



Professor José Carlos Couto de Carvalho (1946-2023)

Revista do Ministério Público Militar

Brasília – DF
2023



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procuradora-Geral da República
Elizeta Maria de Paiva Ramos

Procurador-Geral de Justiça Militar
Antônio Pereira Duarte

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar
Clauro Roberto de Bortolli

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM
Giovanni Rattacaso

Corregedor-Geral do MPM
Samuel Pereira

Conselheiro do CNMP
Jaime de Cassio Miranda

Conselho Editorial

Luciano Moreira Gorrilhas
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz
Procuradora de Justiça Militar

Cristiane Pereira Machado
Promotora de Justiça Militar

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar

Conselho Editorial Honorário

José Carlos Couto de Carvalho
Subprocurador-Geral de Justiça Militar
aposentado (*In memoriam*)

Manoel Jorge e Silva Neto
Subprocurador-Geral do Trabalho

Marcelo José de Guimarães e Moraes
Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado do Amapá

Maurizio Block
Procurador-Geral da Justiça Militar
italiana

Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Ministro do Superior Tribunal Militar

Romana de Castro
Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Ano L – Edição n. 40 – Edição Especial Prêmio Professor José
Carlos Couto de Carvalho – novembro de 2023
Brasília – DF

Revista do Ministério Público Militar

<http://revista.mpm.mp.br/>

Ministério Público Militar
Setor de Embaixadas Norte, lote 43
70800-400
Brasília – DF
Telefone: (61) 3255.7308
Homepage: *<http://www.mpm.mp.br>*

Colaboração: Associação Nacional do Ministério Público Militar
(ANMPM)

Qualis: B4

Licença Creative Commons: CC BY 4.0

Capa: Carole Kümmecke

Revisão de textos e diagramação: Romana de Castro

Tiragem: 310 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano L, Edição n. 40 (nov. 2023, extraordinária) – Edição Especial Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Semestral

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

ISSN 0103-6769 (Impressa)

ISSN 2596-1608 (*Online*)

I – Brasil. Ministério Público Militar.

Revisores Internos

Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X)

Alexandre Reis de Carvalho (ORCID: 0000-0003-3653-6352)

Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz

Cristiane Pereira Machado

Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294)

Revisores Externos

Cláudia Aguiar Britto (ORCID: 0000-0002-4229-7952;

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7455964413594325>)

Eleonora Mesquita Ceia

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3772648122857242>)

Guilherme Roman Borges

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5886792744030746>)

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw (ORCID: 0000-0003-2505-

5502; CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3119698214921044>)

Josevan Duarte Magalhães

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1355167451554484>)

Julio Cesar Veiga Bezerra

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509885140932754>)

Manoel Veridiano Fukuara Rebello Pinho

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6102399584805927>)

Wilson José Figueiredo Alves Junior

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3086855952130531>)

**Banca examinadora da 1ª Edição¹ Prêmio Professor
José Carlos Couto de Carvalho**

Safira Maria de Figueiredo, Juíza-Auditora da União

Alexander Jorge Pires, Professor-Doutor

Marcelo José de Guimarães e Moraes, Professor-Doutor

Mário Sérgio Marques Soares, Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Luciano Moreira Gorrilhas, Procurador de Justiça Militar

**Banca examinadora da 2ª Edição² Prêmio Professor
José Carlos Couto de Carvalho**

Mário Sérgio Marques Soares, Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Aposentado/Diretor da ANMPM

Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues, Procurador de Justiça

Militar/Associado da ANMPM

Frederico Magno de Melo Veras, Juiz Federal da Justiça Militar

**Banca examinadora da 3ª Edição Prêmio Professor
José Carlos Couto de Carvalho**

Carlos Frederico Oliveira Pereira, Professor-Doutor da

UnB/Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues, Procurador de Justiça Militar

Antônio Carlos Gomes Facuri, Procurador de Justiça Militar

Flávia Ximenes, Juíza Federal da Justiça Militar

Walter Moura, Advogado

¹ Os cargos aqui especificados são os que constavam à época do concurso.

² Idem.

Apresentação

“As pessoas que amamos não morrem, ficam encantadas!”
João Guimarães Rosa, em Discurso de Posse perante a ABL

Com elevada honra teço algumas palavras sobre a presente e especial edição da Revista do Ministério Público Militar, que reúne um valioso acervo de artigos científicos selecionados nas três versões do Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho, ou simplesmente Prêmio Professor Couto, instituído em muito boa hora por nossa relevante e aguerrida ANMPM com o escopo de valorização da carreira do Ministério Público Militar, demonstrando muita sensibilidade e respeito para com a trajetória extraordinária deste inesquecível mestre, que contribuiu para moldar tanto a Instituição quanto a nossa pujante entidade associativa.

Por isso, em primeiro lugar, é preciso enaltecer a iniciativa empreendida pela Diretoria da ANMPM (biênio 2017/2019) que criou a aludida premiação, batizando-a com o nome desse vulto ímpar do MPM, bem como as Diretorias subsequentes (2020/2021 e 2021/2023), que a mantiveram, consubstanciando o duplo propósito de homenagear tão candente figura humana e, concomitantemente, estimular os membros da Instituição à pesquisa e compartilhamento de suas reflexões sobre temas correlatos ao exercício das atribuições ministeriais.

E por ter sido calcada em tão bons propósitos, a empreitada não poderia produzir senão muito bons resultados e frutos, o que fica plenamente evidenciado na qualidade dos textos submetidos nos três sucessivos certames, com aportes inestimáveis sobre os mais instigantes temas pertinentes ao ordenamento jurídico nacional e até alienígena. De fato, a ousadia intelectual dos participantes – certamente inspirada na abnegada vida do professor Couto

– fez emergirem preciosas colaborações, que felizmente passam a compor esta edição muito requintada e oportuna.

Sei bem que o desafio de cada um foi muito grande, máxime por se referir a uma premiação que presta tributo a figura tão exponencial, mas, indubitavelmente, os objetivos foram largamente cumpridos pelo arrojo e espírito crítico de cada participante.

A bem da verdade, o Subprocurador-Geral de Justiça Militar José Carlos Couto de Carvalho, que doravante distinguirá a denominação do Edifício-Sede da Procuradoria-Geral de Justiça Militar, eternizando-se como referência maior de nosso secular Parquet, deixa a todos um legado portentoso e imarcescível, o qual se tornará o viático seguro para a contínua evolução institucional. Seus fartos e bons exemplos como profissional e liderança associativa; sua conduta humanística irrepreensível; seu amor à verdade e à justiça; sua capacidade de cativar pessoas e iluminar, por impagáveis lições, os caminhos de quem o procurava hão de se projetar perenemente na memória afetiva mais cara de cada membro e servidor do MPM, transformando-se no farol inapagável que nos guiará rumo a tempos muito mais venturosos, em que haja a prevalência do bem.

Feitas essas breves considerações, congratulo-me com todos que, de forma eloquente e fluida, emprestaram suas inteligências na produção de abordagens densas e bem concatenadas, num indicativo claro de que foram movidos pelo desiderato maior de reverenciar a formidável história de José Carlos Couto de Carvalho.

Ao mestre com carinho e sempre!

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

É com grande orgulho que o Conselho Editorial do Ministério Público Militar lança a segunda edição extraordinária da Revista do Ministério Público Militar, e, seguindo a boa campanha que representou a primeira edição dedicada a todas as mulheres, esta também é extremamente especial, pois homenageia o grande mestre dos estudiosos do Direito Militar, o professor José Carlos Couto de Carvalho, que deixou um rastro de bondade, conhecimento e dedicação por onde passou.

Sempre zeloso com seu trabalho e suas atividades acadêmicas, o professor Couto teve acentuada importância na história da Revista do MPM, contribuindo no Conselho Editorial, ao lado de outros entusiastas da ciência, com os trabalhos de contínua publicação deste periódico fundado por Ruy de Lima Pessôa, com o nome de Revista de Direito Militar. Nos últimos anos, até este ano de 2023, configurou como membro do Conselho Editorial Honorário.

O professor Couto nos deixa muita saudade, mas também nos deixa um legado riquíssimo de sabedoria por meio de suas obras, textos que nos levam a refletir mais profundamente sobre as questões que nos cercam, como: “A configuração do crime militar decorrente de resultados naturalísticos. Resultados descritos em crimes comuns: os arts. 130 e 131 do Código Penal brasileiro. A AIDS”; “Homicídio e lesões corporais decorrentes de disparos de arma de fogo: dolo eventual e culpa consciente”; “A reinvenção da Justiça Militar brasileira”; “O CPM e as atenuantes e agravantes especiais na dosimetria da pena”, em coautoria com Antônio Pereira Duarte; “O inquérito policial militar: vícios e procedimentos

investigatórios criminais”; “Questões controvertidas sobre a execução penal na Justiça Militar”; entre muitos outros.

Com esse mesmo espírito de incentivo ao saber científico, o Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho, promovido pela Associação Nacional do Ministério Público Militar (ANMPM), estimula e desperta em cada participante do concurso o desejo de, por meio da pesquisa científica, ser um multiplicador de informações que beneficiarão um grande número de exploradores, e isso vai bem ao encontro do que a Revista do MPM sempre almeja: ofertar ao maior número de pessoas possível um estudo de qualidade e de utilidade pública.

Conselho Editorial do MPM

Sumário

1º Edição Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho

- ❖ NEVES, Cícero Robson Coimbra. 1º lugar: Organização criminosa militar: ilações após a Lei n. 13.491/17 (*Military criminal organization: lessons after Law n. 13,491/17*), pp. 19-54
- ❖ ASSIS, Jorge Cesar de. 2º lugar: A independência funcional e a postulação do Ministério Público diretamente nos tribunais: inevitáveis colisões de interesses ministeriais de instâncias e ramos diversos (*The functional independence and the postulation of the Public Ministry directly in the courts: inevitable collisions of ministerial interests of different instances and branches*), pp. 55-82
- ❖ FARIAS, Jorge Augusto Caetano de. 3º lugar: Sistema prisional militar federal: peculiaridades e regime jurídico (*Federal military prison system: peculiarities and legal regime*), pp. 83-126
- ❖ FACURI, Antonio Carlos Gomes. Menção honrosa: A circulação dos modelos jurídicos, o direito comparado e o transplante legislativo, numa abordagem histórica e como propulsores para o desenvolvimento do Direito Penal Militar e Humanitário (*The circulation of legal models, comparative law and legislative transplantation, in a historical approach and as drivers for the development of Military and Humanitarian Criminal Law*), pp. 127-158

2º Edição Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho

- ❖ TELES, Fernando Hugo Miranda. 1º lugar: Um século de Ministério Público Militar: passado, realidade e desafios. (*One century of Military Public Prosecutor's Office: past, reality and challenges*), pp. 161-212
- ❖ QUEIRÓS, Aroldo Freitas. 2º lugar: O centenário do Ministério Público Militar (*The Centenary of the Military Public Prosecutor's Office*), pp. 213-282
- ❖ BRITO, Marianna Vial. 3º lugar: Ministério Público Militar através do Tempo: 100 anos de história (*Military Public Prosecutor's Office through Time: 100 Years of History*), pp. 283-326

3º Edição Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho

- ❖ PILONI, Caroline de Paula Oliveira. 1º lugar: É possível o delito de lavagem de dinheiro ser enquadrado como crime militar? (*Can the crime of money laundering be classified as a military crime?*), pp. 329-356
- ❖ OLIVEIRA, Rafael Martins Liberato de. 2º lugar: O papel do princípio *pro homine* na concretização dos direitos humanos e fundamentais na esfera penal: dos paradigmas hierarquizantes à relação dialógica entre o direito interno e as convenções internacionais de direitos humanos e direito humanitário (*The role of the pro homine principle in the realization of human and fundamental rights in the criminal sphere: from hierarchical paradigms to the dialogical relationship between domestic law and international conventions on human rights and humanitarian law*), pp. 357-396

- ❖ NEVES, Cícero Robson Coimbra. 3º lugar: A atribuição eleitoral do Ministério Público Militar (*The electoral attribution of the Military Public Ministry*), pp. 397-426
- ❖ ASSIS, Jorge Cesar de. 4º lugar: Direito Penal Negocial & Justiça Militar. Uma visão crítica da Súmula 18 do STM e da Cartilha do ANPP (*Negotiable Criminal Law & Military Justice. A critical view of Precedent 18 of the Superior Military Court and the Handbook of the Criminal Non-Prosecution Agreement*), pp. 427-466
- ❖ SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. 5º lugar: A Polícia Judiciária Militar em face dos litígios estruturais (*The Military Judicial Police in the face of structural disputes*), pp. 467-492
- ❖ CARVALHO, Vinícius Yscandar de. 6º lugar: A Importância da Justiça Militar no Estado Democrático de Direito e os seus desafios (*The Importance of Military Justice in the Democratic Rule of Law and its challenges*), pp. 493-552

**1ª Edição Prêmio Professor
José Carlos Couto de
Carvalho**

Organização criminosa militar: lições após a Lei n. 13.491/17

Cícero Robson Coimbra Neves

Mestre e doutorando em Direito pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Promotor de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3525261227099733>

E-mail: coimbra.neves@mpm.mp.br

1º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2018

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de incursionar pelas novas possibilidades de formas típicas dos crimes militares após a edição da Lei n. 13.491/17, com o enfoque específico no crime de organização criminosa, definido pela Lei n. 12.850/13, encontrando subsunção mediata, para sua caracterização como crime militar, na alínea “e” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar. Em adição, firma a competência da Justiça Militar (dos Estados e da União) para processar e julgar referido delito, além de incursionar por algumas abordagens próprias da persecução criminal militar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar; tipicidade; novos tipos penais militares incriminadores; crime organizado.

ENGLISH

TITLE: Military criminal organization: lessons after Law n. 13,491/17.

ABSTRACT: This work aims to address the new possibilities of typical forms of military crime after the edition of Law no. 13.491/17, with specific emphasis on the crime of criminal organization, defined by Law no. 12.850/13, finding mediate grounding in section “e” of item II of Art. 9 of the Military Criminal Code for its characterization as a military crime. Additionally, it establishes the competence of the Military Justice (at the

Federal and State levels) to proceed and judge said offense, besides addressing some specific approaches particular to the military criminal prosecution.

KEYWORDS: Military Criminal Code; distinctiveness; new incriminating military criminal types; organized crime.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O art. 9º do CPM e os crimes militares extravagantes – 3 Crime de organização criminosa – 4 Tipicidade indireta e a subsunção no estudo em curso – 5 Competência da Justiça Militar e questões específicas – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

20

A Lei n. 13.491, de 16 de outubro de 2017, trouxe grande inovação no Direito Castrense Brasileiro, importando, em um de seus eixos, em uma inédita ampliação no conceito de crime militar em tempo de paz.

Após referida Lei, por uma substancial alteração do inciso II do art. 9º do Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar (CPM), há a possibilidade de prática de um crime militar ainda que não haja, nesse Código, tipo penal incriminador para a conduta analisada, o que obriga ao ator do Direito Penal Militar a se debruçar sobre novas possibilidades típicas.

Nesse contexto, entende-se perfeitamente possível, como será demonstrado, a incorporação de tipos penais incriminadores previstos na Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, especialmente aquele trazido por seu art. 2º.

Não se trata, pois, de aceitar que os crimes militares já conhecidos (concessão, peculato, homicídio etc.), praticados no contexto de organização criminosa, possam ser compreendidos como crime organizado por extensão, já aceito doutrinariamente, mas demonstrar que o crime de organização

criminosa em si, crime organizado por natureza, pode ser crime militar, de competência da Justiça Militar da união ou dos estados.

Mas, para que se tenha um crime militar à luz dessa realidade, mostra-se imprescindível que uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM seja encontrada no caso concreto, o que será possível em relação à lesão à ordem administrativa militar, conforme a alínea “e” desse inciso.

Como de costume, não há a pretensão de se construir uma proposta imune a críticas e erros, mas apenas uma sugestão para a reflexão que, ainda que contraposta, significará um ponto de partida para avaliar outros aspectos inerentes à nova realidade.

2 O ART. 9º DO CPM E OS CRIMES MILITARES EXTRAVAGANTES

O art. 9º do CPM, ao tratar dos crimes militares em tempo de paz¹, impõe a necessidade de se realizar a tipicidade indireta, esmiuçada adiante, e o faz em três incisos.

No inciso I, não alterado pela Lei n. 13.491/17, trata-se dos crimes militares que encontram previsão apenas na lei penal militar, ou nela previstos de maneira diversa da legislação penal comum. São exemplos desses crimes o delito de motim (art. 149 do CPM), existente apenas no CPM; e o delito de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 290 do CPM), que, comparado à legislação penal comum (arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006), possui elemento típico diverso, já que deve ser praticado, na modalidade do *caput*, em lugar sujeito à administração militar.

O inciso II do mesmo artigo foi o que sofreu a alteração pela Lei n. 13.491/17. Na precedente redação do inciso, os crimes militares em tempo de paz eram aqueles previstos no CPM, embora também o fossem com igual definição na lei penal comum, quando praticados em pelo menos uma das hipóteses das alíneas do inciso. Pelo novo texto, após a Lei n. 13.491/17, os

¹ Frise-se que a lógica dos crimes militares em tempo de guerra, embora guarde semelhança com a aqui exposta, ainda mais após a Lei n. 13.491/17, está em outro dispositivo, o art. 10 do CPM.

crimes militares em tempo de paz deste inciso são aqueles previstos no Código Castrense e os previstos na legislação penal, desde que praticados nas mesmas hipóteses das alíneas.

