta às auditorias, contrariando frontalmente o disposto no Código de Processo Penal Militar, sob o argumento de analisar os autos de inquérito penal militar sob os aspectos de forma e conteúdo e evitar que sejam encaminhados à Auditoria Militar

contendo erros que podem ser corrigidos. Que erros? Terminado o inquérito penal militar, havendo seu relatório e solucionado pela autoridade de polícia judiciária militar que o instaurou, como poderia ser corrigido, ou mexido em qualquer aspecto? Como saberemos se os “erros corrigidos” eram informações relevantes?

O Código de Processo Penal Militar, aliás, deve ser interpretado de forma evolutiva e essa remessa deveria ser feita de forma direta (sem instâncias administrativas intermediárias) ao Ministério Público Militar e aos órgãos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e Ministério Público dos Estados que atuam junto às Justiças militares.

Retardos na remessa de inquérito penal militar de semanas e meses, com prejuízos para a investigação e para as complementações desta, em envios de laudos de perícia e autos de prisão de flagrante ocorrem, causando prejuízo.

5.1.7 Inspeção em prisões

As prisões militares são muito descentralizadas. O mais comum, tanto nas polícias e bombeiros militares quanto nas Forças Armadas, é que muitas unidades tenham pequenas prisões chamadas de xadrez, bailéu ou outros termos de caserna. Não existem, normalmente, separação de unidades prisionais para presos disciplinares e à disposição da justiça.

É necessário identificar onde fica cada unidade prisional e aumentar a necessidade de cada prisão ser informada ao Ministério Público. Onde houver irregularidade, isto pode permitir a ocultação antes da chegada dos membros do Ministério Público. A forma adequada de tratar os presos nem sempre é bem conhecida pelos militares.

5.1.8 Corregedorias

As corregedorias das corporações estaduais visam a investigar a própria corporação e possuem importantes informações sobre problemas na atividade policial. As atividades de polícia judiciária militar também visam a investigar integrantes da própria corporação. Podemos vislumbrar aqui uma vocação com potencial, até, para resolver o problema de descentralização existente e já mencionado.

5.1.9 Controle de armas e munições

Esta é uma atividade de polícia, embora não judiciária, que é atribuída à Polícia Federal e ao Exército. Esse último caso é que nos interessa. O Departamento Federal de Produtos Controlados é o responsável nacional e o serviço de fiscalização de produtos controlados são responsáveis pelo controle local.

Alguns problemas têm sido notados, inclusive recentemente, com condenação e investigações de crimes praticados por operadores dessa função.

Os serviços de fiscalização de produtos controlados lidam com armas, inclusive de uso restrito, munições, explosivos, etc. Lidam, também, com o direito das pessoas e empresas que podem ficar longos períodos sem praticarem seus esportes ou com dificuldades para realizarem suas atividades produtivas. Importante um controle efetivo de armas e munições mas com respeito aos direitos dos que cumprem a lei e as exigências regulamentares que devem ser minuciosamente exigidas. O Regulamento para Fiscalização de Produtos Controlados - R105 deveria fixar prazos para a própria administração pública expedir ou negar documentos, pois seria uma forma de se medir a eficiência e analisar onde haveria problemas ou irregularidades.

Hoje é possível que o Ministério Público Militar (esse controle se restringe ao Ministério Público Militar, por ser um serviço do Exército) tenha acesso a cadastros como o SIGMA, o que, no entanto, só permite a fiscalização das armas que já estão com o registro correto. Seria importante o controle dos processos que dão entrada nos serviços de fiscalização de produtos controlados, para que haja um controle externo sobre todas as armas, munições explosivos e outros produtos controlados cujo cadastro/registro ainda está em andamento.

5.2 Análise dos principais problemas e características levantados e de algumas atividades já realizadas que podem dar maior efetividade ao controle externo

A repressão penal sempre será uma maneira eficiente de desestimular os abusos e irregularidades nas atividades de polícia. A Lei de Improbidade Administrativa, com destaque para o seu artigo 11, também é importante instrumento. Parcerias também podem prevenir e criar, ao longo do tempo,

uma verdadeira cultura de respeito aos direitos individuais, de cumprimento das normas de polícia judiciária militar e de aversão ao abuso e às irregularidades. Passaremos a analisar os questionamentos levantados e algumas ações que já foram adotadas com bons resultados.