Em simples análise redacional, percebe-se que existia uma premissa, uma *conditio sine qua nom* para a ocorrência do crime militar: a conduta deveria ser subsumida por um tipo penal incriminador constante do Código Penal Militar.

Essa premissa não mais existe, de maneira que tipos penais incriminadores constantes em toda a legislação penal, ainda que sem par no CPM, podem subsumir condutas que serão consideradas crimes militares, desde que sejam praticadas por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação (alínea “a” do inciso II), por militar em situação de atividade contra civil, militar reformado ou da reserva, em lugar sob administração militar (alínea “b” do inciso II), por militar em serviço ou atuando em razão da função contra civil, militar reformado ou da reserva (alínea “c” do inciso II), por militar em período de manobra ou exercício contra civil, militar reformado ou da reserva (alínea “d” do inciso II) ou por militar em situação de atividade contra a ordem administrativa militar ou contra o patrimônio sob administração militar (alínea “e” do inciso II).

Surgem, assim, novos crimes militares denominados crimes militares extravagantes, crimes militares por equiparação à legislação penal comum ou crimes militares por extensão. Esses crimes militares, em adição, devem ser considerados impropriamente militares, para os fins que assimilam essa categoria, a exemplo do disposto na parte final do inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal (CF) e do inciso II do art. 64 do Código Penal (CP), isso com a adoção da teoria clássica, malgrado posição doutrinária em sentido diverso (Assis, 2018, p. 38).

Exemplificativamente, o crime de aborto provocado por terceiro, previsto no art. 125 do CP, sem correlato no CPM, quando praticado por um militar da ativa contra uma gestante, também militar da ativa, será, em tese, crime militar (um crime militar extravagante), nos termos do disposto na alínea “a” do inciso II do art. 9º do Código Castrense.

Por fim, o inciso III do art. 9º do CPM trata dos crimes militares praticados por inativos (militares da reserva e reformados) e por civis, estes apenas na órbita da Justiça Militar da União.

Para o dispositivo, o inativo e o civil apenas cometem crimes militares quando houver atentado às instituições militares e, mesmo assim, em hipóteses bem definidas nas alíneas do inciso, ou seja, quando o crime for praticado contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar (alínea “a” do inciso III do art. 9º), em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo (alínea “b” do inciso III) – hipótese pouco provável na segunda parte, já que não existem mais os ministérios militares e que um fato praticado contra funcionário da Justiça Militar, integrante do Poder Judiciário, não significará atentado à instituição militar –, contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras (alínea “c” do inciso III) ou, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para esse fim, ou em obediência a determinação legal superior, hipótese de maior incidência, especialmente em curso de operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) e de Intervenção Federal com o emprego de militares das Forças Armadas.

O inciso III não sofreu alteração direta da nova Lei, mas como assimila os crimes do inciso II (“considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II”), a reboque, também conheceu ampliação.

À guisa de exemplo, um civil, ao ingressar em um quartel das Forças Armadas e subtrair um armamento da instituição, praticará um crime militar de furto (art. 240 cc alínea “a” do inciso III do art. 9º, todos do CPM). Também praticará crime militar o médico, militar da reserva, que, em hospital militar, provoque aborto sem o consentimento da gestante, militar da

ativa (no art. 125 do CP cc a primeira parte da alínea “b” do inciso III do art. 9º do CPM), neste caso último, um crime militar extravagante.

3 CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

A Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, definiu organização criminosa e criminalizou, autonomamente, o ato de promovê-la, constituí-la, financiá-la ou integrá-la. Embora existam outras figuras delitivas trazidas pela lei, o principal tipo incriminador é este, disposto no art. 2º:

Art. 2º - Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

24

Tem-se aqui a constituição do crime organizado por essência ou por natureza. Percebe-se, entretanto, que a descrição típica parte do conceito de organização criminosa, conceito este trazido pela própria lei (norma penal em branco homogênea), no § 1º do art. 1º:

§ 1º - Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Esmiuçando o crime, tem-se que o bem jurídico tutelado é a paz pública, traduzida como “o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem e proteção jurídica” (Lima, 2016, p. 488), atingidos pela atuação da organização criminosa.

Disso se extrai, também, tratar-se de um crime vago, em que o sujeito passivo é a coletividade. A sujeição ativa não exige qualidade especial (crime comum), mas trata-se – buscando o conceito de organização criminosa do § 1º do art. 1º, necessário à adequação típica – de um crime plurissubjetivo, uma vez que há a necessidade de que quatro pessoas,

minimamente, pratiquem um dos verbos nucleares, de maneira estável e permanente (Cunha *et al.*, 2018, p. 1792).

Ainda sobre a sujeição ativa, sustenta-se que há condutas paralelas no concurso necessário, já que existe a mútua colaboração para o atingimento de um mesmo fim, em uma união estável e permanente. Não se exige que todos se conheçam reciprocamente, em função da possibilidade de divisão de tarefas, embora haja a necessidade, óbvio, de se detectar o liame subjetivo para a consecução de delitos. Também se reconhece o número mínimo de quatro pessoas ainda que um deles seja inimputável (*v.g.* menor de 18 anos) ou isento de pena (Lima, 2016, p. 490).

No que se refere aos elementos objetivos do tipo do art. 2º, destacam-se os verbos nucleares promover, constituir, financiar ou integrar.

Promover significa fomentar, dar condições concretas para a formação da organização. Constituir importa em formar, inaugurar a *societas criminis*. Financiar tem por compreensão dar o apoio financeiro necessário ou substancial, custear a empreitada criminosa organizada. Integrar, por fim, significa fazer parte, compor o grupo criminoso.

Verifica-se, portanto, tratar-se de tipo alternativo misto, no qual a prática de qualquer das condutas nucleares permitirá a subsunção típica, bem como, praticadas duas ou mais condutas no seio da mesma organização significará um único crime.

Todos os verbos nucleares estão relacionados a organização criminosa, conceito que no passado, quando vigente a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, era legalmente inexistente, mas passou a conhecer delineamento legal com a edição da Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012. Na atualidade, como acima exposto, o conceito está na própria Lei n. 12.850/13, no já transcrito § 1º do art. 1º, em interpretação autêntica contextual.

Além da necessidade de existência de mais de três pessoas – quatro ou mais, nos dizeres do dispositivo – a conformação de organização criminosa exige o modo estruturalmente ordenado da atuação, caracterizado pela divisão de tarefas, ainda que informalmente. Importa, assim, que a atuação seja organizada de maneira que se reconheça uma estrutura empresarial, com estética hierarquizada, sistema de recrutamento de

integrantes, fracionamento da atuação de acordo com especialidades de cada membro, divisão territorial etc. Aponta-se, ademais, embora não exigido pela norma em si, a presença quase sempre verificada e um alto poder de intimidação e ligação estrutural ou funcional com o poder elemento subjetivo público ou com agente público (Lima, 2016, p. 489).

Por fim, há um especial do tipo caracterizado pelo objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Percebe-se que a vantagem buscada pela organização não carece ser necessariamente de ordem econômica, embora, em regra, esta seja a mais presente. Também não se exige que a obtenção ocorra diretamente pela atuação da organização, podendo lançar mão de interpostas pessoas, eventualmente a serviço do grupo.

Não há, textualmente, a exigência de que a vantagem seja ilícita ou indevida. Enxerga-se, aqui, um ponto falho da lei, pois seria ilógico admitir que o crime organizado buscaria uma meta lícita, visto que “o meio para alcançar referida vantagem se dá por intermédio da prática de infração penal, o que demonstra a ilicitude do proveito auferido” (Nucci, 2017, p.773).

O conceito, por fim, prestigia o modo de atuação, consistente na prática de infrações penais, grafando o *quantum mínimo* da pena (superior a 4 anos) ou exigindo que seja ela caráter transnacional.

A expressão infração penal permite a subsunção de crime ou contravenção – neste caso, frise-se, impossível de atender o *quantum* exigido – de qualquer natureza, de maneira que se o escopo da organização for a prática de delitos militares, haverá subsunção típica. Por essa razão, como destacado em sede introdutória, sempre se aceitou que os crimes organizados por extensão – rótulo dado a essas infrações penais – pudessem ser de competência da Justiça Militar.

Exemplificativamente, a organização para a prática de concussão por grupo de policiais militares, com o fim de obtenção de vantagem indevida, crime militar nos termos do art. 305 cc a alínea “e” do inciso II do art. 9º,

todos do CPM – cuja pena é de reclusão de 2 a 8 anos –, poderá ser considerada para a subsunção no crime de organização criminosa.

É possível, até mesmo, que os crimes militares extravagantes sirvam a essa tarefa, em um jogo de palavras em que a organização para a prática de crimes militares extravagantes sirva de parâmetro de subsunção para o crime militar extravagante de organização criminosa, qual pode ocorrer em casos em que quatro oficiais de uma Unidade, em funções de ordenador de despesas, fiscal administrativo, fiscal de contrato e recebedor do item ou do serviço atuem de maneira organizada a fraudar certame licitatório, nos termos do art. 96 da lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, cuja pena é de detenção de 3 a 6 anos.

Não é necessário, por outro lado, que essas infrações adjacentes (crimes organizados por extensão) sejam efetivamente praticadas para a caracterização da organização criminosa, mas, se isso ocorrer, haverá concurso material de crimes, conforme permite o preceito secundário do tipo penal incriminador do art. 2º (“sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas”).

No que se refere ao *quantum* da pena exigido nos crimes organizados por extensão, não há muito o que expor, dado a ser um critério objetivo intransponível. Caso a infração penal instrumental possua pena máxima abstratamente fixada em até 4 anos, não haverá subsunção ao delito de organização criminosa.

No caso de infração penal transnacional, tem-se aquela que:

[...] transcende o território brasileiro, ou seja, que envolve águas ou solo ou espaço aéreo que vão além do território nacional, que abrange o solo, as águas internas, doze milhas de mar e o espaço aéreo respectivo. Na hipótese de o crime ultrapassar os limites do território brasileiro, será considerado transnacional, ainda que não envolva diretamente qualquer outro país soberano (Lima, 2016, p. 489).

O elemento subjetivo do delito em comento é o dolo, marcado pela característica do fim específico de obtenção de vantagem de qualquer natureza, utilizando a prática de infrações penais descritas no conceito de organização criminosa.

Consuma-se o delito com a simples junção das quatro ou mais pessoas para a consecução dos fins e pelos meios indicados, ainda que as infrações instrumentais, como já consignado, não sejam efetivamente perpetradas, o que caracteriza o crime como formal. Mais ainda, a execução pode se protrair no tempo, possuindo os agentes a possibilidade, o domínio para fazer cessá-la, tratando-se, então, de crime permanente.

A tentativa mostra-se impossível, pois ou o grupo é permanente e estável a ponto de configurar a organização criminosa, ou o fato será atípico.

4 TIPICIDADE INDIRETA E A SUBSUNÇÃO NO ESTUDO EM CURSO

Feuerbach (2007, p. 84, tradução nossa) – a quem se atribui, inclusive, a idealização, no início do século XIX, da fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege* – aduz que:

O conjunto de características de uma ação ou realidade factual especiais que estão contidas no conceito de uma determinada classe de ações ilegais é chamado de tipo de crime (*corpus delicti*). A punibilidade objetiva depende da existência do tipo de crime em geral; a aplicação de uma determinada lei penal, de um determinado caso do respectivo tipo, o que pressupõe a lei aplicável como condição de sua consequência legal.²

O tipo penal, é sabido, pode possuir elementos descritivos, de fácil percepção sensorial, normativos, que exigem valoração, juízo de valor³, e subjetivos, que são dados de referência psíquica positivados pelo modelo

² “El conjunto de las características de una acción o realidad fáctica especiales que están contenidas en el concepto de una determinada clase de acciones antijurídicas se llama el *tipo del crimen (corpus delicti)*. La punibilidad objetiva depende de la existencia del tipo de un crimen en general; la aplicación de una ley penal dada, de un determinado caso del respectivo tipo, que presupone la ley aplicable como condición de su consecuencia jurídica”.

³ A doutrina aponta duas espécies de elementos normativos: 1º) *elemento normativo jurídico* – o que depende de interpretação jurídica (ex.: funcionário público, documento etc.); 2º) *elemento normativo extrajurídico ou moral* – o que depende de interpretação não jurídica (ex.: mulher “honesta”). A propósito da palavra “honesta”, lembre-se de que, por força da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, tal elemento normativo foi extinto no Direito Penal comum, remanescendo, entretanto, no Direito Penal Militar, no art. 407 do Código Castrense.

ideal do legislador, visão que remanesce doutrinariamente, ainda que se leve em consideração a influência neokantista do Código Penal Militar.

Tomando-se essa realidade, por tipicidade deve-se entender a perfeita subsunção do fato material à descrição penal do tipo, ou seja, alcança-se a tipicidade com a satisfação dos elementos constitutivos, constantes de um modelo tipológico imaginado pelo legislador e efetivamente positivado no ordenamento jurídico.

A subsunção pode ser direta, restringindo-se ao tipo incriminador em espécie, ou indireta, traduzida por uma tipicidade carecedora de complemento por outra norma contida na Parte Geral dos Códigos, a exemplo da tentativa, concurso de pessoas etc. (Mirabete, 2008, p. 115).

Neste ponto, já foi acima suscitado, há uma singularidade dos tipos penais militares, porquanto pode-se afirmar que todos os crimes militares que possuam idêntica tipificação na legislação penal comum, ou apenas nesta previstos – conforme a nova redação do inciso II do art. 9º do CPM, trazida pela Lei n. 13.491/17 –, caracterizam-se por uma tipicidade indireta (ou adequação típica de subordinação mediata). É dizer que tais crimes carecem, para sua perfeita tipificação, além do preenchimento de elementos típicos existentes no tipo penal incriminador em espécie, de complementação da Parte Geral do CPM.

Nesse sentido, as lições de Scarance Fernandes (2007, p. 161), embora anteriores à Lei n. 13.491/17, ainda são profícuas:

Examinando-se os três incisos do art. 9º, percebe-se que os crimes militares são de tipificação direta e tipificação indireta. Segundo o inc. I, para os crimes militares próprios basta a descrição típica da Parte Especial: tem-se aí crimes de tipificação direta. Mas os crimes impropriamente militares exigem, para sua tipificação, além dos elementos descritos na Parte Especial, outros dados que constam das alíneas do inc. II. Também são de tipificação indireta os crimes do inc. III, caracterizados pela conjugação dos elementos da descrição típica da Parte Especial com os elementos que o inciso contempla.

Nitidamente, o autor reconhece nos incisos II e III a necessidade de representar a tipicidade indireta, restando saber como ela pode ser encontrada para adjetivar o crime de organização criminosa – desde que preenchidos,

preliminarmente os elementos do tipo penal incriminador, acima esmiuçados – como um crime militar extravagante e isso não pode ser feito sem que se tenha o resgate enfático do bem jurídico tutelado pelo crime da Lei n. 12.850/17.

Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 488) dispõe que:

Nos mesmos moldes que a nova figura delituosa de associação criminosa inserida no art. 288 do Código Penal, cuida-se, o crime de organização criminosa, de infração penal contra a paz pública, ou seja, o sentimento coletivo de segurança e de confiança na ordem de proteção jurídica, que, pelo menos em tese, se veem atingidos pela *societas criminis*.

De chofre, percebe-se que, pela concepção do objeto de tutela na norma, tem-se a coletividade como sujeito passivo do delito, caracterizando-se, conforme já mencionado, em um crime vago.

30 Composto essa conclusão com a necessidade de adequação típica de subordinação mediata (tipicidade indireta) às hipóteses das alíneas dos incisos II e III do art. 9º do CPM, com o fito de caracterizar o delito como militar, há que se afastar as hipóteses que contemplem pessoa natural no polo passivo, ou seja, tratando-se aqui de um crime vago, não será possível subsumir a conduta em alíneas dos incisos II e III que prestigiem crimes praticados contra militar da ativa, contra civil, militar da reserva e militar reformado – ressalte-se a inexistência, na ordem jurídica atual, da figura do assemelhado (Neves; Streifinger, 2014, p. 123-5) –, restando, enfim, apenas as alíneas “e” do inciso II e “a” do inciso III do art. 9º, que encerram crimes cometidos contra o patrimônio sob administração militar ou contra a ordem administrativa militar.

Afasta-se, ademais, a possibilidade de subsunção da conduta, para caracterizar o crime de organização criminosa, no atentado ao patrimônio sob a administração militar, pois, ainda que se pratiquem crimes patrimoniais no seio da organização criminosa, sobressai a tutela da paz pública e não do patrimônio que, claro, servirá para a conclusão pela tipicidade de outros delitos (crime organizado por extensão) – como também pode ocorrer em casos de crimes praticados, pela organização criminosa, contra a pessoa, contra a administração pública etc. – visto que, retome-se, o preceito

secundário do art. 2º da Lei n. 12.850/13, ao dispor que a pena do crime é aplicada “sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas” possibilita o concurso de crimes.

Dessa maneira, pode-se concluir que o crime de organização criminosa será crime militar nas hipóteses das alíneas “e” do inciso II (no caso de autores militares da ativa) e “a” do inciso III (no caso de autores militares inativos ou civis) do art. 9º do CPM, especificamente quando praticado contra a ordem administrativa militar.

Urge, então, buscar delinear a ordem administrativa militar, inaugurando a incursão pela doutrina.

A expressão, diga-se de saída, é idêntica à que existia na alínea “e” do inciso II do art. 6º do anterior Código Penal Militar, o Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de Janeiro de 1944, e, partindo deste ponto, lembra Enio Luiz Rossetto (2015, p. 125-6):

O legislador não foi feliz ao utilizar a expressão *ordem administrativa militar*. Silvio Martins Teixeira, ao comentar o Código Penal Militar de 1944, lembrava que no Código Penal Militar de 1891 havia o Título denominado *Dos crimes contra a ordem econômica e administrativa militar*, que o Código de 1944 mudou para *Dos crimes contra a administração militar*. Há controvérsia na doutrina. Jorge Alberto Romeiro entende que são crimes contra a *ordem administrativa militar* os crimes dos Títulos VII (*Dos crimes contra a administração militar*) e VIII (*Dos crimes contra a administração da Justiça Militar*) e conclui que a expressão não pode ser aceita porque os bens jurídicos tutelados nos dois Títulos acima referidos são diversos, não se confundem: no primeiro, é o funcionamento da Administração Militar; no segundo, é o funcionamento da Justiça Militar. Nesse passo, com a devida vênia, tem razão Célio Lobão quando define que o crime contra a *ordem administrativa militar* é aquele que “atinge a organização, a existência e a finalidade das Forças Armadas, bem como seu prestígio moral”. A expressão *ordem administrativa militar* tem sentido mais amplo.

Com efeito, Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 82) prefere o caminho da enumeração dos crimes contra a ordem administrativa militar e não o da definição da expressão, opção diversa de Célio Lobão (2011, p. 120), que busca conceituar na forma apontada por Rossetto ou, mais recentemente,

como “conjunto de leis, regulamentos, atos legais de autoridade militar competente, indispensável ao funcionamento das instituições militares, ao cumprimento da sua destinação constitucional ou legal”.

Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz (2008, p. 47) unem os dois critérios, ou seja, buscam definir a expressão, mas indicam também quais crimes a preencheriam:

A ordem administrativa militar diz respeito às infrações que atingem a organização, existência e finalidade das Forças Armadas, bem como o prestígio moral da administração militar. Esses delitos encontram-se elencados nos artigos 298 a 339 do Código Penal Militar.

Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (2015, p. 125) incursionaram com mais detalhes na expressão, na seguinte senda:

O conceito de ordem administrativa militar é um pouco mais amplo e vai versar sobre tudo que puder causar transtorno à administração militar, ou, no dizer de Célio Lobão: “(...) segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, são infrações que atingem a organização, a existência e finalidade das Forças Armadas, bem como o prestígio moral da administração militar (HC n. 39.412, RTJ 24/39”. Bem elucidativo e difícil de refutar, ao menos racionalmente. Dentre outras hipóteses, podemos destacar a fé pública da administração militar que estará em xeque sempre que houver um crime de falsum relativo a documentos cuja expedição caiba à administração militar, ainda que em atribuições diversas de sua atividade-fim [...].

Assiste razão a Marreiros, Rocha e Freitas, assim como a Rossetto, ao buscarem ampliar a compreensão da expressão, de maneira que não se deve limitar sua aplicação apenas em determinados tipos de crimes, com foco na capitulação trazida pelo CPM, mormente após a Lei n. 13.491/17, que permite a configuração de crimes militares sequer previstos no Código Castrense. Os que buscavam a limitação pela enumeração de um rol, em outros termos, perderam a premissa de raciocínio, qual seja, a de que todo crime militar deveria estar capitulado no CPM.

Essa visão mais abrangente, ademais, confirma-se no plano jurisprudencial, em que podem ser destacados alguns julgados – anteriores e posteriores à Lei n. 13.491/17 – que torneiam a ordem administrativa militar

de maneira mais ampla e que respaldam a tese de que pode ela servir, quando aviltada, de hipótese configuradora de crime de organização criminosa militar.

No Superior Tribunal Militar, tome-se o Habeas Corpus n. 100-11.2013.7.00.0000/BA, que teve como relator o Ministro William de Oliveira Barros e foi julgado em 13 de junho de 2013. Destaca-se nele o reconhecimento de que o crime de concussão atenta contra a ordem administrativa militar e, portanto, possível o enquadramento na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM.

O julgado trata de um delito contra a administração pública, espécie muito comum no âmbito de organizações criminosas, linha de raciocínio que, ainda que firmada anteriormente à Lei n. 13.491/17, conduz à possibilidade de se entender que a prática organizada de crime de concussão – cuja pena máxima supera os 4 anos de reclusão – por 4 ou mais pessoas integrantes, por exemplo, de uma instituição militar, além da moralidade administrativa própria de tutela do crime de concussão, fere a paz pública no âmbito da instituição militar, facetas da ordem administrativa militar.

Caso muito interessante há no Superior Tribunal de Justiça. Já se viu acima, na lição de Renato Brasileiro sobre o bem jurídico protegido pelo crime de organização criminosa, sua identidade com o crime de associação criminosa do art. 288 do Código Penal, de maneira que a construção para caracterizar este como crime militar aproveitará àquele.

Em decisão monocrática no Recurso Especial n. 1.675.636/RJ, o Ministro Ribeiro Dantas, em 3 de abril de 2018, negou provimento ao remédio, com base no art. 255, § 4º, II, do Regimento Interno do Tribunal, tendo como argumento de decisão o reconhecimento de que, após a Lei n. 13.491/17, o processo e julgamento do crime de associação criminosa, praticado nas hipóteses do inciso II do art. 9º, devem-se dar perante a Justiça Especializada, a Justiça Militar.

Assim como no caso da organização criminosa, a associação criminosa, para se tornar crime militar, deve ser praticada de maneira tal que fira a ordem administrativa militar, o que dá ímpar relevância, no contexto apresentado, à decisão mencionada.

Por fim, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, mesmo que anterior à Lei N. 13.491/17, importante construção há no *Habeas Corpus* n. 113.950/DF, julgado em 27 de novembro de 2012, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski.

Tratou-se, no caso, de crime de corrupção ativa praticado por civil contra a administração militar, reconhecendo-se a ofensa à ordem administrativa militar. Decidiu-se, com propriedade:

[...].

II - E competente, portanto, a Justiça castrense para processar e julgar o paciente, pela prática do delito de corrupção ativa, por força do art. 9º, III, a, do Código Penal Militar e do art. 124 da Constituição Federal. Precedentes.

III - O ato praticado pelo paciente ofendeu diretamente a ordem administrativa militar e sua fé pública, com reflexos na credibilidade da Instituição Militar e na lisura dos cadastros por ela mantidos, restando configurada a prática de crime militar de modo a justificar a competência da justiça castrense.

[...].

34

Repete-se aqui a lógica que foi demonstrada na apreciação acima do julgado do Superior Tribunal Militar – crime contra a administração pública fere a moralidade administrativa e, praticado por 4 ou mais pessoas no âmbito da administração militar, considerada a pena máxima superior a 4 anos, fere a paz pública no contexto da instituição (outra faceta da ordem administrativa militar) e, portanto, pode se configurar em crime de organização criminosa militar – com a adição da possibilidade de prática por civil, atraindo a subsunção para a alínea “a” do inciso III do art. 9º do CPM.

Resuma-se, portanto, que o crime de organização criminosa, quando afrontar a ordem administrativa militar, será passível de enquadramento na alínea “e” do inciso II (quando os sujeitos ativos forem militares da ativa) ou na alínea “a” do inciso III (quando os sujeitos ativos forem militares inativos ou civis), ambos do art. 9º do CPM. Ordem administrativa militar, por sua vez, é compreendida como a própria harmonia da instituição, abrangendo sua administração, o decoro de seus integrantes etc. (Neves; Streifinger, 2014, p. 325). Delitos contra a ordem administrativa militar, repise-se, são “as

infrações que atingem a organização, existência e finalidade da instituição, bem como o prestígio moral da administração”⁴.

Nesses termos, evidentemente, quando o grupo criminoso tiver relação com a instituição militar colocando em xeque seu prestígio, sua existência e, principalmente, sua missão constitucional, haverá argumento para reconhecer a afronta à ordem administrativa militar e, em consequência, subsumir o fato nas alíneas apontadas dos incisos II e III do art. 9º do CPM.

Haverá essa afronta, por exemplo, no caso de a organização ser composta por policiais militares que ajustem os passos do grupo ou pratiquem as infrações instrumentais em serviço (tráfico de drogas, homicídio etc.), porquanto essa situação está evidentemente indo de encontro ao mister constitucional das Polícias Militares, descrito no § 5º do art. 144 da Constituição Federal, resumido no binômio polícia ostensiva e preservação da ordem pública.

Também haverá afronta à ordem administrativa militar nos casos em que militares das Forças Armadas, em atuações ligadas à Força respectiva (licitação, contratação, pagamento, formação, licenciamento ou autorização, certificação etc.), organizem-se para a obtenção de vantagem, tendo como meio a prática de crimes contra a administração militar (peculato, concussão, corrupção passiva etc.) ou contra o hígido certame licitatório, uma vez que a moral administrativa, portanto, o prestígio da instituição estará maculado.

Não se pode afastar, por fim, que, no bojo da organização criminosa, existam civis, como sói acontecer no ajuste próprio de uma fraude em licitação, quando, regra geral, o fornecedor, não militar, participará do ajuste, com sua contribuição criminosa definida pelo grupo. Neste caso, o civil responderá pelo crime militar de organização criminosa na Justiça Militar, desde que em âmbito federal, visto que para a Justiça Militar da União, com competência desenhada pelo art. 124 da Constituição Federal, não existe a limitação para jurisdicionados civis, ao contrário do que ocorre com as Justiças Militares dos Estados e do Distrito Federal, cuja competência, pelo § 4º do art. 125 da Constituição Federal, está atrelada apenas a militares do Estado.

⁴ STF, Pleno, Habeas Corpus n. 39.412/RJ, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 12.09.1962.

5 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR E QUESTÕES ESPECÍFICAS

Uma vez aceita a possibilidade de crime militar de organização criminosa, há que se firmar a competência da Justiça Militar (da União e dos Estados e do Distrito Federal), uma competência material, portanto absoluta que deve, necessariamente, ser observada, nem mesmo admitindo prorrogação, nos termos do art. 43 do Código de Processo Civil.

Essa definição de competência faz com que situações peculiares do Direito Militar, substantivo e adjetivo, sejam avaliadas, algumas delas destacadas a partir de agora.

36 Tenha-se como ponto de partida o comando de que, em regra, incorporando-se o crime de organização criminosa ao universo dos crimes militares, o parâmetro legal para a aplicação de institutos de Parte Geral do Direito Penal será o CPM, isso por restrição trazida pelo art. 12 do CP, cuja mensagem pode ser compreendida na afirmação de que sua Parte Geral apenas será aplicada a crimes definidos em legislação especial quando esta não dispuser de modo diverso.

Entende-se, assim, que ao ser incorporado pelo Direito Penal Militar por norma contida no CPM (nova redação do inciso II do art. 9º), deve ser aplicada a Parte Geral do Código Castrense, assimilando as disposições relativas ao erro, à teoria diferenciadora do estado de necessidade etc., para a análise do crime de organização criminosa militar. Essa é a regra geral, permitindo-se em casos de extrema lesão ao princípio da culpabilidade a aplicação de dispositivos do Código Penal (comum), como, aliás, já ocorre em relação à compreensão do erro de direito e do crime continuado.

Em sequência, fixada a premissa de aplicação da Parte Geral do CPM, deve haver a investigação de alguns aspectos materiais próprios da construção.

A primeira questão, nesse caminho, está na majorante de emprego de arma de fogo, prevista no § 2º do art. 2º da Lei n. 12.850/13, que assim dispõe que as “penas aumentam-se até a metade se na atuação da organização criminosa houver emprego de arma de fogo”.

Verifica-se que a causa de aumento de pena – aferida em última fase do critério trifásico de aplicação da pena – não se refere amplamente a arma, como regularmente fazem alguns tipos penais militares (v.g. art. 157, § 2º, do CPM), mas apenas a arma de fogo, afastando-se a arma branca e armas impróprias.

A peculiaridade do Direito Militar neste caso está na constatação de que, em sendo os agentes militares, em especial policiais militares, a atuação será, muito provavelmente, com o porte de arma de fogo, instrumento de trabalho próprio da carreira.

Diante dessa realidade, por óbvio, para o reconhecimento da majorante se mostra necessário que a arma seja efetivamente empregada, para a prática de violência física ou moral, não bastando que os agentes estejam armados, como se estuda no crime de revolta (art. 149, p.u., do CPM).

Ainda no âmbito substantivo, deve-se avaliar a circunstância agravante específica – aferível em segunda fase da aplicação da pena – trazida pelo § 3º do art. 2º da Lei n. 12.850/13, segundo o qual a “pena é agravada para quem exerce o comando, individual ou coletivo, da organização criminosa, ainda que não pratique pessoalmente atos de execução”.

Sobre essa previsão é de fundamental importância lembrar que ao crime de organização criminosa, embora plurissubjetivo, não se aplica a maior reprovabilidade para os cabeças, assim compreendidos na descrição dos §§ 4º e 5º do art. 53 do CPM, pelo simples motivo de que a punição dos cabeças é dada pelo preceito secundário de crimes militares específicos, ora como causa de aumento de pena (art. 149 do CPM), ora como espécie de

qualificadora (art. 142 do CPM). Também não se aplica a circunstância própria do concurso de pessoas prevista no inciso I do § 2º do art. 53 do CPM, sob pena de *bis in idem*. Aplica-se, enfim, a agravante específica do crime de organização criminosa em detrimento dos dois dispositivos do CPM apontados.

O concurso de funcionário público como causa de aumento de pena também deve ser estudado de maneira peculiar. Pelo inciso II do § 4º do art. 2º da Lei em foco, as penas são aumentadas de 1/6 a 2/3 se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal, aferição que deve ocorrer em última fase de aplicação da pena.

38 Importante, aqui, averiguar se a causa de aumento de pena pode vingar em casos em que a organização criminosa for composta por funcionário público, no caso em discussão, por militares do Estado ou do Distrito Federal, ou, ainda, das Forças Armadas.

A resposta é em sentido afirmativo. O propósito da norma é reconhecer a maior lesividade do delito quando há o envolvimento de funcionário público – tomando-se por parâmetro o disposto no art. 327 do Código Penal (comum) – não havendo razão para se negar a causa de aumento de pena quando o envolvimento for de militar, mesmo que todo o grupo seja de militares. Ora, se a coautoria ou participação de funcionário público traz maior lesividade à paz pública, permitindo a maior reprovabilidade, com muito mais razão deverá haver a mesma repugnância quando todo o grupo for composto por funcionário público.

Não há, na descrição típica do delito, em soma, elementar de funcionário público, militar ou não, ainda que, em regra, haja a conexão com órgão público ou agente público.

Dessa maneira, não há que se falar em *bis in idem* no reconhecimento da causa de aumento de pena.

Ainda como aspecto material vislumbrado como específico no Direito Castrense está a pena de multa cominada no preceito secundário. De partida, tem-se que o art. 55 do CPM, ao tratar das penas principais, não contempla a pena pecuniária, devendo-se avaliar se essa pena, prevista cumulativamente no preceito secundário do delito de organização criminosa, pode ou deve ser aplicada na Justiça Militar, especialmente diante da premissa eleita acima de aplicação da Parte Geral do CPM.

Enxerga-se aqui uma exceção à regra (premissa), ou seja, será necessário buscar a lógica do Direito Penal Comum para a aplicação desta pena, de aplicação obrigatória no delito estudado. A razão para essa conclusão é muito simples e está atrelada ao princípio da culpabilidade.

Para Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 275-6), o vocábulo culpabilidade apresenta-se em três acepções em Direito Penal. Assim, sobejamente, esclarece:

Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade – como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta aquém ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo ou culpa.

Exatamente na segunda acepção trazida pelo autor parece residir a questão sobre a aplicação da pena de multa no Direito Penal Militar, pois, se

aplicar uma pena em qualidade ou quantidade não previamente expressas na norma penal fere o princípio da culpabilidade – e também da legalidade, óbvio –, a não aplicação de uma pena de imposição obrigatória trazida pela norma também fere o mesmo primado.

Acrescente-se que, bem se sabe, o tipo penal incriminador é composto de preceito primário, com a descrição típica, e de preceito secundário, com a definição prévia da pena.

Trazer para o Direito Penal Militar apenas a descrição típica seria negar a unicidade do tipo penal incriminador, em verdadeira inovação legislativa por quem não é detentor desse mandato.

Em conclusão, portanto, deve-se aplicar a pena de multa na Justiça Militar em casos de condenação pelo delito de organização criminosa.

Por derradeira observação específica, de direito material, para os militares está a disposição do § 6º do art. 2º da Lei n. 12.850/13:

§ 6º - A condenação com trânsito em julgado acarretará ao funcionário público a perda do cargo, função, emprego ou mandato eletivo e a interdição para o exercício de função ou cargo público pelo prazo de 8 (oito) anos subsequentes ao cumprimento da pena.

Interessa, especificamente, a perda do cargo (graduação de praças e posto dos oficiais), um efeito extrapenal da condenação, de natureza obrigatória e automático, sequer, por essa razão, carecendo fazer parte da exordial acusatória.