5.2.1 Como lidar com o problema da descentralização extrema das autoridades de polícia judiciária militar?

Importante firmar convênios e termos de cooperação entre os Ministérios Públicos e instituições militares, após discussões necessárias, para criação de órgãos centralizados de polícia judiciária militar, ou com aproveitamento das corregedorias de polícia para tal fim, mas com um corpo de oficiais bacharéis em direito e/ou com formação ou treinamento em investigação e inquérito, estes com dedicação exclusiva às atividades de polícia judiciária militar.

5.2.2 Como tomar conhecimento dos inquéritos que são instaurados a fim de acompanhá-los desde o início, evitando prejuízos à investigação e impedindo que possam ser administrativamente arquivados? Como tomar conhecimento de mais coisas que acontecem?

Como já foi feito, a primeira medida interessante seria o uso da recomendação prevista na Lei Complementar n.75/93 e Lei n. 8.625/93 para que todas as autoridades policiais judiciárias militares previstas no artigo 7º do Código de Processo Penal Militar informem imediatamente a instauração de inquérito penal militar, a lavratura de autos de prisão de flagrante e, evidentemente, a prisão de qualquer pessoa. Se há previsão constitucional para o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público e se há descentralização absoluta das investigações, a obrigatoriedade da comunicação decorre do ordenamento jurídico: só pode ser controlado o que é conhecido. As recomendações podem explicar detalhes das normas respectivas e sobre o que deve ser evitado para o aperfeiçoamento das atividades de polícia judiciária militar. Os inquéritos informados poderão ser acompanhados desde o início pelos membros do Ministério Público de acordo com a maior ou menor necessidade em cada caso.

Coisas que acontecem e não são investigadas só serão conhecidas por meios indiretos como outros inquéritos, inspeções em sindicâncias disciplinares quando há indícios de irregularidades, representações, etc. São situações

que escapam ao caráter preventivo e educativo da recomendação e, diante do esclarecimento que já fora disponibilizado, resultarão em consequências penais e da Lei de Improbidade Administrativa.

5.2.3 Como garantir que, sempre que houver indícios de crime militar, haja instauração do necessário inquérito ou lavratura de autos de prisão de flagrante?

Não se pode garantir, o que se pode é orientar, prevenir, investigar e reprimir, se necessário, na forma da lei. Importante acrescentar que seria interessante a recomendação de que as punições disciplinares devem conter narrativa do fato (não só do artigo violado), para permitirem a fiscalização, e que aquelas que estiverem previstas tanto como transgressão quanto como crime devem ser investigadas por meio de inquérito penal militar ou com lavratura de autos de prisão de flagrante, sem prejuízo de medidas administrativas regulamentares, quando exigidas.

5.2.4 Quais as medidas de controle externo podem ser tomadas para solucionar ou minimizar a falta de especialização e conhecimento?

Podemos minimizar os problemas de falta de conhecimento e especialização dos encarregados de inquéritos e mesmo dos titulares da polícia judiciária militar com treinamento e informação. O caráter didático mais uma vez é importante. Recomendações que expliquem detalhes sobre investigação, a exemplo de algumas já observadas envolvendo preservação de local de crime, perícias, testemunhas, direitos e garantias na investigação e outros aspectos complexos podem ser úteis. Convênios e cooperação para aperfeiçoamentos dos currículos de formação de oficiais, realização de cursos práticos de inquérito penal militar e autos de prisão de flagrante, de palestras elucidativas e elaboração de manuais expeditos podem ajudar bastante a melhorar a investigação. Cursos práticos com estudos de caso e realização de inquéritos simulados apresentam bons resultados. Conversações e análise sobre os currículos de escolas militares podem melhorar esse aspecto.

5.2.5 O que fazer para prevenir e combater as resistências a medidas e atuações legais de controle externo do Ministério Público e para combater a omissão e ações de acobertamento de crimes e irregularidades e, se possível, estabelecer parcerias isentas e regulares para instituições militares e do Ministério Público para o combate ao abuso, à tortura, à irregularidade e ao crime em geral?

As medidas repressivas penais e da Lei de Improbidade Administrativa estão sempre disponíveis quando se verifica uma resistência criminosa à atuação legal do Ministério Público, em especial no controle externo. Mas mesmo estas só devem vir após esgotadas as formas mais amigáveis de aperfeiçoamento institucional, como recomendações, orientações, cursos e elaboração de manuais. Se possível, por meio de convênios, participação do Ministério Público na formação dos militares no que tange a orientações sobre direitos e garantias individuais, direitos humanos, atividades de polícia judiciária militar, atuação dos Ministérios Públicos e outras essenciais para o respeito à sociedade e da sociedade.

5.2.6 O que fazer para garantir e facilitar o exercício legal da atividade de polícia judiciária militar e o próprio controle externo dessa atividade pelos membros ou órgão com atribuição para tal, diante do desconhecimento e da crítica?