No que concerne a praças das Forças Armadas, nada obsta a efetivação desta consequência da condenação. Entretanto, no caso de praças das Forças Auxiliares, a aplicação do mencionado § 6º conhece visão limitadora pelo disposto no art. 125, § 4º, da CF. Por esse dispositivo, constitucional, somente seria possível a perda de graduação de praça das Forças Auxiliares por decisão de Tribunal competente, notadamente os Tribunais de Justiça Militar dos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e

Minas Gerais, ou, nas demais Unidades Federativas, onde não há Corte Castrense de segundo grau, dos Tribunais de Justiça.

Em outros termos, há entendimento no sentido de que o dispositivo constitucional possui uma eficácia ampla, de sorte que toda perda de graduação de praça das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares em razão de condenação criminal como efeito da condenação ou mesmo à luz da pena acessória do art. 102 do CPM deveria passar pelo crivo da segunda instância. Nessa linha, havendo condenação, por exemplo, por tortura ou por organização criminosa, a condenação transitada em julgado deveria ser, por representação do Ministério Público, levada à apreciação do tribunal competente. Essa parece ser a visão dominante, a exemplo do que ocorre no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, conforme se extrai do Acórdão proferido nos autos da Perda de Graduação de Praça n. 560/01, julgado em 8 de fevereiro 2006, sob relatoria do Juiz Cel. PM Avivaldi Nogueira Júnior. Em trecho do Acórdão (fls. 3 e 4), decidiu-se:

A defesa pugnou pela improcedência da Representação alegando que a perda do cargo ou da função não foi aplicada como efeito da condenação, conforme prevê o artigo 92, I, do Código Penal brasileiro. E, na sequência, observou que, na hipótese de procedência da Representação, os efeitos previdenciários decorrentes da inatividade do Representado deveriam ser preservados. Atente-se que, na espécie, nem haveria de se falar na previsão contida no Código Penal. Aplicável seria o artigo 102 do Código Penal Militar. Previa este artigo a exclusão imediata da praça que fosse condenada a pena superior a dois anos. Todavia, conforme já sedimentado, este artigo foi derogado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O texto constitucional estabeleceu, então, a competência deste Tribunal para decidir sobre a perda da graduação das praças, afastando tanto a exclusão automática quanto o tempo mínimo da condenação criminal. Desse modo, para que o Ministério Público ofereça a Representação a ser analisada por este E. Tribunal, basta a existência de uma condenação criminal transitada em julgado, seja ela qual pena for.

Por outro enfoque, também existe construção segundo a qual, como o art. 125 da Constituição da República diz respeito ao estabelecimento de

competência das Justiças Militares dos Estados, a previsão constante na última parte do § 4º desse artigo deve ficar contida à competência criminal da Justiça Militar dos Estados, ou seja, apenas aplicável aos crimes militares, o que abrangeria também, após a Lei n. 13.491/17, o crime de organização criminosa, de tortura e de abuso de autoridade.

Por essa compreensão, havendo condenação de praça da Polícia Militar, por exemplo, por tortura, na Justiça Comum, a condenação transitada em julgado bastaria para que a Administração Militar executasse a sentença, excluindo o militar das fileiras, seja por um ato chamado de exoneração, seja por uma demissão, conforme ditado por legislação estatutária, como ocorre neste último caso com o previsto na alínea “b” do inciso II do art. 23 da Lei Complementar n. 893, de 9 de março de 2001, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

42

De outro lado, em havendo condenação pela Justiça Militar Estadual por crime militar, incluindo os crimes militares extravagantes como a organização criminosa, necessária a decisão do órgão de segundo grau competente para a efetivação da perda de graduação de praça.

Como referência dessa visão, tome-se, no Superior Tribunal de Justiça, o *Habeas Corpus* n. 47.846/MG, julgado em 11 de dezembro de 2009, sob a relatoria do Ministro Og Fernandes:

CRIME. TORTURA. PERDA. CARGO. O paciente, na condição de policial militar, teria sido omissos ao não impedir que os outros milicianos praticassem, nas dependências do batalhão policial, tortura contra duas pessoas, sendo que uma delas veio a falecer em razão das agressões sofridas. Foi condenado como incurso nas penas do art. 1º, § 2º, da Lei n. 9.455/1997. Sustenta a defesa que o paciente não teve conhecimento do fato delituoso, não estando sequer presente quando das agressões, ficando clara a equivalência ou paridade entre a situação dos acusados absolvidos e a dele. Mas o Min. Og Fernandes, Relator, entende que a pretensão não merece guarida uma vez que a imputação recaída sobre o paciente – de ter-se omitido em face do cometimento de prática de tortura – encontra amparo no decidido pelas instâncias ordinárias, que se lastreiam no conjunto probatório.

Também porque, na condição de policial militar, o paciente tinha o dever legal de evitar a prática de crime ocorrido nas dependências do estabelecimento em que trabalhava. Há de se acrescer ainda o relato das testemunhas, segundo as quais os pedidos de socorro eram ouvidos de suas casas. Assim, fica afastada a alegação de que, por estar junto ao portão de entrada do prédio, não haveria meios de ter ciência das violências perpetradas. Finalmente, o pedido demanda revolvimento do conjunto fático probatório, providência incompatível com a via eleita. **Quanto à pretensão de afastar as penas acessórias da perda do cargo e impedimento de exercer outra função pública pelo período de dois anos, destacou o Min. Relator que a jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal é que, nos crimes de tortura, a perda do cargo é efeito automático e obrigatório da condenação. Assim, não haveria sequer a necessidade de fundamentar a medida.** Dessa forma, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, denegou a ordem, vencidos os Ministros Celso Limongi e Nilson Naves, que a concediam. Prec edentes citados do STF: HC 92.181-MG, DJe 1º/8/2008; do STJ: HC 40.861-MG, DJ 2/5/2005; HC 97.195-SP, DJe 19/10/2009; HC 95.335-DF, DJe 4/8/2008; HC 106.995-MS, DJe 23/3/2009; REsp 799.468-AP, DJ 9/4/2007, e HC 92.247-DF, DJ 7/2/2008.

Essa também a visão construída no Supremo Tribunal Federal, como se extrai da decisão monocrática, datada de 29 de abril de 2011, em que o Ministro Dias Tóffoli, nos autos do Recurso Extraordinário n. 568.423/SP, consignou:

Com efeito, a jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que “à Justiça Militar Estadual compete decidir sobre a perda da graduação de praças somente quando se tratar de crime em que a ela caiba processar e julgar, ou seja, crimes militares” (RE 602.280/SC-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 10/3/11).

Perfilhando nesse entendimento, destaco precedentes:

“CONSTITUCIONAL. MILITAR. PRAÇA DA POLÍCIA MILITAR. EXPULSÃO. C.F., art. 125, § 4º, I. A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há invocar julgamento pela Justiça Militar estadual. A esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar estadual, coube decidir, não subsistindo, em consequência, relativamente aos graduados, o art. 102 do

Cód. Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. II. R.E. não conhecido” (RE n. 199.800/SP, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 4/5/01);

“Praça da Polícia Militar. Licenciamento por conveniência do serviço. Competência. Falta de questionamento das questões relativas aos incisos LIII, LV e LVII do art. 5º da Constituição. Por outro lado, o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 199.800, apreciando caso análogo ao presente, decidiu, quanto à alegação de ofensa ao artigo 125, § 4º, da Constituição, que a prática de ato incompatível com a função militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, não se havendo de invocar julgamento pela Justiça Militar Estadual, porquanto a esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças somente como pena acessória dos crimes que a ela couber decidir. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário não conhecido” (RE n. 283.393/ES, Primeira Turma, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 18/5/01).

O acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao decretar a perda da graduação de praça do recorrente, condenado pelo Juízo comum à pena de três anos de reclusão pela prática do delito previsto no art. 121, **caput**, c/c os arts. 14, inciso II, e 73, todos do Código Penal (fls. 19/20). Portanto, merece ser reformado.

Aliás, outro não foi o entendimento do Ministério Público Federal ao consignar que **“competiria ao Presidente do Tribunal do Júri cominar ao recorrente a pena de perda da graduação, porquanto a referida reprimenda acessória deveria ter sido imposta pelo Tribunal competente para processá-lo e julgá-lo”** (fls. 145). Ante o exposto, forte na jurisprudência da Corte, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento (art. 21, § 2º, do RISTF), sem, contudo, obstar que eventual procedimento administrativo disciplinar seja instaurado para apurar a questão.

Muito embora os precedentes citados pelo Supremo Tribunal Federal se refiram mais à possibilidade de aplicação de sanção disciplinar de forma autônoma da apreciação do Tribunal de Justiça Militar, evidenciam eles, assim como a própria decisão transcrita, que a previsão final do § 4º do art. 125 da Constituição Federal possui interpretação restrita aos crimes de competência da própria Justiça Militar, ou seja, nos casos de crimes militares.

A visão exposta também é presente em decisões colegiadas, como o caso do RHC n. 104.571/AC, julgado pela Primeira Turma do Supremo

Tribunal Federal, em 18 de outubro de 2010, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Conclua-se, portanto, que para praças das Forças Armadas não há óbices para a efetivação do efeito da condenação do § 6º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 em primeira instância da Justiça Militar da União. Para praças das Forças Auxiliares, em sendo a condenação pelo crime de organização criminosa na Justiça Militar, a perda do cargo, coincidente com a perda da graduação, deverá se dar pelo órgão de segunda instância da Justiça Militar, em observância ao § 4º do art. 125 da Constituição Federal.

O caso dos oficiais também passa por uma compreensão constitucional, especificamente pelos incisos VI e VII do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, aplicáveis aos oficiais das Forças Armadas, mas que aproveita também aos oficiais das Forças Auxiliares, por previsão do § 1º do art. 42 também da Constituição.

Dispõem os incisos:

VI - oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

Claramente, a previsão constitucional trabalha com duas situações. No inciso VI, tem-se um direito do oficial de somente perder o posto e a patente, entenda-se, o cargo, por decisão de tribunal militar de caráter permanente em tempo de paz, ou seja, decisão do Superior Tribunal Militar no âmbito federal e dos Tribunais de Justiça Militar (ou Tribunal de Justiça, nas Unidades Federativas onde eles são inexistentes), na órbita dos Estados e do Distrito Federal.

No outro inciso, o VII, tem-se a imposição para o julgamento do inciso VI nos casos da condenação por qualquer crime à pena privativa de liberdade acima de 2 anos.

Para o estudo em curso – aplicação da perda de cargo como efeito da condenação pelo crime de organização criminosa –, os dois incisos são aplicáveis, visto que a previsão do § 6º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 não exige quantidade de condenação para a perda do cargo, permitindo enquadramento no inciso VI do § 3º do art. 142 da CF, mas, tendo por foco o preceito secundário do delito em comento (reclusão, de 3 a 8 anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas), a pena mínima será sempre superior a 2, impulsionando o inciso VII no mesmo parágrafo e artigo da Constituição.

Em ambos os casos, portanto, sempre haverá a necessidade da decisão do órgão de segunda instância, o que confere, na visão de alguns doutrinadores, vitaliciedade aos oficiais. Nesse sentido, consigna Antônio Pereira Duarte (1995, p. 59 e 60), ao comentar dispositivo constitucional anterior, mas de igual teor ao atualmente existente:

Contudo, em razão da natureza vitalícia do cargo que ostenta, o oficial somente poderá ter suprimido o posto e a patente mercê de sentença judiciária. Isto equivale dizer que jamais o oficial será demitido do serviço público pura e simplesmente, visto que a vitaliciedade ínsita ao cargo que ocupa, o torna invulnerável ao ato demissional. Somente por via da declaração judicial de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, é que decorrerá a demissão ex officio do militar assim considerado indigno ou incompatível com a sua alta posição hierárquica.

Particularmente no caso do Superior Tribunal Militar, o rito processual está disciplinado nos arts. 112 a 114 de seu Regimento Interno, no qual se trata da Representação para a Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o Oficialato.

Com o trânsito em julgado da sentença da Justiça comum ou militar que haja condenado o Oficial das Forças Armadas à pena privativa de liberdade superior a dois anos, o Procurador-Geral da Justiça Militar formulará Representação para que o Tribunal julgue se o representado é indigno ou incompatível para com o oficialato. Embora a norma regimental trate apenas da condenação superior a dois anos, não se pode negar que, em casos outros de condenação criminal que fomente a perda do cargo, independentemente da pena aplicada, haverá também a necessidade dessa mesma representação perante o Superior Tribunal Militar, por imposição do inciso VI do § 3º do art. 142 da CF, acima transcrito.

Entretanto, a exemplo do que ocorre com praças das Forças Auxiliares, existe entendimento de que a prerrogativa de perda de posto e patente do oficial das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares por decisão de Tribunal Militar deve apenas ser reconhecida quando a condenação geradora for da Justiça Militar, também com arrimo no § 4º do art. 125 da CF, que igualmente fala em competência do Tribunal para declarar a perda do posto dos oficiais.

Nesse sentido, o Emb. Decl. nos Emb. Decl. no Ag. Reg. no Ag. de Instrumento n. 769.637/MG, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 26 de junho de 2013, sob relatoria do Ministro Celso de Mello:

CRIME DE TORTURA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA A OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR – PERDA DO POSTO E DA PATENTE COMO CONSEQUÊNCIA NATURAL DESSA CONDENAÇÃO (LEI Nº 9.455/97, ART. 1º, § 5º) – INAPLICABILIDADE DA REGRA INSCRITA NO ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO, PELO FATO DE O CRIME DE TORTURA NÃO SE QUALIFICAR COMO DELITO MILITAR – PRECEDENTES – SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA, NA REALIDADE, A UM NOVO JULGAMENTO DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE

– INADMISSIBILIDADE – PRONTO CUMPRIMENTO DO JULGADO DESTA SUPREMA CORTE, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO, PARA EFEITO DE IMEDIATA EXECUÇÃO DAS DECISÕES EMANADAS DO TRIBUNAL LOCAL – POSSIBILIDADE – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. TORTURA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – PERDA DO CARGO COMO EFEITO AUTOMÁTICO E NECESSÁRIO DA CONDENAÇÃO PENAL. - O crime de tortura, tipificado na Lei nº 9.455/97, não se qualifica como delito de natureza castrense, achando-se incluído, por isso mesmo, na esfera de competência penal da Justiça comum (federal ou local, conforme o caso), ainda que praticado por membro das Forças Armadas ou por integrante da Polícia Militar. Doutrina. Precedentes. - A perda do cargo, função ou emprego público – que configura efeito extrapenal secundário – constitui consequência necessária que resulta, automaticamente, de pleno direito, da condenação penal imposta ao agente público pela prática do crime de tortura, ainda que se cuide de integrante da Polícia Militar, não se lhe aplicando, a despeito de tratar-se de Oficial da Corporação, a cláusula inscrita no art. 125, § 4º, da Constituição da República. Doutrina. Precedentes. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – UTILIZAÇÃO PROCRASTINATÓRIA – EXECUÇÃO IMEDIATA – POSSIBILIDADE. - A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPP, art. 620), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente. - O propósito revelado pelo embargante, de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi desfavorável – valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis –, constitui fim que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Suprema Corte, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento. Precedentes.

Ao se aceitar o crime de organização criminosa como crime militar extravagante, com a condenação pela Justiça Militar Estadual, na linha do precedente apontado, a perda do cargo (perda do posto e da patente) exigirá decisão do Tribunal de Justiça Militar.

No que se refere aos oficiais das Forças Armadas, inexistindo norma paritária ao art. 125, § 4º, da CF, parece evidente que a perda do cargo (perda

de posto e patente) deve ser por decisão do Superior Tribunal Militar, aplicando-se os incisos mencionados do § 3º do art. 142 da CF.

No aspecto processual, ligado às garantias e aos procedimentos consequentes da conclusão pela prática de crime de organização criminosa, tem-se, primeiro, que as possibilidades investigativas, rotuladas como meios de obtenção de prova (colaboração premiada, captação ambiental, ação controlada, infiltração de agentes etc.), no art. 3º da Lei n. 12.850/13, são perfeitamente possíveis na persecução criminal militar, no contexto de uma organização criminosa militar (Lima, 2016, p. 489; Neves, 2018, p. 301), com toda substância das discussões doutrinárias e jurisprudenciais já travadas.

Mas há aspectos mais peculiares que merecem atenção no Direito Castrense.

O § 7º do art. 2º da Lei n. 12.850/13 dispõe que se “houver indícios de participação de policial nos crimes de que trata esta Lei, a Corregedoria de Polícia instaurará inquérito policial e comunicará ao Ministério Público, que designará membro para acompanhar o feito até a sua conclusão”.

O dispositivo tem maior relevância, em sua primeira parte, para a persecução criminal militar em âmbito dos Estados, quando os indícios de participação recaírem sobre policiais militares.

Neste caso, obrigatoriamente, a investigação deve se dar por procedimento instaurado pela Corregedoria da Polícia Militar a que pertencem os agentes, excepcionando-se os demais critérios para a instauração de inquérito policial militar trazidos pelos dispositivos do Código de Processo Penal Militar (CPPM), a exemplo da territorialidade trazida pela alínea “a” do art. 10 desse Código, logicamente se houver a conclusão pela prática de crime militar por lesão à ordem administrativa militar.

Mostra-se não compatível com a estrutura constitucional a apuração dos fatos, configuradores de crime militar, por autoridade policial civil, nos

termos do disposto no § 4º do art. 144 da Constituição Federal, *in fine*, ainda que pela Corregedoria da Polícia Civil⁵. Obviamente, inexistindo o órgão correcional, o dispositivo torna-se ineficaz.