Divulgar e esclarecer a sociedade e os operadores do Direito sobre estas atividades. Estabelecer convênios com faculdades para garantir, ao menos, palestras ou cursos sobre o assunto. Divulgar notas ministeriais explicativas à imprensa antes de operações de maior monta que sejam realizadas sob o controle externo da atividade policial judiciária militar pelo Ministério Público, bem como recomendações prévias aos executores das ações de polícia judiciária que visem a prevenir excessos, abusos e crimes.

5.2.7 Como fazer com que o cidadão civil e o militar saibam como representar para que haja ações de controle externo da polícia e, assim, ajudem no controle externo da atividade policial dando informações, fazendo denúncias reclamações e sugestões? Como deve ser a progressividade dos métodos de abordagem policial? E quanto a armas não letais? Como devemos examinar esses métodos? Os currículos das escolas militares atendem à sua atividade firme e eficiente, mas com respeito à cidadania? Quais as condições de trabalho dos policiais (treinamento, armamento, capacitação, tratamento recebido dos superiores e governo)? Como aperfeiçoá-las?

As páginas de *internet* dos Ministérios Públicos podem ser esclarecedoras em relação a tais procedimentos, informando direitos, garantias e formas de exercê-los. Recomendações podem ser feitas às autoridades policiais judiciárias para que disponibilizem serviços de ouvidoria na *internet* e/ou com uso de telefones 0800. Podem ser requisitados os currículos das escolas de for-

mação de todos os níveis a fim de ver se atendem às necessidades de formas de abordagem, respeito aos direitos humanos, uso de armas não letais, bem como estabelecidos convênios. As condições de trabalho e treinamento dos policiais podem ser monitoradas, tudo visando a uma atuação respeitável e eficiente.

5.2.8 Como evitar os retardos e os prejuízos decorrentes de diretrizes e ordens de comando que dificultam a tramitação adequada? Como evitar normas internas que prejudiquem a atividade de polícia judiciária militar e dificultem o seu controle externo? Como saber se houve modificações essenciais nos autos a título de correções de forma e conteúdo?

Creemos que em uma primeira fase possamos recorrer às recomendações e orientações. Recomendação sobre prazo de realização, solução e remessa de inquérito penal militar, por exemplo, foi feita em 2008 aos Comandos das Forças Armadas pelo Ministério Público Militar, diante do relato, por membros, de que alguns inquéritos demoravam longos períodos para serem remetidos pelas autoridades militares, com prejuízo para a apuração da verdade real. Feita a orientação pelo método amigável, e de forma bem clara e didática, nada resta a fazer senão adotar medidas penais e nos termos da Lei de Improbidade Administrativa. Se o inquérito sofrer modificações irregulares ou ilegais e que prejudiquem informações essenciais é coisa difícil de prevenir, mas que se constatada pode ser combatida com as medidas repressivas citadas. O inquérito civil público, o Termo de Ajustamento de Conduta - TAC e a ação civil pública são essenciais aos Ministérios Públicos dos Estados para solução deste e de outros problemas.

5.2.9 Como localizar cada uma das unidades prisionais? Como realizar inspeções em locais tão difusos? Como evitar que a prisão já esteja preparada para inspeção? Como garantir que os militares conheçam os corretos procedimentos com os presos?

A lista de unidades que possuem prisões deve ser requisitada a cada comando respectivo. Uma suposta omissão de dados pode ser apreciada em seu contexto. A inspeção em locais tão difusos pode ser planejada com antecedência e apoio da administração dos Ministérios Públicos para adequação do tempo e dos meios. Modelos de termos de inspeção podem ser propostos e discutidos em cada Ministério Público, para uma padronização e futuro aperfeiçoamento das prisões e do tratamento aos presos. As inspeções

de surpresa mas sem exageros em horários (exceto diante de indícios veementes de irregularidades específicas) são a melhor forma de evitar que se prepare a prisão para o inspecionador. Recomendações, palestras e inclusão do assunto em currículos, como em outros casos, parecem ser a melhor forma de garantir que os militares conheçam os corretos procedimentos com os presos. Em 2008, por exemplo, o Ministério Público Militar chegou a recomendar aos comandos das Forças Armadas sobre uso de algemas, tratamento, direitos, garantias e deveres do presos na forma da Lei (art. 234 do CPM) e convenções.

5.2.10 Como garantir que as Corregedorias atuem sempre de forma positiva, facilitando a justiça e a descoberta da verdade real? Como usar essa característica centralizada como embrião de órgãos centralizados de polícia judiciária militar?

Requisições de dados sobre procedimentos em andamento, relatório de informações e “denúncias” recebidas, e recomendações podem ser métodos úteis, mas convênios e capacitação de pessoal após discussões com participação do Ministério Público e das instituições militares podem dar origem a órgãos de polícia judiciária militar mais centralizados, o que poderia ser um resultado mais desejável, efetivo e útil. No caso das Forças Armadas, um estudo estatístico e discussões poderiam sugerir os escalões em que haveria a necessidade de sediar tais órgãos centralizados

5.2.11 Quanto ao controle de armas pelo Exército, como controlar os registros existentes e os que estão ainda em andamento? Como garantir os direitos de esportistas e profissionais sem prejuízo da fiscalização rigorosa de produtos controlados? Como conseguir que sejam fixados prazos para emissão ou indeferimento de documentos pelo serviço de fiscalização de produtos controlados?

O convênio poderia ser uma forma útil de disponibilização de informações essenciais para o controle externo desta atividade pelo Ministério Público Militar, com disponibilização para consulta ministerial dos registros efetivados e de todos os que deram entrada e que ainda estão em andamento. As medidas e exigências legais merecem uma dura observação, um atendimento perfeito, uma fiscalização rigorosa de produtos controlados, essencial para a sociedade. No entanto os indivíduos e pessoas jurídicas que requerem do-

cumentos e registros destes órgãos merecem um atendimento eficiente com deferimento ou indeferimento em prazos razoáveis e fixados em norma, bem como uma ouvidoria e possibilidade de acesso ao Ministério Público para relatar problemas que existirem. Tudo isto poderia estar dentro do contexto de convênio inicialmente proposto, sem prejuízo do uso de recomendações e requisições onde e quando necessário.

5.3 Conclusões

Sem prejuízo das ações de controle externo em geral, no que couberem, há necessidade de algumas ações específicas no controle externo da atividade policial militar e policial judiciária militar:

a. Divulgação, nas páginas de internet dos Ministérios Públicos e na mídia em geral, das principais atividades de controle externo da atividade policial, esclarecendo-as e explicitando os meios para a sociedade relatar a ocorrência de abusos, irregularidades e problemas em geral;

b. Celebrar convênios ou termos de cooperação entre os Ministérios Públicos e instituições militares para participação dos Ministérios Públicos dos Estados em cursos práticos e palestras sobre a atividade policial judiciária militar, na elaboração de currículos e acompanhamento da formação, treinamento e aperfeiçoamento dos militares, bem como para criação de órgãos centralizados de polícia judiciária militar, ou com aproveitamento das corregedorias de polícia para tal fim, sendo recomendável a existência de um corpo de oficiais bacharéis em direito e/ou com formação ou treinamento em investigação e com dedicação exclusiva às atividades de polícia judiciária militar;

c. Utilizar constantemente as requisições e a recomendação prevista na Lei Complementar n.75 e Lei n. 8.625/93, especialmente com fins didáticos e, dentre outras coisas, para:

c.1. que todas as autoridades policiais judiciárias militares previstas no artigo 7º do Código de Processo Penal Militar informem imediatamente a instauração de inquérito penal militar, a lavratura de autos de prisão de flagrante e, evidentemente, a prisão de qualquer pessoa, permitindo, assim, o controle externo;

c.2. que as punições disciplinares contenham narrativa do fato (não só do artigo violado), para permitirem a fiscalização, e que aquelas que estiverem descritas, de forma semelhante, tanto como transgressão quanto como crime devem ser investigadas por meio de inquérito penal militar ou com lavratura de autos de prisão de flagrante, sem prejuízo de medidas administrativas regulamentares, quando exigidas;

c.3. explicar detalhes sobre investigação envolvendo prazos, preservação de local de crime, perícias, testemunhas, direitos e garantias na investigação e outros aspectos complexos podem ser úteis para orientar o procedimento do pessoal militar;

c.4. prevenir abusos e crimes em operações de grande porte ou mais ostensivas de polícia judiciária militar;