A comunicação ao Ministério Público, pela Corregedoria, é necessária, mas a designação de membro do *Parquet* para acompanhar o feito é despicienda, diante da atribuição funcional de controle externo da atividade policial (art. 129, VII, CF).

Evidentemente, a previsão aqui tratada não pode excluir a possibilidade de direta investigação pelo Ministério Público (Lima, 2016, p. 501-2).

Dispõe o § 5º do art. 2º da Lei:

§ 5º - Se houver indícios suficientes de que o funcionário público integra organização criminosa, poderá o juiz determinar seu afastamento cautelar do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à investigação ou instrução processual.

50

Perfeitamente possível a aplicação dessa medida cautelar – cujos requisitos também passarão pela análise do *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora* (ou *libertatis*) – consistindo no afastamento do militar de suas atividades, de maneira integral ou parcial (determinação, por exemplo, para cumprir tarefas administrativas, apenas), isso em qualquer fase da persecução criminal.

O ponto intrigante para o Direito Militar está na inovação estatutária, com a necessidade de averiguar qual a situação funcional de militar submetido a esta situação, se haverá remuneração e se o tempo de afastamento será computado para fins de tempo de serviço.

⁵ Ressalte-se que o desenho constitucional não torna inócua a concepção de que o inquirido é instrução provisória a fornecer elementos para eventual propositura da ação penal, por seu titular. Assim, eventual apuração de infração penal militar por autoridade policial civil não obsta a promoção da ação penal. Necessário lembrar que há no art. 5º, LIII, da CF, o princípio do promotor natural e do juiz natural, que não se estende à autoridade policial.

Não é possível uma análise que valha para todos os militares (estaduais ou federais), visto que as regras estatutárias são veiculadas por leis específicas da União, no caso de militares das Forças Armadas, e dos Estados (e Distrito Federal), no caso de militares das Unidades Federativas, em respeito ao primado constitucional da autonomia político-administrativa dos entes federativos (art. 18 da CF).

Mas é conveniente, por outro lado, averiguar a situação dos militares federais, à luz da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro de 1980, o Estatuto dos Militares, que poderá servir de parâmetro comparativo para o caso dos militares dos Estados.

Entende-se que a possibilidade trazida pela Lei n. 12.850/13 inova a regra estatutária, colocando uma nova causa de afastamento temporário do serviço, além das previstas no art. 82 do Estatuto dos Militares, levando à condição de agregação. Essa agregação, será remunerada, visto que a própria Lei n. 12.850/13 disciplina que não haverá prejuízo da remuneração. Não havendo inclusão dessa agregação – até porque expressamente inexistente – no § 4º do art. 137 do Estatuto dos Militares, o tempo passado nessa condição há se ser computado como tempo de serviço.

Claro, nada obsta uma analogia ao disposto no art. 147 da Lei n. 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que trata da disponibilidade, mas, dada a temporariedade da medida (60 dias, prorrogável por igual período) e a atribuição para sua determinação (autoridade administrativa instauradora do processo disciplinar), parece a construção afeta à agregação melhor se adaptar ao caso dos militares federais.

6 CONCLUSÃO

A criminalidade organizada, embora sua origem se perca na História, conheceu na contemporaneidade o ambiente propício para seu

fortalecimento, especialmente se considerado o fenômeno da globalização, que impulsionou não apenas atividades lícitas, mas também a atuação criminosa.

Um fato criminoso praticado em qualquer rincão do mundo pode surtir efeito em ambientes situados quilômetros de distância dali, potencializando, por exemplo, o poder intimidatório das organizações criminosas.

Para buscar a adequada repressão a essa realidade, instrumentos legislativos são idealizados, com mecanismos próprios de combate, partindo-se da própria criminalização da atuação em organizações criminosas, hoje trazida pela Lei n. 12.850/13, adicionada à repressão já existente dos crimes utilizados como meio de atuação.

52

Embora o crime de organização criminosa originalmente tenha sido desenhado como crime comum, com a edição da Lei n. 13.491/17, abriu-se a possibilidade de ele ser considerado crime militar (crime militar extravagante), quando praticado contra a ordem administrativa militar (alínea “e” do inciso II do art. 9º ou alínea “a” do inciso III do art. 9º, ambos do CPM).

Reconhecida a subsunção das condutas no Código Penal Militar, será competente para processar e julgar o delito a Justiça Militar da União ou dos Estados, competência material e, portanto, absoluta.

Não se pode olvidar, em soma, que, malgrado a credibilidade das instituições militares, o crime tem um alto poder de sedução sob o enfoque financeiro, além de ter mecanismos de cooptação que não poupa militares, de maneira que é chegado o momento de fazer frente às organizações criminosas compostas por militares, que oneram sobremaneira a coletividade e, claro, em último foco, a dignidade da pessoa humana.

Malversação do dinheiro público, também no seio de instituições militares, por exemplo, importa em diminuição de possibilidades na saúde, na

educação e na segurança. A propósito desta, repugnância maior deve haver nos casos em que o agente público integrante da organização criminosa é justamente aquele que deveria prover segurança pública, como mister constitucional próprio, como no caso das Polícias Militares, ou como atividade eventual, caso das Forças Armadas em atividade de Garantia da lei e da Ordem.

A ideia foi lançada! Cumpre, agora, aproveitar o cenário favorável à atuação dos órgãos de persecução criminal militar, ainda que essa batalha signifique a nunca efetiva chegada do Agrimensor K. ao Castelo, imitando o intrigante pensamento de Kafka.

REFERÊNCIAS

- ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA RAMOS, Guilherme da; FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *Direito penal militar – Teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015.
- ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: parte geral, v. 1*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Leis penais especiais comentadas artigo por artigo*. Salvador: Juspodivum, 2018.
- DUARTE, Antônio Pereira. *Direito administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FEUERBACH, Anselm v. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi, 2007.
- KAFKA, Franz. *O castelo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivum, 2016.

LOBÃO, Célio. *Comentários ao Código Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

MIGUEL, Claudio Amin; CRUZ, Ione de Souza. *Elementos de direito penal militar – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 1. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 126, set./dez. 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira Pereira. *A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos*. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wpcontent/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: RT, 2015.

A independência funcional e a postulação do Ministério Público diretamente nos tribunais: inevitáveis colisões de interesses ministeriais de instâncias e ramos diversos

Jorge Cesar de Assis

Promotor da Justiça Militar aposentado. Sócio-Fundador e Secretário-Geral da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM.

Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar.

Coordenador da

Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8104025876973839>

E-mail: jorgecesarassis@gmail.com

2º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2018

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O objetivo do presente artigo é demonstrar uma interessante situação que por vezes coloca, em posições antagônicas, órgãos ministeriais de instâncias diversas ou órgãos ministeriais de ramos diversos. Essa colisão de interesses encontra suporte no princípio constitucional da independência funcional, e é válida para os dois lados em conflito. Neste contexto, é de fundamental importância estabelecer a diferença do Ministério Público atuando como parte no processo e na condição de fiscal da lei. Essa diferenciação é deveras importante diante dos embates que se instalam quando da pretensão de atuação de membro de primeiro grau nos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais ou Tribunais Superiores. Ou do membro de primeiro grau em atuar ativamente em Justiça dotada de competência diversa daquela em que originariamente exerce seu mister. O trabalho busca então identificar os limites e alcance do exercício de postulação direta aos Tribunais pelos diversos órgãos do Ministério Público,

bem como sua legitimidade para agir inclusive em ramo diverso da Justiça. Com base no desenho constitucional do Ministério Público brasileiro e na divisão de suas atribuições originárias, a análise engloba também a postulação de membro da Instituição ministerial contra ato da Chefia de seu ramo de Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: independência funcional; Ministério Público; procurador-geral; tribunais; atuação; instância.

ENGLISH

TITLE: The functional independence and the postulation of the Public Ministry directly in the courts: inevitable collisions of ministerial interests of different instances and branches.

ABSTRACT: The goal of the present study is to show an interesting situation that sometimes puts ministerial organs of different instances or ministerial organs of different areas in antagonistic positions. This conflicting interest is based in the constitutional principle of functional independence and it is applicable for both parts involved in the conflict. In this context, we attempt to establish the differential of the Public Prosecutor's Office as a part in the process as well as guardian of law. This differential is very important in the face of conflicts that arise when a first-degree member intends to act in Courts of Justice, Regional Federal Courts or Superior Courts of Justice. There are clashes too, when a first-degree member acts in a competence of Justice different from the one where he should act. The article also attempts to identify the limits and the coverage of the direct postulation exercise to the Courts through several areas of the public prosecutor's office, as well its legitimacy to act in other lines of Justice. Based on the constitutional design of the Brazilian Public Prosecutor's Office and the divisions of its original duties, the analysis includes the postulation of a Ministerial Institution member against an act of a superior in the Public Prosecutor's Office.

KEYWORDS: functional independence; Public Prosecutor's Office; general prosecutor; courts; acting; instance.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Ministério Público e os processos em que atua – 2.1 O Ministério Público brasileiro: princípios que informam a instituição – 2.2 Atuação ordinária e extraordinária do órgão ministerial: fiscalização da lei *versus* parte autora – 2.3 A pretensão de atuação de primeiro grau nos tribunais de Justiça – 2.4 A atuação de membros de primeiro grau no MPU, em tribunais distintos da Justiça em que originariamente atuam – 3 O Ministério Público em defesa de sua autonomia funcional – 3.1 Acesso ao tribunal contra ato do procurador-geral: preservação da independência funcional – 3.2 Ingresso de ramo do Ministério Público da União no STF, na qualidade de *amicus curiae* em ação interposta pelo PGR visando restringir a atividade funcional do ramo especializado – 4 O Ministério Público de 1º Grau como legitimado para a representação no interesse da Justiça Militar – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Em face dos dispositivos constitucionais que regem o Ministério Público brasileiro e, da mesma forma, o regramento estabelecido pela Lei Complementar nº 75 [Estatuto do Ministério Público da União], e Lei nº 8.625 [Lei Orgânica Nacional do Ministério Público], ambas de 1993, o que se propõe é estabelecer os limites e alcance do exercício de postulação direta aos Tribunais pelos diversos órgãos do Ministério Público ainda que de instâncias e ramos diversos.

Em princípio, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sinalizava de modo pacífico quanto ao fato de que, naqueles dois tribunais, o Procurador-Geral da República exerceria de modo exclusivo, a postulação em nome do Ministério Público.

Guardadas as devidas proporções, é de se perguntar, se, em nível de Estados e do Distrito Federal, esta exclusividade perante o respectivo Tribunal de Justiça, estaria exclusivamente a cargo do Procurador-Geral de

Justiça. De igual forma, no Tribunal Regional Federal ao Procurador Regional da República.

Registram-se algumas incursões diretas, tanto por intermédio de membros de primeiro grau do Ministério Público da União, como de ramos diversos do Ministério Público dos Estados, em relação ao Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que vêm contribuindo para a mudança da jurisprudência de certa forma ortodoxa, no que tange aos limites e alcance do exercício de postulação do Ministério Público nos Tribunais, ainda que de forma não pacífica.

Em cumprimento de sua missão social e política, a Constituição Federal deferiu ao Ministério Público instrumentos relevantes, merecendo destaque a ação penal pública, a ação civil pública e ação de inconstitucionalidade, ambas prescritas no art. 129, I, II e IV, da Constituição Federal.

O poder de ajuizar essas ações evidencia uma instituição dotada também de função política, embora o Parquet atue em áreas de interesse da população em geral.

Dentre os princípios institucionais do Ministério Público é exatamente o da independência funcional que proporciona os questionamentos que o tema em estudo encerra e que serão demonstrados.

A independência funcional está intrinsecamente ligada à atividade-fim de cada membro do MP e, em tese, está blindada de intervenções, tanto que o Conselho Nacional do Ministério Público já assentou que “os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho

Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, § 2º, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição” (Enunciado CNMP nº 06, de 28.04.2009, publicado no DJ, Seção única, de 18.05.2009).

A melhor compreensão das limitações, alcances e interesses do Ministério Público permite traçar um desenho processual de sua atuação, propiciando os parâmetros que devem orientar suas atividades desenvolvidas, de modo a evitar indesejáveis colisões entre seus diversos ramos entre si; e entre as instâncias diversas de um mesmo Ministério Público.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS PROCESSOS EM QUE ATUA

2.1 O Ministério Público brasileiro: princípios que informam a instituição

59

Nos termos do art. 127 da Carta Magna, 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 a garantia do exercício desta nobre missão, foi a própria Constituição que dotou a instituição de indispensáveis princípios institucionais, a saber, a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

A unidade significa que os membros integrantes do Ministério Público constituem uma só instituição, todavia, tendo em vista a estrutura desenhada pelo art. 128 da CF, esta unidade vige, na prática, apenas no âmbito de cada um dos ramos do Ministério Público da União e, da mesma forma, dos Estados.

Por indivisibilidade deve-se entender que a instituição não pode ser repartida internamente, de modo que cada membro seja uma parte considerada individualmente. Não, a indivisibilidade significa que os membros de cada ramo podem substituir-se uns aos outros, não se vinculando aos feitos em que atuem. Esta substituição, todavia, não é arbitrária e nem discricionária, já que o princípio da indivisibilidade não pode violar a independência funcional de cada um.

Por fim, o princípio da independência funcional, nas palavras de Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, afirma que os membros do Ministério Público devem obediência à Constituição, às leis e à sua consciência, possuindo liberdade de convicção, não estando submetidos à vontade de quem quer que seja.

O autor lembra Hugo Nigro Mazzili, para quem:

[...] os membros do Ministério Público (promotores e procuradores de Justiça, procuradores da República, procuradores do Trabalho e procuradores da Justiça Militar) e os órgãos do Ministério Público (tanto os órgãos individuais quanto os órgãos colegiados, como o Conselho Superior ou o Colégio de Procuradores) no exercício da atividade-fim, só estão adstritos ao cumprimento da Constituição e das leis; não são obrigados a observar portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem mesmo dos órgãos superiores da Administração, no que diga respeito ao que devam ou não fazer.

Não se vedam as instruções emanadas dos órgãos da Administração Superior da Instituição, desde que estas não possuam apanágio vinculativo, mas tão somente recomendativo. Assim, os órgãos superiores da instituição não podem impor ordens aos membros do Parquet, por exemplo, ‘não recorra’, ‘não denuncie’, eis que se assim agissem estariam ofendendo a autonomia funcional de seus membros, o que equivaleria, em última análise, à desobediência à Constituição (Vasconcelos, 2009, p. 14-15).

2.2 Atuação ordinária e extraordinária do órgão ministerial: fiscal da lei versus parte autora

Podem-se evidenciar duas formas de atuação distintas do Ministério Público. Como parte quando ele provoca o Judiciário dando início a uma ação e, como fiscal, quando está atento à correta aplicação da lei, tomando as medidas cabíveis quando de seu descumprimento.

Em princípio, poder-se-ia imaginar que os membros de primeiro grau atuariam apenas na condição de parte, enquanto aqueles atuantes na segunda instância ou nos tribunais superiores exerceriam seu múnus como fiscais.

Mas essa não é uma verdade absoluta, visto que, nas ações de natureza cível, ele tanto pode ser parte como fiscal. Aliás, o Ministério Público, enquanto parte, jamais perde a condição de fiscal da lei, seja na esfera criminal, seja na esfera cível.

É claro que, dentro da estrutura legal [e aí vamos nos ater ao Ministério Público Militar, mas com semelhança nos demais ramos do MPU e dos Ministérios Públicos estaduais], especificam-se os órgãos que compõem o ramo do Parquet, dando-se-lhes atribuições específicas, v.g., aquelas destinadas ao procurador-geral, ao colégio de procuradores, ao conselho superior, à câmara de coordenação e revisão, à corregedoria, aos subprocuradores-gerais, aos procuradores e aos promotores.

Assim, inexistindo na legislação o termo “privativo” na atuação dos Procuradores perante os Tribunais, talvez seja o tempo de se iniciar amplo debate sobre a necessidade urgente de revisão de toda a estrutura funcional do Ministério Público, a fim de tornar a sua atuação mais racional e eficiente.

2.3 A prestação de atuação de Primeiro Grau nos tribunais de Justiça

Destaque-se, neste ponto, a pretensão de Promotor de Justiça mineiro, que desejava fazer sustentação oral e embargos declaratórios em recursos de sua lavra que foram apresentados ao Tribunal de Justiça do Estado. Contudo, tal pleito foi vedado pela Corregedoria do Ministério Público de Minas Gerais, sob pena de sanção administrativa fulcrada na alegação de que seria atividade privativa dos Procuradores de Justiça. Sentindo-se violado em sua independência funcional, o membro de primeiro grau recorreu ao Conselho Nacional do Ministério Público [CNMP], onde requereu a sustação da proibição que lhe fora imposta.¹

62 A rigor, a atuação pretendida não impedia o exercício da função dos Procuradores de Justiça, pois, da mesma forma que há duas manifestações escritas do Ministério Público [razões recursais/parecer do Procurador], pode haver duas manifestações orais.

A questão deu-se início quando, ao tentar fazer pedidos de sustentação oral e de embargos declaratórios no TJ, a Procuradoria Recursal Criminal representou o promotor de Justiça na Corregedoria, a qual determinou que ele estava proibido de atuar nos seus recursos ao Tribunal, sob pena de sanção. Tendo recorrido à Câmara de Procuradores, esta manteve a decisão da Corregedoria, por unanimidade.