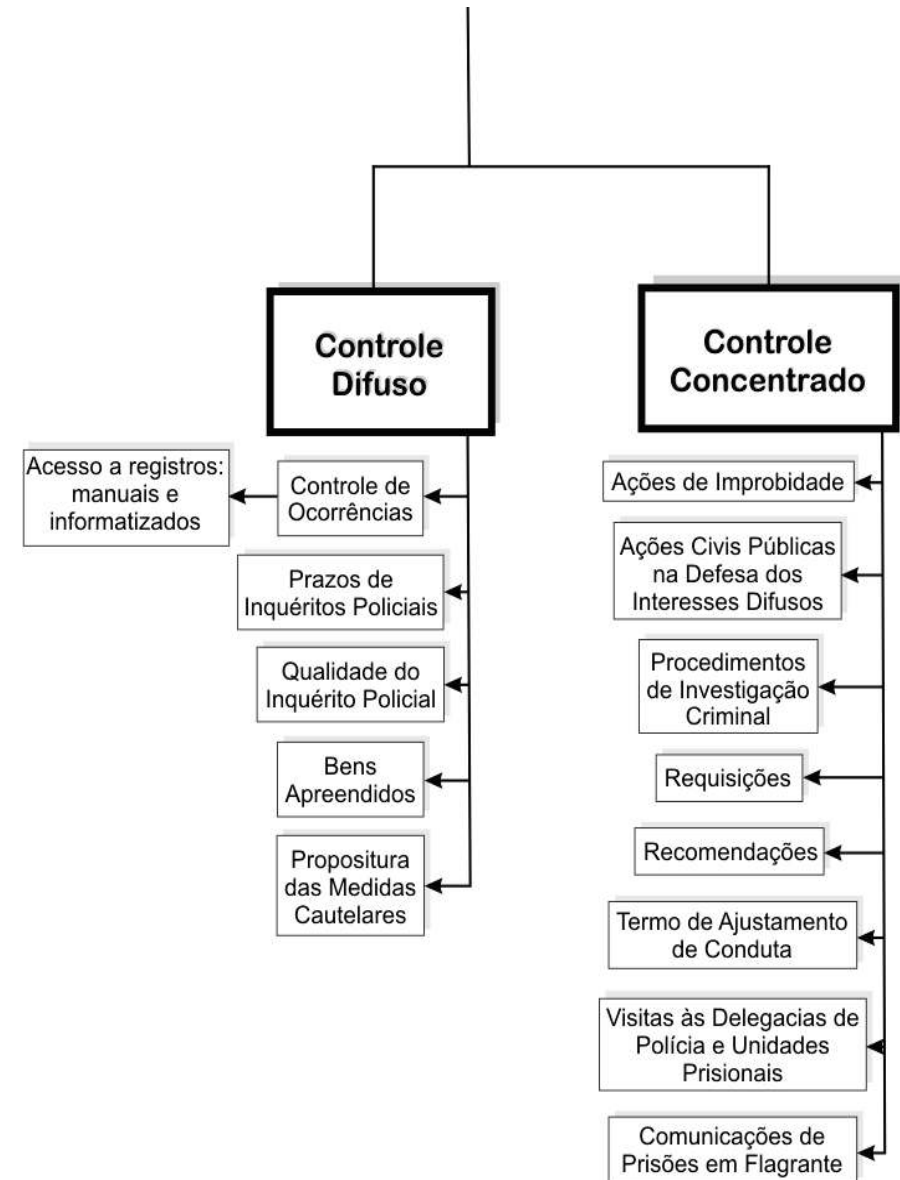
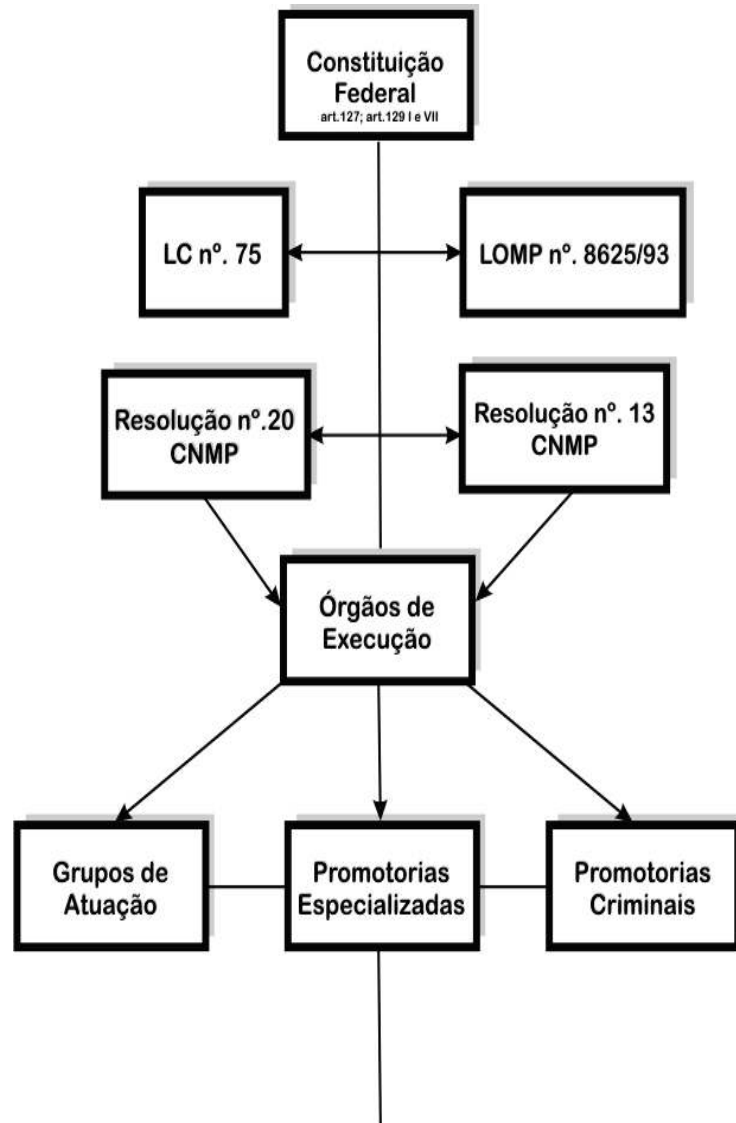
c.5. garantir a fiscalização rigorosa e eficiente de produtos controlados e de locais onde existem explosivos e produtos perigosos (não só os regulares, mas principalmente os irregulares), obter dados de produtos já cadastrados e com cadastro em andamento e garantir a eficiência e o atendimento correto a indivíduos e empresas que necessitam dos serviços de fiscalização de produtos controlados com observação de prazos razoáveis, fixados em normas, para concessões e indeferimentos e possibilidade de registro e resposta a reclamações, tudo isso sem prejuízo do sempre eficiente estabelecimento de convênios;

c.6. esclarecer a forma de tratamento, direitos e deveres dos presos militares (disciplinares, condenados e à disposição da justiça) e estabelecer os padrões mínimos para os estabelecimentos prisionais militares, e para obter a lista dos já existentes com o fim de planejar adequadamente as inspeções.

d. Celebrar convênios para obtenção, pelos Ministérios Públicos dos Estados, de dados atualizados das Corregedorias e outros órgãos com atuação disciplinar sobre procedimentos em andamento, relatório de informações e “denúncias” recebidas;

e. Nos crimes dolosos contra a vida praticados por militar em serviço contra civil, o inquérito penal militar deve ser feito pela polícia judiciária militar, com remessa nos termos do artigo 82 do Código de Processo Penal Militar.

Fluxograma Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público brasileiro



Carta de Brasília

Os membros do Ministério Público presentes ao Simpósio Sociedade Civil e Fiscalização da Violência Policial, ocorrido de 18 a 20 de junho de 2008, no auditório do MPDFT, em Brasília/DF, aprovam, após amplo debate ao final do referido simpósio, os seguintes enunciados que sintetizam diretrizes de recomendável implementação por parte dos Ministérios Públicos, instituições policiais e sociedade civil.

1) A atividade policial é essencial à promoção da segurança pública e, portanto, à efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Para tanto, deve haver uma atuação profissional, pautada na eficiência e no respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

2) É necessária a valorização da carreira policial, com remuneração digna e condições de trabalho adequadas, em especial treinamento periódico, equipamentos, recursos humanos suficientes, carga horária adequada e proteção ao risco inerente à atividade.

3) A atividade policial é potencialmente violenta, por fazer uso da força em nome do Estado, devendo existir mecanismos estritos de controle externo e interno desta atividade, com Corregedorias de Polícia independentes, visando evitar a ocorrência de desvios de conduta dos policiais, eventuais casos de impunidade ou de interferências indesejáveis na atividade correcional.

4) As instituições policiais devem atuar com transparência e prestar contas de seus atos à sociedade. Isso significa que todo cidadão possui o direito de, após a realização de qualquer diligência, questionar aos órgãos de controle competentes a legalidade e legitimidade da conduta policial, bem como possui o direito de receber uma resposta clara sobre sua reclamação, mesmo que a conduta policial seja legal. Em caso de conduta policial ilegal, o cidadão possui o direito de ser informado acerca das providências adotadas para a apuração dos fatos e da eventual punição ou das consequências para o policial que infringiu a norma.