Em suas razões ao CNMP, o membro de primeiro grau alegou que tal postura violou a sua independência funcional, informando que havia precedentes em que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais atendera os seus pedidos em sede de embargos declaratórios.

¹ CNMP, Processo: 0.00.000.000010/2015-30, distribuído em 13.01.2015. Julgado extinto o presente Procedimento de Controle Administrativo por manifesta improcedência e manifesto confronto com o Enunciado nº 06 de 28 de abril de 2009, deste Conselho Nacional do Ministério Público, em data de 10.03.2015.

Informou, ainda, que a Procuradoria Recursal Criminal tentou também impedir que ele ajuizasse pedidos de Revisão Criminal, e fez nova representação na Corregedoria, a qual não fora aceita, em razão de haver alguns julgados do TJMG reconhecendo a legitimidade do membro de primeiro grau para pleitear Revisão Criminal, pois seria uma ação de natureza similar ao HC e MS.²

Para a Câmara de Procuradores de Justiça mineira, o promotor de Justiça estaria peticionando no Tribunal e não peticionando ao Tribunal, salientando que o promotor pode peticionar apenas ao Tribunal, mas não pode peticionar no Tribunal.

Fazendo uso das alegações do promotor, e com a devida vênia da Câmara de Procuradores, não procede tal afirmativa, uma vez que quando o promotor faz sustentação oral no tribunal, como parte, ele está esclarecendo ao Tribunal as suas razões ou contrarrazões recursais que por ele foram escritas. E, no caso dos embargos declaratórios, apenas estará solicitando ao tribunal que esclareça alguns pontos que ficaram obscuros em relação à sua argumentação recursal escrita. Quando da impetração de seu pedido ao CNMP, o promotor de Justiça lembrou ocorrer que muito raramente procuradores de Justiça fazem sustentação oral nos processos penais, e há casos em que a manifestação do procurador de Justiça é contrária ao do promotor recorrente, logo a unidade do Ministério Público deve ser balanceada com a independência funcional. Portanto, existe a independência funcional do promotor e a do procurador. O que se almejava é que o promotor fizesse a sustentação oral como parte e o procurador de Justiça como fiscal, pois são funções diferentes, o que é muito comum de ocorrer na

² Nesse sentido: TJMG, 2º Grupo de Câmaras Criminais, Revisão criminal nº 1.0000.13.045247-7/000, relator Des. Adilson Lamounier, Data do Julgamento: 04/02/2014, Data da Publicação: 14/02/2014. Precedente citado no acórdão: Revisão Criminal 1.0000.08.482033-1/000, Relator Des. Fortuna Grion, 1º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS, julgamento em 08/03/2010, publicação da súmula em 20/08/2010.

parte escrita do recurso, não havendo impedimento para que seja feita também na parte oral, a qual é muito importante para o conhecimento e análise do caso pelos desembargadores.

O CNMP, uma vez mais se lastreando no Enunciado nº 6, não conheceu do pedido, determinando a extinção do feito. Interposto recurso interno da decisão, ele não foi conhecido por ter sido julgado intempestivo.³

Poder-se-ia elucubrar que o promotor de Justiça pudesse pedir a sustentação oral, mas o procurador tivesse que autorizar. Não se pode olvidar que, na prática, pode ocorrer que o procurador de Justiça não concorde com a sustentação e não a realize, frustrando a pretensão originária.

Enfim, concluir que o membro de 1º grau deva “pedir” ao seu colega de segunda instância a atuação pretendida, torcendo para que este “autorize” sua manifestação é impor ao pretendente uma hierarquia onde ela não existe, afinal, ou a pretensão é devida ou ela é indevida e, nesse caso, a solução encontrada pelo Conselho Nacional não dirimiu a questão. A possibilidade de pleitear sustentação oral e embargos declaratórios em recursos no TJ ou mesmo TRF se trata de matéria da atividade fim, com base na independência funcional, e eventuais questionamentos acerca da legitimidade do membro pretendente por vezes culmina sendo apreciada pelo Judiciário [que no Brasil é quem diz o direito], não tendo cabimento proibições ou restrições advindas da Procuradoria-Geral ou da Corregedoria. Mas é claro, deve-se evitar o confronto entre órgãos ministeriais para não enfraquecer a Instituição.

2.4 A atuação de membros de Primeiro Grau do MPU, em tribunais distintos da Justiça em que originariamente atuam

³ Recurso interno intempestivo. Não conhecimento. Publicado no Diário Oficial da União de 04.05.2015, Seção I, p.133.

Com relação à atuação de membros do Ministério Público da União em ramo de Justiça distinto daquele em que originariamente atua, o raciocínio a ser realizado é exatamente o mesmo: distinção entre MP parte da ação e Fiscal da lei.

Esta probabilidade de atuação é perfeitamente aceitável em casos de atuação litisconsorciada, cujo fundamento deita raízes na lei, a autorizar o litisconsórcio facultativo entre os quatro ramos do MPU entre si ou entre qualquer um deles e o Ministério Público dos Estados.

Assevera Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, que, quando do estudo sobre a possibilidade de litisconsórcio entre Ministérios Públicos, é preciso distinguir a chamada atuação sucessiva da atuação simultânea. A atuação sucessiva, muito comum, não se confunde com a figura do litisconsórcio; ela apenas admite, por exemplo, que, nas ações ajuizadas pelo Ministério Público Estadual, haja a intervenção do Ministério Público Federal junto aos tribunais superiores, por ocasião da interposição de recursos especiais ou extraordinários.

Já a atuação simultânea compreende o trabalho conjunto entre Ministérios Públicos diversos, num mesmo processo e ao mesmo tempo. Tal hipótese é ventilada nos arts.: 5º, § 5º, da Lei da Ação Civil Pública; 210, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente; e 81, § 1º, do Estatuto do Idoso. Todas as leis mencionadas admitem o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União e dos Estados (Vasconcelos, 2009, p. 56-27).

Dois problemas decorrem desta pretensão, ao menos ocorrerem em relação ao Ministério Público Militar. O primeiro deles é ter reconhecida sua legitimidade como parte para atuar na Justiça Federal; e o segundo, a legitimidade para fazer sustentação oral no Tribunal Regional Federal.

Com relação ao primeiro, vale anotar que o Ministério Público Militar em Santa Maria – RS iniciou a partir de 2007, juntamente com o Ministério Público Federal, uma atuação até então inédita em defesa dos

interesses coletivos nas áreas sob Administração Militar⁴. Instauraram-se diversos inquéritos civis públicos. Conquanto a convergência de esforços desde o início, dos dois ramos do MPU, verificou-se uma reação negativa da Justiça Federal de primeiro grau, e essa reação externou-se quando do ajuizamento da ação civil pública do auxílio-transporte, autuada sob nº 2009.71.02.002494-7/RS, objetivando obter prestação jurisdicional que obrigasse as Forças Armadas a se abster de impor qualquer limitação espacial, temporal ou burocrática para a concessão de auxílio-transporte aos conscritos e demais militares de todas as forças. O Juiz Federal não recebeu a inicial, ao argumento de que o Ministério Público Militar não detinha legitimidade ativa para interpor ACP. Interposta a apelação cível, a 4ª Turma do TRF-4, em 24.11.2010, por unanimidade conheceu do apelo para reconhecer a legitimidade ativa do Parquet das Armas.

66

Mas foi com a ação civil pública nº 2008.71.02.000356-3/RS que a polêmica se intensificou. É que a ação teve por escopo obrigar a União, por meio das Forças Armadas, a fazer a efetiva implementação do primado constitucional que determina a atribuição de serviço alternativo aos indivíduos que aleguem imperativo de consciência para se furtarem ao serviço militar obrigatório, além de obrigá-la a divulgar o direito fundamental à escusa de consciência, com a consequente contraprestação do serviço alternativo, pois as campanhas publicitárias governamentais apenas fazem menção à obrigatoriedade do serviço militar. O magistrado federal, acolhendo manifestação da Advocacia-Geral da União excluiu o MPM do polo ativo da ação, ao argumento de que suas funções estariam limitadas ao âmbito da Justiça Militar. Interposto o Agravo de Instrumento dessa decisão, em um primeiro momento, por maioria, a 4ª Turma do TRF-4, negou provimento ao

⁴ Como resultado dessa atuação decorreu a publicação do livro **Legitimidade do Ministério Público Militar para a interposição da Ação Civil Pública**, Curitiba: Juruá, 2011, tendo como autores Jorge Cesar de Assis, Soel Arpini e Dalila Maria Zanchet.

agravo mantendo a decisão de primeiro grau. Todavia, como o MPM não havia sido intimado, foram interpostos embargos declaratórios demonstrando a omissão que implicava em nulidade, e assim, o julgamento do agravo foi anulado. Em novo julgamento, em 14.04.2010, por unanimidade, a 4ª Turma do TRF-4, deu provimento ao recurso, assinalando em sua decisão que o Ministério Público Militar pode ser litisconsorte ativo facultativo do Ministério Público Federal. No julgamento da apelação civil da ACP da objeção de consciência, em 16.03.2011, a 4ª Turma do TRF-4 assentou que:

[...] a cooperação de ambos os órgãos ministeriais é relevante para os objetivos perseguidos, da necessidade de divulgar e conscientizar sobre o direito de escusa de consciência do serviço militar obrigatório, com a determinação a atribuição de serviço alternativo, com vistas a prevenção do crime de deserção. 3. Pode o Ministério Público Militar ser litisconsorte ativo facultativo do Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal, tendo em vista a especificidade de sua atuação na seara militar.

67

É possível destacar outras iniciativas trabalhosas, sofridas, mas vitoriosas do MPM em Santa Maria, onde da rejeição inicial pelo magistrado de 1º grau, o TRF-4 culminou reconhecendo a legitimidade do Ministério Público Militar para questões desse jaez: A propósito, conferir Ação civil pública nº 2009.71.02.003582-9, 3ª Vara Federal, com antecipação de tutela para obrigar a União, inclusive nos processos seletivos militares, a inclusão de avaliação dos candidatos mediante provas e títulos vinculados a conteúdos programáticos e graus proporcionalmente atribuídos às qualificações curriculares previamente publicados no edital de convocação, dando ensejo a recurso e impugnações pelos candidatos, dentre outras providências. Também a famosa ação civil pública dos taifeiros, que igualmente não foi recebida pela magistrada da 3ª Vara Federal de Santa Maria, mas cuja apelação cível nº 2008.71.02.004712-8/RS, julgada na 3ª Turma do TRF-4, proveu o recurso por unanimidade, em histórica decisão.

Em relação ao segundo problema – sustentação oral no TRF-4, também não foi um caminho fácil de ser seguido pelo Ministério Público Militar, e agora o obstáculo a ser ultrapassado era a resistência do procurador regional da República, que ordinariamente atua naquele tribunal e entendia que somente ele falaria pelo Ministério Público naquela Corte.

Mas foi compensador, bastando lembrar as ações em que foi deferida a sustentação oral no tribunal: ACP nº 5007180-81.2011.404.7102 – Taifeiros – Apelação julgamento ocorrido em 17/07/2014; ACP nº 2008.71.02.000356-3 – Serviço Militar Alternativo – Imperativo de Consciência – Apelação Julgamento do dia 23/03/2011; ACP nº 0002494-05.2009.404.7102 – Auxílio-Transporte – Apelação Julgamento do dia 14/11/2010.

68

O argumento-chave para a sustentação oral foi o de demonstrar a diferença que existe entre os diversos ramos do MPU, levando-se em consideração, ainda que, ao contrário do MPF, o MPM não tinha representação junto ao TRF4. Também que o membro do MPM de Santa Maria era parte no processo, e o procurador regional da república atuante no TRF-4 era o Fiscal da Lei.

Os pedidos de sustentação oral foram deferidos inclusive porque o Regimento Interno do TRF4 prevê sustentações distintas, tanto para o MP fiscal da lei, como para o MP parte. As condições e prazos da sustentação oral, no TRF4, estão previstas no Regimento Interno daquela Corte.

Ora, não se pode esquecer de que, em sede de Supremo Tribunal Federal e de Superior Tribunal de Justiça, a atuação de membros e ramos diversos do Ministério Público teve sua orientação jurisprudencial sensivelmente alterada.

Noticiado como sendo decisão inédita, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que os Ministérios Públicos dos Estados são

parte legítima para atuar autonomamente perante a Corte. Seguindo voto do relator, ministro Mauro Campbell Marques, a Seção reconheceu que o entendimento até então vigente, que dava exclusividade de atuação ao Ministério Público Federal, cerceava a autonomia dos MPs estaduais e violava o princípio federativo.

Em seu voto, Campbell lembrou a estrutura do Ministério Público no Brasil, em que não há hierarquia entre dois ramos distintos do MP [da União e dos Estados]. Além disso, o ministro destacou que a unidade institucional, estabelecida na Constituição Federal, é princípio aplicável apenas no âmbito de cada Ministério Público. “A inexistência de tal relação hierárquica é uma manifestação expressa do princípio federativo, em que a atuação do MP Estadual não se subordina ao MP da União”, afirmou.

Para o relator, não permitir que os Ministérios Públicos dos Estados interponham recursos nos casos em que sejam autores de ações que tramitaram na Justiça dos Estados, ou que possam ajuizar ações ou outras medidas originárias nos tribunais superiores, significa negar a aplicação do princípio federativo e a autonomia do MP Estadual.

O entendimento firmado na sessão de 24.10.2012, no AREsp 194892, diz respeito à interposição de recursos extraordinários ou especiais, e dos recursos subsequentes [agravos regimentais, embargos de declaração e embargos de divergência], e mesmo ao ajuizamento de mandado de segurança, reclamação constitucional ou pedidos de suspensão de segurança ou de tutela antecipada, relativamente a feitos de competência da Justiça dos Estados em que o MP Estadual é autor.

Nesses casos, o MP Estadual atua como autor, enquanto o MPF, como fiscal da lei. “Exercem, portanto, papéis diferentes, que não se confundem e não se excluem reciprocamente”, explicou Campbell. “Condicionar o destino de ações, em que o autor é o Ministério Público Estadual, à interposição ou não de recursos pelo Ministério Público Federal, é

submeter seu legítimo exercício do poder de ação assentado constitucionalmente ao MPF”, asseverou o ministro.

A partir desse entendimento, nas causas em que o MP Estadual for parte, este deve ser intimado das decisões de seu interesse.⁵

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, em votação no Plenário Virtual, reafirmou sua jurisprudência dominante no sentido de que a atribuição do Ministério Público Federal não exclui a legitimidade dos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal para postular em causas que, sendo de sua atribuição na origem, foram encaminhadas ao STF ou ao STJ. A matéria, discutida no RE 985.392 teve repercussão geral reconhecida. Para o relator, o Min. Gilmar Mendes, a questão constitucional tratada nos autos tem “aptidão para repetir-se em inúmeros processos nos quais Ministério Público de Estado atua perante Cortes locais, que, em fase de recurso, incidente ou meio de impugnação, tramitam em Cortes nacionais”. A legitimidade reconhecida ao MP estadual alcança a interposição de recurso interno, agravos, embargos de declaração e de divergência, recurso extraordinário e o respectivo agravo e propositura dos meios de impugnação de decisões judiciais em geral, reclamação, mandado de segurança, *habeas corpus*, incidente de resolução de demandas repetitivas, ação rescisória, conflito de competência. Também alcança a prerrogativa de produzir razões nos recursos e meios de impugnação em curso. “Tudo isso sem prejuízo da atuação da Procuradoria-Geral da República perante os Tribunais Superiores”.

Para o Min. Gilmar Mendes, “furtar a legitimidade processual do *parquet* estadual nas instâncias superiores e exigir a atuação do Procurador-Geral da República é impeli-lo a uma obrigação vinculada, pois a demanda jurídica postulada nas instâncias precedentes pode ser contrária ao

⁵ NOTÍCIAS DO STJ, 24.10.2012.

entendimento do órgão que representa, o que importaria em manifesta afronta a sua independência funcional”.⁶

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DE SUA AUTONOMIA FUNCIONAL

Por vezes, o procurador-geral interfere indevida e diretamente no exercício da atividade-fim do membro do Ministério Público [1ª hipótese a ser analisada]. Outras vezes se opõe em face da legítima pretensão de um dos ramos especializados que integram a Instituição que chefia [2ª hipótese a ser analisada].

Se a Carta Magna deferiu a todos os membros da Instituição ministerial o princípio da independência funcional, é de se concluir que estes não devem ser cerceados no exercício de sua atividade, salvo, é claro, na hipótese de manifesta má-fé, que não se presume é bom que se diga.

Pode-se imaginar que a indevida pressão do procurador-geral atenda algum interesse que não pode ser manifestado abertamente, mas isso também deve ser demonstrado.

Assim, para se usar a feliz expressão de Emerson Garcia, aplicável tanto ao Ministério Público da União como dos Estados, segundo a qual, “em que pese a obviedade, é importante não confundir a atuação do promotor de Justiça, na condição de representante do Ministério Público e com o fim de realizar a atividade finalística deste, com a atuação do agente que ocupa o cargo de Promotor de Justiça visando à proteção dos direitos e prerrogativas que lhe são inerentes. Neste caso, poderá o agente postular ao tribunal – qualquer que seja, a depender da autoridade coatora” (Garcia, 2004, p. 355). Também não se olvide, como foi lembrado linhas atrás, da necessária

⁶ NOTÍCIAS DO STF, 05.06.2017.

distinção entre Ministério Público parte do processo e Ministério Público fiscal da lei, pois é entre eles que ocorrem as divergências.

3.1 Acesso ao tribunal contra ato do procurador-geral: preservação da independência funcional

Em relação à primeira hipótese – interferência indevida na atividade fim do membro do MP – trago à lembrança o MS 27.779, interposto perante o Supremo Tribunal Federal em face do Procurador-Geral da República, que opôs obstáculo ao exercício funcional do membro do Ministério Público Militar lotado em Santa Maria – RS, quando do desenvolvimento dos trabalhos do Inquérito Civil nº 1/2008, na Procuradoria da Justiça Militar de Santa Maria, instaurado com o objetivo de apurar a legalidade e a regularidade da utilização de militares em atividades de cunho eminentemente doméstico, desenvolvidas nas residências de seus superiores hierárquicos. Buscava-se apurar se de fato as atividades desenvolvidas por esses militares eram ou não condizentes com a função que ocupavam dentro da hierarquia das Forças Armadas.

Na espécie, durante o desenvolver do inquérito civil conjunto, foi emitida requisição ao Ministro da Defesa, sendo que tal requisição, por força de lei [LC 75/93, art. 8º, § 4º], será levada a efeito pelo Procurador-Geral da República ou outro órgão do Ministério Público a quem essa atribuição seja delegada.

De forma no mínimo inusitada, o PGR, ao encaminhar requisição-conjunta, oriunda de inquérito civil legalmente instaurado pelo Ministério Público Federal e Ministério Público Militar, fez constar do ofício dirigido ao Ministro de Estado da Defesa a ressalva de que “dita requisição conjunta deveria ser acatada tão somente no que se referia à expedição pelo Procurador da República no Inquérito Civil nº 01/2008, uma vez que, em que

pese também ser signatário, falecia competência ao Promotor da Justiça Militar para tanto”. Entendeu-se que tal medida afrontou diversos dispositivos constitucionais, especialmente o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público e o poder de requisitar informações e documentos para instruir procedimentos, violando o direito líquido e certo dos impetrantes de produzirem as provas que entendam necessárias à formação de seu convencimento.

A questão do acesso ao STF nos casos de mandado de segurança contra ato do Procurador-Geral da República foi matéria de capa da Revista Jurídica Consulex.⁷

Nos termos do § 1º do art. 103 da Constituição Federal – e é sempre com base nela que se deve examinar a ordem jurídica no País –, “o Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade, e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal”.

É a própria Carta Magna que lhe confere legitimidades do mais alto nível, como a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (art. 103, IV) e a suscitação do incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, na hipótese de grave violação dos direitos humanos (art. 109, § 5º). Também é o promotor exclusivo da ação penal daqueles submetidos à jurisdição originária do STF (art. 102, I, b).

Todavia, a questão torna-se realmente controvertida – a ensejar uma solução adequada do Pretório Excelso, naqueles casos em que o procurador-geral da República seja apontado como autoridade coatora, e a ofensa a direito líquido e certo seja praticada contra outro órgão do Ministério Público da União, estando este no legítimo exercício de suas atribuições funcionais.

⁷ Acesso ao STF nos casos de mandado de segurança contra ato do Procurador-Geral da República, Revista Jurídica Consulex n° 133, Brasília – DF, 31.01.2010.

Ora, a perdurar o entendimento de que o órgão ministerial de primeiro grau não pode interpor pedido de mandado de segurança quando se sentir ofendido funcionalmente por ato da Chefia da Instituição, não há como deixar de verificar, nessa negativa de acesso, uma indevida restrição do alcance de outra norma constitucional, aquela que diz competir ao STF processar e julgar mandados de segurança contra atos do PGR (art. 103, I, d), sob pena de se concluir serem os atos do procurador-geral insuscetíveis de apreciação judicial, argumento que a toda evidência não se sustenta.

Ninguém duvida que, no âmbito do Ministério Público da União, quem representa, originariamente, o Ministério Público perante o STF é o procurador-geral da República. Da mesma forma, não há dúvidas de que a atuação dos promotores de Justiça Militar se dá na área de atribuição da Procuradoria de Justiça Militar onde estiverem lotados.

74

Promotores de Justiça Militar não querem, e ao que se sabe nem pretendem, nem poderiam atuar perante o Supremo Tribunal Federal. O Ministério Público Militar de primeiro grau nunca pretendeu exercer funções de atuação privativa do procurador-geral da República perante a Corte Suprema.

Os dispositivos constitucionais e legais referidos são suficientes para demonstrar que a atuação ministerial ali fixada lhe é exclusiva. É de convir, entretanto, que cabe ao PGR a prévia oitiva em todos os processos, menos naqueles em que seja apontado como autoridade coatora, nos quais então deverá prestar informações, e a função de *custos legis* deverá ser exercida pelo vice-procurador-geral da República, que é quem o substitui em seus impedimentos, a teor do art. 27 da LC nº 75/93.

Pois bem, o MS teve demorada tramitação: foi impetrado em data de 11.12.2008 [distribuído no dia seguinte], e, com base nas informações da própria autoridade apontada como coatora, o feito foi extinto sem julgamento

de mérito em 03.03.2009, tendo sido interposto agravo regimental em 11.03.2009 pelo autor.

Em 17.03.2009, os autos seguiram ao PGR, que os devolveu com manifestação somente em 14.12.2011, isto é, 2 [dois] anos e 9 [nove] meses depois, em que pese o prazo legal e regimental em contrário.

Conclusos novamente ao relator, os autos mantiveram-se nessa situação até 18.07.2014, quando o Promotor da Justiça Militar peticionou à nova Relatora lembrando que o MS 27.779 fora considerado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais dos Estados e da União [CNPJ], como sendo de elevado interesse institucional, razão pela qual, em nome do princípio constitucional da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, pedia para que o feito fosse colocado em pauta para julgamento, o que veio a acontecer em 02.09.2014.

Ao ser julgado o feito, em que pese a 1ª Turma do STF ter improvido o agravo regimental em face da ilegitimidade ativa do promotor de Justiça Militar para defender prerrogativa da Instituição perante o Supremo Tribunal Federal, a r. decisão anotou que, “em se tratando de suposto ato coator praticado pelo Procurador-Geral da República, o mandado de segurança deve ser impetrado por membro do Ministério Público em nome próprio e na defesa de prerrogativa por ele titularizada”.

Ainda que se permaneça “vencido, mas não convencido” [para usar a feliz expressão da min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, do Superior Tribunal Militar], já que com a devida vênia nos pareceu aflorar um excessivo formalismo da Corte Suprema, não se pode deixar de constatar que a r. decisão posta no AgrReg no MS 27.779 consagrou a possibilidade de não somente o promotor de justiça militar, mas qualquer membro do Ministério Público da União que se sentir prejudicado em sua atividade funcional por ato do PGR, possa se dirigir ao Supremo Tribunal Federal, desde que o faça

em nome próprio e na defesa da prerrogativa da qual ele é o titular e entende que foi violada.

Se o art. 102, I, 'd', da Carta Magna, assevera ser competência originária do STF processar e julgar o mandado de segurança contra atos do procurador-geral da República, são eles sim, suscetíveis de apreciação judicial, aliás, como já fora preconizado no art. 5º, inciso XXXV, da CF.

Guardadas as devidas proporções, o procedimento perante o Tribunal de Justiça seria o mesmo para eventual violação praticada pelo procurador-geral dos estados contra membro de seu Ministério Público no exercício de sua atividade fim.

3.2 Ingresso de ramo do Ministério Público da União no STF, na qualidade de *amicus curiae* em ação interposta pelo PGR visando restringir a atividade funcional do ramo especializado

76

Já em relação à segunda hipótese – oposição à legítima pretensão de um dos ramos especializados –, é de lembrar que a Procuradoria-Geral da República ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 289, em que pede que seja dada ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar [CPM, Decreto-Lei nº 1.001/1969], interpretação conforme a Constituição Federal de 1988, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça comum, federal ou estadual. A PGR pediu também a concessão de liminar para suspender, até julgamento de mérito da ADPF, qualquer ato que possa levar civis a serem julgados pela Justiça Militar em tempos de paz.

A ação destaca que o artigo 124 da CF dispõe que cabe à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, e que o

Superior Tribunal Militar entende que tal dispositivo permite que civis se submetam a sua jurisdição, tendo em vista o disposto no artigo 9º do CPM.⁸

Ora, o Ministério Público Militar, que é um dos quatro ramos que integra o Ministério Público da União, e que tem por chefe o procurador-geral da República, requereu o ingresso na lide [ADPF 289] como *amicus curiae*, pretensão que foi de pronto contrariada pelo PGR, por entender que somente ele é quem pode atuar perante o Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Gilmar Mendes, relator da ADPF, ao analisar o pedido do MPM, anotou que a jurisprudência da Corte vem rechaçando a possibilidade de os ramos do Ministério Público da União postularem diretamente ao STF, representando o Ministério Público, em seu papel de parte, e assim, em um primeiro momento o MPM não teria legitimidade para atuar no STF.

Todavia, e aí o Min. Gilmar Mendes foi preciso ao destacar o seguinte:

(...) há duas peculiaridades neste caso que o afastam da linha jurisprudencial consolidada. Em primeiro lugar, o Ministério Público Militar não está atuando na persecução de suas funções institucionais típicas, enunciadas no art. 129 da Constituição, mas como órgão constitucional, na defesa de sua própria autonomia

funcional. Em segundo lugar, as peculiaridades da atuação como *amicus curiae* recomendam que qualquer órgão que tenha possibilidade de contribuir com informações seja admitido a falar nos autos.

Quanto ao primeiro aspecto, neste caso há um evidente antagonismo entre as posições do Procurador-Geral e do Ministério Público Militar. Se precedente, esta ação retirará do Ministério Público Militar parcela relevante de sua atribuição – realizar a persecução criminal de civis por crimes militares. O Ministério Público Militar, ainda que administrativamente subordinado ao Procurador-Geral da República, tem status constitucional. Como ramo do Ministério Público, a ele também é conferida autonomia funcional, na forma do art. 127, §2º, da CF.

A rejeição da atuação dos ramos do Ministério Público como parte perante o Supremo Tribunal é explicável pela divisão de

⁸ STF, ADPF 289, relator Min. Gilmar Mendes.

atribuições processuais entre os membros da instituição. Não se aplica quando o que está em jogo é a autonomia funcional de ramo do Ministério Público da União. Imagine-se um ato do Procurador-Geral da República que submeta todas as manifestações dos Procuradores da Justiça Militar a sua aprovação, suprimindo o ramo da instituição de sua autonomia funcional e seus membros de independência funcional. Mandado de segurança contra esse ato seria de competência originária do Supremo Tribunal Federal, por força do art. 102, I, “i”, da CF. Difícil crer que o Ministério Público Militar não pudesse manejar a ação, porque apenas ao Procurador-Geral da República caberia falar em nome do Ministério Público da União perante o STF. Ou seja, a subordinação ao Procurador-Geral da República não furta ao Ministério Público Militar a prerrogativa de defender sua própria autonomia, mesmo contra o Procurador-Geral.

Sob o segundo aspecto, a posição de *amicus curiae* não se confunde com a posição de parte. Tenho por recomendável admitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. É do interesse do próprio Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

Entendo, portanto, que a admissão de *amicus curiae* confere ao processo um colorido diferenciado, emprestando-lhe caráter pluralista e aberto, fundamental para o reconhecimento de direitos e a realização de garantias constitucionais em um Estado

Democrático de Direito. Pressupõe-se que o Ministério Público Militar tem elementos para contribuir com o debate sobre a questão em causa, na medida em que ela diz diretamente com suas atribuições.

Com base nesta argumentação, o ilustre relator deferiu a admissão do Ministério Público Militar como *amicus curiae*, em que pese a discordância do procurador-geral da República.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO DE 1º GRAU COMO LEGITIMADO PARA A REPRESENTAÇÃO NO INTERESSE DA JUSTIÇA MILITAR

Nos termos do art. 6º, inciso I, letra i, da Lei 8.457, de 04.09.1992 – Lei de Organização da Justiça Militar da União-LOJMU, compete ao Superior Tribunal Militar processar e julgar originariamente a representação

formulada pelo representante do Ministério Público Militar no interesse da Justiça Militar.

Da mesma forma, de acordo com o art. 168 do Regimento Interno do STM, a representação formulada por Conselho de Justiça, juiz-auditor ou advogado, **ou pelo Ministério Público Militar**, tendo por objeto matéria de interesse da Justiça Militar da União, será dirigida ao presidente do Tribunal que, após mandar autuá-la como Representação no Interesse da Justiça Militar, decidirá no âmbito de suas atribuições ou, se entender cabível, submetê-la-á à apreciação do Plenário.

É de se anotar que a LOJMU não distingue, como legitimado para a Representação, nenhum dos órgãos que compõem o Ministério Público Militar⁹, e foi desta forma que o promotor de justiça militar lotado na Procuradoria da Justiça Militar em Santa Maria – RS sentiu-se legitimado para a obtenção da prestação jurisdicional pretendida, aliás, a lei de organização vai nessa direção já que previu, inclusive, como legitimados concorrentes, órgãos jurisdicionais de sua primeira instância como o Conselho de Justiça e o próprio juiz-auditor, além do advogado, que pode ser tanto aquele inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil como os defensores públicos. Objetivo pretendido: o conhecimento da Representação, em face dos dispositivos legais e regimentais que a autorizam, determinando sua autuação como Representação no Interesse da Justiça Militar, e submetendo-a à apreciação do Plenário do Superior Tribunal Militar, para que fosse alterado o Regimento Interno do STM, em específico seu Capítulo X ou, não sendo provido o pedido original, que fosse dada uma interpretação conforme a CF, aos rito previsto na Lei 5.836/72¹⁰, tendo em vista que ele não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

⁹ E que estão previstos no art. 118 da Lei Complementar nº 75/93.

¹⁰ Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências.

A Representação no Interesse da Justiça Militar foi autuada no STM no dia 02.09.2014, distribuída, sendo conclusos os autos ao ilustre relator ministro José Barroso Filho no dia 5 do mesmo mês. Ocorreu, então, a primeira decisão significativa visto que o relator recebeu a Representação [legitimando, então o membro de 1º grau], dando vista ao procurador-geral de Justiça Militar, que de pronto se manifestou contrário àquele acesso do promotor de Justiça Militar ao Superior Tribunal Militar, por entender faltarlhe legitimidade para tanto. O argumento da chefia do MPM foi o de que somente o procurador-geral de Justiça Militar é que teria atuação no Superior Tribunal Militar.

A segunda decisão significativa foi quando o promotor requereu ao relator que lhe fosse facultado sustentar suas razões em Plenário, o que foi deferido nos seguintes termos:

(...) NO TOCANTE AO PEDIDO Nº 3, DEFIRO O PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL PARA O DIA DO JULGAMENTO (...) UMA VEZ QUE A RIJM ESTÁ ENTRE OS PROCESSOS ABRANGIDOS PELA EXPRESSÃO 'NOS DEMAIS JULGAMENTOS', POIS NÃO FOI INCLUÍDA NA REGRA DE VEDAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL (...) POR CONSEQUINTE, DEFIRO O PEDIDO PARA INTIMAÇÃO PESSOAL DO REQUERENTE, APÓS DEFINIDA A DATA PARA JULGAMENTO DO FEITO (...)

Contra essa decisão, o procurador-geral de Justiça Militar se insurgiu novamente, aduzindo que, tendo sido proferido por ele parecer contrário à pretensão do membro de primeiro grau autor da Representação, estariam ambos a duelar na tribuna, razão pela qual pediu a reconsideração da decisão que autorizou a sustentação oral.

O inconformismo do procurador-geral de Justiça Militar não foi aceito, e o ministro relator, ao decidir, considerou ser importante o peticionário sustentar oralmente seus argumentos, razão pela qual ratificou os

termos da decisão questionada, indeferindo o pedido de reconsideração de ato e mantendo na íntegra a decisão autorizadora da sustentação.

A sustentação oral do promotor da Justiça Militar perante o Plenário do STM culminou não sendo realizada, em face da retirada do processo da pauta de julgamento, voltando a ser pautado meses depois, quando o membro de primeiro grau já havia se aposentado voluntariamente. Todavia, em que pese não ter sido exercitado o direito de sustentação oral pelo membro de primeiro grau, a Representação no Interesse da Justiça Militar nº 130-12.2014.7.00.0000 - RS é um importante precedente dessa possibilidade.

5 CONCLUSÃO

A questão é complexa e não comporta conclusão definitiva, ao menos por enquanto. Mas há que se reconhecer que por vezes a unidade da instituição se choca com a independência funcional de seus integrantes, e quanto a isso, há que se chegar a um denominador comum em benefício da sociedade destinatária do serviço do Ministério Público.

Há uma certa barreira dos órgãos de instâncias superiores em relação ao exercício de sua atividade. Há um certo avanço dos órgãos de primeiro grau em direção aos tribunais. Aqueles defendem seu reduto, estes seus interesses processuais. O mesmo ocorre entre ramos diversos do Ministério Público. Ninguém quer ceder espaço e todos pretendem ampliá-lo.

Nessas inevitáveis colisões exsurge a necessidade essencial de distinção, dentro do processo, da figura do Ministério Público Parte e do Fiscal da Lei.

Ante esse imbróglio o Conselho Nacional do Ministério Público mantém-se à margem da contenda, escudado pelo seu Enunciado nº 6, que veda a revisão ou desconstituição dos atos relativos à atividade fim.