5) É recomendável que as instituições policiais criem mecanismos estritos de controle do uso da força, estabelecendo em atos normativos internos, da forma mais minuciosa possível, sem prejuízo de cláusulas genéricas ao final, as hipóteses que autorizam o emprego de força, como, por exemplo,

situações que justificam revistas pessoais, procedimentos para abordagens, regras para uso de força após resistência, regras para uso de armas de fogo e algemas. Essas normas devem ser objeto de treinamento periódico e deverão ser levadas em consideração para aferir a legalidade da conduta.

6) Os crimes cometidos contra policiais devem ter pronta apuração e acompanhamento prioritário por parte do Ministério Público.

7) É recomendável que os Ministérios Públicos organizem a atuação de seus Membros, em Promotorias Especializadas, Núcleos ou Coordenações, fornecendo-lhes recursos materiais e humanos e condições para o exercício do controle externo da atividade policial, articulando-se estreitamente com os demais órgãos de execução do Ministério Público em matéria criminal e do exame da probidade dos atos administrativos de policiais.

8) Os órgãos ministeriais especializados no controle externo da atividade policial devem ter estrutura para pronta recepção das reclamações dos cidadãos sobre condutas policiais, criando um procedimento interno para esclarecer os fatos e fornecer uma resposta ao cidadão.

9) É recomendável que esses órgãos ministeriais elaborem relatório anual de suas atividades, com estatísticas das reclamações recebidas, quantidade de processos solucionados, quantidade de processos arquivados, quantidade de propostas de acordos processuais penais, quantidades de condenações, quantidades de absolvições, todas especificando as espécies de crimes ou desvios a que se referem. É recomendável que haja publicidade desse relatório, preferencialmente disponibilizando-o em sítio eletrônico do órgão ministerial, para acompanhamento pela sociedade civil das atividades desempenhadas. Se possível, esse relatório deve contar os dados das vítimas.

10) Os órgãos ministeriais especializados no controle externo da atividade policial deverão realizar inspeções periódicas nas instituições policiais, de forma a reconhecer práticas tendentes ao cometimento de atos de desvio policial, e recomendar as medidas cabíveis para correção destes procedimentos.

11) É recomendável que os órgãos ministeriais especializados no controle externo da atividade policial promovam reuniões periódicas com as instituições policiais e com organizações ligadas à defesa de direitos humanos,

destinadas a discutir estratégias para implementar as alterações necessárias ao aperfeiçoamento constante da atividade policial. Quando necessário, o Ministério Público deve expedir recomendações e promover a ação civil pública por ato de improbidade administrativa, bem como ações civis públicas para a defesa dos interesses difusos e coletivos ou individuais homogêneos vinculados à Segurança Pública.

12) É recomendável que as diligências policiais que envolvam lesão à integridade física ou disparo de arma de fogo sejam sempre objeto de registro, consignando-se todas as testemunhas envolvidas, com imediata comunicação ao Ministério Público.

13) É recomendável que os órgãos de controle interno criem mecanismos para revisão periódica do padrão de conduta dos policiais, como quantidade total de diligências, quantidade de envolvimento em diligências com lesão à integridade física, com emprego de arma de fogo ou com vítima fatal e quantidade de reclamações de atuação, identificando preventivamente possíveis desvios e tomando as medidas cabíveis para evitar eventual reiteração.

14) Conforme recomendação da ONU (Relatório de Philip Alston de Novembro de 2007, item 21.f), é recomendável que o Ministério Público tenha uma postura ativa durante os procedimentos de investigação de mortes praticadas no exercício da atividade policial. Quando necessário, o Ministério Público deve instaurar procedimentos independentes de investigação.

15) É recomendável que os órgãos de controle interno e externo criem mecanismos para apurar de forma satisfatória infrações funcionais como tratamento com palavras agressivas, discriminação durante a atuação, humilhação em público, vias de fato desnecessárias, assédio moral ou sexual, retaliação contra reclamações da atividade ou recusa de identificação do policial ao cidadão após a diligência.

16) Ressalvada a responsabilidade criminal, para desvios policiais cometidos sem lesão à integridade física ou que não importem em séria violação dos deveres funcionais, é recomendável a criação de programa de mediação, por profissional capacitado, no qual as partes envolvidas no conflito possam refletir sobre suas condutas, incrementar a compreensão recíproca, tenham espaço livre para eventual retratação de seus atos, e recebam oportunidade de sanar eventuais falhas (com cursos de capacitação, reciclagem ou semelhantes), recebendo, quando necessário, auxílio psicológico.

17) É recomendável que a polícia judiciária envide esforços para que todos os interrogatórios sejam filmados, como forma de proteção do interrogado e da lisura do procedimento policial.

18) É recomendável maior interação entre instituições de controle interno e externo e a sociedade civil, especialmente através de um espaço de diálogo constante por meio dos veículos de mídia, das Organizações Não-Governamentais envolvidas na fiscalização da atividade policial e da comunidade organizada. O relacionamento com a mídia deve levar em consideração o princípio da presunção de inocência, a preservação da imagem do investigado e a necessidade de prestação de contas à sociedade pelas Corregedorias e Ministério Público de suas atividades de controle interno e externo.

19) É recomendável a realização de trabalhos educativos com a comunidade, para conscientização de seus direitos como cidadão e seus deveres para com as autoridades policiais e esclarecimento dos procedimentos necessários para realizar eventual reclamação de uma conduta policial. Este trabalho deve ser realizado em instituições educacionais, perante Organizações Não-Governamentais, lideranças comunitárias locais, órgãos públicos ligados à efetivação da cidadania e perante as instituições policiais.

20) Não é admissível a prisão para averiguação, ou seja, a limitação da liberdade de locomoção de uma pessoa sem ordem judicial ou fora da situação de flagrante (ao menos sem uma dúvida razoável sobre a existência de uma situação de flagrante). Não é admissível a prisão pelo simples fato de uma pessoa não estar portando documento de identificação. A conduta de algemar, ou colocar uma pessoa no interior de viatura sem o consentimento desta, nas condições acima mencionadas, configura ato de prisão (abuso de autoridade). Os órgãos de controle interno e externo devem tomar as medidas cabíveis para evitar a prática de tais atos.

21) É recomendável que o MP, no exercício da atividade de controle externo, dedique especial atenção às ocorrências policiais envolvendo requisição de laudos técnicos e apreensão de objetos, principalmente armas e entorpecentes, especialmente no que respeita à necessária instauração do procedimento investigatório apropriado e quanto ao armazenamento e destino destas.

22) Deve haver maior controle sobre a quantidade de ocorrências policiais que não geraram instauração de procedimento de investigação. A circuns-

tância de não ser conhecida a autoria não impede a instauração de inquérito policial.

23) O Ministério Público e suas associações devem trabalhar para o aperfeiçoamento da legislação ligada à efetivação de mecanismos de controle da atividade policial. Em especial, merece revisão a Lei de Abuso de Autoridade, elevando a pena para as situações mais graves de abuso de autoridade que não cheguem a configurar crime de tortura. O tipo penal de crime de tortura merece ser alterado para que se avalie apenas a conduta e o dolo de causar sofrimento físico, sem menção à intensidade do sofrimento físico e sem análise do elemento subjetivo diverso do dolo (consistente na finalidade de ministrar castigo). A lei deve prever sanções para o retardamento das apurações e o não atendimento das recomendações e requisições do Ministério Público em sede de controle externo. Também é objeto de preocupação a norma do parágrafo sexto do artigo 209 do CPM, que estabelece que as lesões corporais levíssimas configuram apenas transgressão disciplinar.

24) As instituições envolvidas na persecução penal devem estabelecer mecanismos para a tramitação direta dos inquéritos policiais e outros procedimentos investigatórios entre Ministério Público e as instituições policiais.

25) É recomendável que as Corregedorias do Ministério Público criem regras e mecanismos para fiscalizar o efetivo exercício do controle externo da atividade policial, como, por exemplo, necessidade de encaminhamentos periódicos de relatórios de visitas às Delegacias de Polícia e Unidades da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, apresentando relatório qualitativo de atividades de controle externo, dentre outros.

26) É recomendável que o Ministério Público acompanhe a elaboração e a execução da política local de segurança pública de modo a garantir a correta distribuição de recursos humanos e materiais, bem como a eficiência e eficácia dos serviços prestados.

27) O Ministério Público deve fiscalizar os editais de concurso público para ingresso nas carreiras policiais.

28) É recomendável que o Ministério Público zele para que toda medida cautelar de âmbito criminal, dada sua natureza instrumental, esteja vinculada a procedimento investigatório formal e previamente instaurado.

29) É recomendável que os Ministérios Públicos Federal, dos Estados e do Distrito Federal realizem gestões junto às respectivas Casas Legislativas para alteração legal visando a inclusão do Ministério Público, OAB e representantes da sociedade civil organizada, nos Conselhos Superiores das Polícias e/ou órgãos responsáveis pela imposição de sanção disciplinar por desvios de conduta de policiais, visando conferir-lhes maior transparência, credibilidade e controle social.

Os membros do Ministério Público presentes ao Simpósio se comprometem a trabalhar no sentido de efetivar estas proposições destinadas a profissionalizar sua atuação.

Brasília, 20 de junho de 2008.