Por sua vez, o Poder Judiciário, a quem é dado dizer o Direito, vem aceitando essa nova visão ministerial, dando legitimidade para que membros do primeiro grau, em determinadas circunstâncias, possam atuar diretamente nos tribunais, ou, como é de praxe nas ações litisconsorciadas, que se unam, voluntariamente, ramos diversos do Ministério Público, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. E isso gera combustão para novos embates.

Para o Ministério Público Militar, ainda acanhado em causas desse jaez, fica a certeza de efetivamente poder:

[...] sair do campo restrito do processo penal militar para caminhar pelo campo amplo da garantia do exercício dos direitos assegurados constitucionalmente, valendo-se das ações coletivas em todas as áreas, desde que sob administração militar. Efetivamente ganhar espaço, exercendo com plenitude a nobre missão do Ministério Público brasileiro. Será este o Ministério Público Militar do Terceiro Milênio (Assis, 2002, p. 69-86).

REFERÊNCIAS

CORREA, Getúlio (org.). *Direito Militar: História e Doutrina: Artigos inéditos*. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Revista Jurídica Consulex, n. 133, Brasília – DF, 31.01.2010.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. *Ministério Público na Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 2009.

Sistema prisional militar federal: peculiaridades e regime jurídico

Jorge Augusto Caetano de Farias

Promotor de Justiça Militar

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5645241484717905>

E-mail: jorge.farias@mpm.mp.br

3º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2018

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O sistema prisional militar federal destina-se precipuamente ao encarceramento de militares da ativa, da reserva remunerada e reformados das Forças Armadas brasileiras, conforme prerrogativa reconhecida no Estatuto dos Militares. Tratando-se de estrutura com destinação bastante específica, apresenta uma série de peculiaridades, a exemplo da coexistência de presos disciplinares e à disposição da Justiça, tanto Militar quanto comum. Ademais, submete-se a um regime jurídico híbrido, que conjuga toda a normativa inerente ao regime penal, processual penal e disciplinar das instituições militares federais, além das regras e princípios aplicáveis ao sistema prisional brasileiro, no que houver compatibilidade com os imperativos constitucionais de hierarquia e disciplina. Tal análise se faz pertinente e necessária para a esmerada fiscalização realizada pelo Ministério Público Militar sobre aquele sistema.

PALAVRAS-CHAVE: sistema prisional militar federal; destinação; militares das Forças Armadas; regime jurídico; hibridismo; fiscalização; Ministério Público Militar.

ENGLISH

TITLE: Federal military prison system: peculiarities and legal regime.

ABSTRACT: The federal military prison system is primarily intended for the incarceration of active duty, paid reserve and retired members of the Brazilian Armed Forces, as per the prerogative recognized in the Military

Statute. As it is a structure with a very specific destination, it has a series of peculiarities, such as the coexistence of disciplinary prisoners and those available to Justice, both military and ordinary. In addition, it is subject to a hybrid legal regime, which combines all the rules inherent to the criminal, criminal procedure and disciplinary regime of the federal military institutions, in addition to the rules and principles applicable to the Brazilian prison system, insofar as there is compatibility with the constitutional imperatives of hierarchy and discipline. Such an analysis is relevant and necessary for the strict inspection carried out by the Military Public Prosecutor's Office on that system.

KEYWORDS: federal military prison system; destination; members of the Armed Forces; legal regime; hybridism; oversight; Military Public Ministry.

SUMÁRIO

84

1 Introdução – 2 Panorama da realidade prisional militar federal – 2.1 O sistema prisional militar – 2.2 Perfil dos presos e destinação das instalações – 2.2.1 Presos disciplinares – 2.2.2 Presos à disposição da Justiça comum – 2.2.3 Presos à disposição da Justiça Militar – 2.3 Organização prisional da administração militar federal: é possível se falar em sistema? – 2.4 Análise dos dados estatísticos do CNMP – 3 Regime jurídico aplicável ao sistema prisional militar – 3.1 Perfil constitucional das Forças Armadas e legislação militar em matéria prisional – 3.2 Estatuto constitucional do preso – 3.3 Aplicabilidade da Lei de Execução Penal ao sistema prisional militar – 3.4 Da aplicabilidade das resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – 3.5 Diferenças de tratamento a alguns direitos no sistema prisional militar – 3.5.1 Progressão de regime – 3.5.2 Trabalho, estudo e remição – 3.5.3 Visita íntima – 3.5.4 Regime disciplinar – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro, ao menos nas esferas estadual e municipal, vive uma realidade caótica e violadora de direitos humanos, há décadas. Superlotação carcerária, insalubridade das instalações, insuficiência e má qualidade da alimentação fornecida, tortura e castigos coletivos, além da cooptação de presos pelas facções criminosas são apenas alguns dos

problemas crônicos verificados diuturnamente na maioria dos estabelecimentos de privação de liberdade.

Entretanto, como toda regra comporta exceções, verifica-se que o sistema prisional militar não compartilha desse caos, muito embora também apresente seus problemas, conquanto sem macular, ao menos em princípio, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, valor fundante da Republica consagrado na Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Desse modo, os estabelecimentos prisionais militares não são infensos ao devido controle pelos órgãos competentes, com destaque para a regular fiscalização realizada pelo Ministério Público Militar e pela Justiça Militar da União, por força de regulamentação promovida pelos respectivos Conselhos Nacionais instituídos pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

A esse respeito, o relatório “A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro”, publicado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) em dezembro de 2016, destaca, para o sistema prisional comum, taxas de ocupação superiores à capacidade dos estabelecimentos em todas as regiões do país, tanto no segmento masculino quanto no feminino, enquanto nas instalações prisionais militares referidos índices não superam os 20% (vinte por cento) do total de vagas disponíveis.

Exatamente acerca dessa especial realidade prisional sob administração militar versa o presente estudo, visando contribuir para o aprimoramento da atividade fiscalizatória exercida pelo Ministério Público Militar (MPM).

O sistema prisional militar brasileiro tem como destinatário precípua um público muito específico, qual seja, o militar ativo ou inativo, seja federal, seja estadual. Nas instalações prisionais em áreas sob administração militar federal, realiza-se o encarceramento dos integrantes das Forças Armadas brasileiras, por força do que dispõe a Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos

Militares), art. 73, parágrafo único, alínea “c”, que lhes confere tal prerrogativa.

Nesse contexto, a primeira parte do estudo ocupar-se-á da análise panorâmica do sistema prisional militar federal, identificando sua organização, o perfil de seus destinatários, além das estatísticas do Conselho Nacional do Ministério Público acerca das instalações prisionais sob administração castrense, para se questionar, até mesmo, se é possível, efetivamente, falar em “sistema” diante da realidade carcerária das Forças Armadas.

Outra necessidade do estudo em matéria de privação de liberdade em ambiente sob administração militar refere-se à identificação do respectivo regime jurídico, em especial no que toca a aplicabilidade (ou não) da Lei de Execução Penal (LEP) a tais estabelecimentos, em face do que preconiza o art. 2º, parágrafo único, de tal diploma, analisando-se a questão, sobretudo à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

A título exemplificativo, alguns direitos tradicionalmente observados no sistema prisional comum, como a progressão de regime e a visita íntima, ainda encontram importante resistência no ambiente castrense, tanto por fundamentos jurídicos (carência de previsão específica no ordenamento militar), quanto por razões estruturais das instalações.

Tal reflexão revela-se de grande importância ao permitir se alcançar qual o paradigma a ser adotado pelo órgão ministerial ao aferir o efetivo cumprimento dos direitos e deveres, seja da administração militar, seja do militar privado de sua liberdade nas hipóteses legais, atentando-se para as peculiaridades da realidade castrense sem descurar da principiologia inerente a execução penal brasileira.

Na segunda parte do estudo, intentar-se-á identificar o regime jurídico aplicável à realidade prisional militar federal, seja advindo de fontes

legislativas, seja o emanado de autoridades administrativas (a exemplo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), perpassando, até mesmo, aspectos de arquitetura prisional e do peculiar regime disciplinar e penal dos militares das Forças Armadas brasileiras, atentando para a isonomia material, seja com o ordenamento aplicável aos civis, seja com o tratamento conferido aos militares dos Estados.

Busca-se, com isso, lançar luzes sobre temática ainda carente de um estudo sistematizado, intentando, a partir da identificação das peculiaridades do sistema prisional militar federal, apontar as primeiras balizas de seu regime jurídico, e, desse modo, contribuir para a respectiva fiscalização pelo Ministério Público Militar.

2 PANORAMA DA REALIDADE PRISIONAL MILITAR FEDERAL

87

De modo a permitir o melhor entendimento da realidade do sistema prisional militar e em que medida se diferencia do comum, faz-se necessário principiar o presente estudo perpassando alguns aspectos fundamentais que tornam peculiar o universo carcerário castrense.

2.1 O sistema prisional militar

Tradicionalmente, os militares brasileiros, integrantes das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) e das Forças Auxiliares (Policias Militares e Corpos de Bombeiros Militares), gozam de um especial regime jurídico com assento constitucional e devidamente regulamentado em normas legais e administrativas.

Se, por um lado, a eles é imposto o dever de proteger a pátria e a sociedade, se necessário, com o sacrifício da própria vida, por outro lhes são conferidas prerrogativas para o esmerado desempenho daquela missão.

Em tal contexto, uma dessas prerrogativas, de compreensível existência, é a de, quando assim determinado pela autoridade competente (administrativa ou judiciária, a depender se diante de transgressão disciplinar ou de crime, militar ou comum, ou mesmo dívida de alimentos), ficar preso em organização militar da respectiva força, enquanto necessária a medida privativa de liberdade e mantida a condição de militar.

A esse respeito, convém destacar a previsão do art. 73 do Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/80):

Art. 73. As prerrogativas dos militares são constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus hierárquicos e cargos. Parágrafo único. São prerrogativas dos militares: (...)

c) **cumprimento de pena de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força** cujo comandante, chefe ou diretor tenha precedência hierárquica sobre o preso ou, na impossibilidade de cumprir esta disposição, em organização militar de outra Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha a necessária precedência;

88

Por se tratar de prerrogativa, é inerente ao cargo e, portanto, cessa quando perdido o vínculo com a administração castrense. Ou seja, é aplicável apenas aos militares da ativa, aos da reserva remunerada e aos reformados, não se estendendo aos da reserva não remunerada.

Note-se que, portanto, o sistema prisional militar tem por destinatários precípuos os integrantes das corporações militares, sejam elas federais, sejam estaduais, abrigando, em regra, os militares das respectivas forças.

Por razões pragmáticas (autor membro do Ministério Público Militar, que oficia perante a Justiça Militar da União, e ante a consolidação de dados estatísticos pelo CNMP, por ora, apenas em relação às instalações prisionais militares das Forças Armadas), opta-se por limitar o presente estudo ao sistema prisional militar federal, que se ocupa dos integrantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em princípio.

Para compreender o contexto de privação de liberdade sob administração militar, faz-se necessário analisar o dispositivo constitucional autorizativo da prisão de qualquer pessoa:

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 a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes: (...)

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...)

De tal comando, emanado do rol de direitos fundamentais da Constituição Federal, extrai-se a possibilidade de prisão: em flagrante delito, por ordem judicial (criminal ou civil por dívida de alimentos), por transgressão disciplinar ou por crime propriamente militar.

Considerando que as duas últimas hipóteses são típicas da realidade militar, verifica-se que o sistema prisional militar se dedica a custodiar tanto presos disciplinares quanto à disposição da justiça, seja ela comum (estadual ou federal), seja especializada (militar ou eleitoral).

A esse respeito, por oportuno, convém destacar que, conquanto o referido dispositivo do Estatuto dos Militares trate expressamente do “cumprimento de *pena* de prisão ou detenção”, a interpretação que se confere a tal prerrogativa não se limita ao restrito alcance que se depreende de sua literalidade.

Ou seja, tanto presos definitivos (em cumprimento de pena decorrente de condenação transitada em julgado) quanto provisórios (prisão cautelar), ou mesmo em execução provisória de pena, além dos disciplinares, são encarcerados em área sob administração militar com fundamento naquele mesmo permissivo legal do aludido Estatuto. Mas não apenas nele.

Também o Código de Processo Penal comum (CPP), em seu art. 300, prevê expressamente que “o militar preso em flagrante delito, após a

lavatura dos procedimentos legais, será recolhido a quartel da instituição a que pertencer, onde ficará preso à disposição das autoridades competentes”.

Depreende-se que o reconhecimento de tal prerrogativa decorre de uma extensão das mesmas razões que motivam a segregação de militares alijados do sistema prisional comum, na medida em que dispensam maiores digressões os riscos inerentes à manutenção dos integrantes de uma categoria profissional engajada no combate a criminalidade no mesmo ambiente em que encarcerados aqueles que foram objeto da atividade de repressão ao crime.

E isso se sustenta mesmo em relação aos militares das Forças Armadas, pois, ainda que não engajados tão constante e diretamente no combate ao crime quanto os policiais militares (muito embora o emprego de tropas federais em operações de Garantia da Lei e da Ordem seja crescente nos últimos anos), por exemplo, são vistos pelos presos do sistema comum como integrantes de uma mesma classe, a de militares, e, portanto, igualmente sujeitos a toda forma de represália do crime organizado no interior dos estabelecimentos prisionais.

Note-se que, sobretudo no caso de presos provisórios, em que bastante factível a possibilidade de retorno do militar, quando solto, as suas atividades na caserna, não se revela conveniente a manutenção dos pilares de hierarquia e disciplina, característicos das corporações militares por expressa previsão constitucional (arts. 42 e 142 da Constituição Federal), a eventual captura dos ainda militares pelas facções criminosas que dominam o sistema prisional comum, com as consequências deletérias inerentes a tal situação¹.

¹ A esse respeito, nos filiamos à lição de Jorge Cesar de Assis, que destaca importantes razões para tal prerrogativa de prisão em quartel: “Esclarece Sílvio Martins Teixeira (1946:18) que se o militar, depois de cumprida a pena, voltasse as suas funções, necessário que pudesse exercê-las com altivez, isto é, que o cumprimento da pena a que ficou sujeito não quebrasse os preceitos da hierarquia e da disciplina. (...) Isso tem uma explicação lógica. Sendo as penas de curta duração, oportuna-se ao sentenciado manter sua dignidade e status de militar, já que, em princípio, não a

Além da coexistência de presos disciplinares na mesma organização militar em que reclusos presos à disposição da justiça, na esteira dos aludidos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, devem ser destacadas outras situações peculiares ao sistema prisional militar, com fundamento nesses mesmos vetores e em nome de sua preservação.

A esse respeito, cita-se, primeiramente, a necessidade de observar as seguintes separações, no sentido de não poderem ocupar a mesma cela:

- (a) os presos disciplinares e aqueles a disposição da justiça;
- (b) dentre os presos de justiça, os provisórios separam-se daqueles em cumprimento de pena;
- (c) dentre presos de mesma natureza (disciplinar ou de justiça), a segregação deve observar os respectivos círculos hierárquicos.

Outra segregação decorrente da estrutura hierarquizada ocorre quanto à prisão especial prevista como prerrogativa para os oficiais em prisão provisória, decorrente tanto do Código de Processo Penal comum quanto do Militar. Por conseguinte, em caso de execução de pena, não se aplica tal instituto da prisão especial.

Interessantes peculiaridades do sistema prisional militar, além das já descritas e dignas de registro, são a pena de impedimento e a medida cautelar de menagem.

O impedimento consiste em pena principal prevista no art. 63 do Código Penal Militar e “sujeita o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar”. Tem seus limites cominados entre 3 (três) meses e um ano, especificamente para o crime de insubmissão (art. 183 do CPM), configurado quando “Deixar de apresentar-se o convocado a incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação”.

terá perdido. O ambiente da caserna lhe e propício e as pressões negativas do caótico sistema carcerário comum são bem menores, praticamente inexistentes.” (Assis, 2011, p. 56 e 75).

Por seu turno, a medida cautelar de menagem representa a única alternativa à prisão tradicional prevista no Código de Processo Penal Militar (CPPM, art. 264), e consiste, em regra, na manutenção do militar no interior de “quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar”. Ou seja, o ambiente de privação de liberdade não se reduz a uma cela, mas ao espaço de toda a organização militar, acaso se trate da chamada “menagem em quartel”, hipótese mais comum.

Feitas essas considerações acerca das principais peculiaridades do sistema prisional militar federal, vocacionado que é, como visto, à custódia dos integrantes das Forças Armadas, somando-se à coexistência de presos disciplinares e à disposição da Justiça e aos diversos consectários decorrentes da estrutura fundada na hierarquia e na disciplina, valores cuja preservação também ocorre no contexto da privação de liberdade em área sob administração castrense, cumpre analisar qual a composição desse efetivo militar encarcerado e suas implicações para a administração e para a fiscalização dessa realidade carcerária.

92

2.2 Perfil dos presos e destinação das instalações

Os dados estatísticos do Conselho Nacional do Ministério Público, resultantes da fiscalização exercida pelo Ministério Público Militar, dão conta de que os presos à disposição da Justiça comum são mais numerosos que aqueles recolhidos por determinação da Justiça Militar e passam mais tempo inseridos no sistema prisional militar.

Por outro lado, enquanto os presos disciplinares são inseridos em tal sistema em quantidades mais expressivas que os presos de justiça, são os que permanecem menos tempo privados de liberdade em área sob administração militar.

E vários são os fatores, de ordem prática e jurídica, para tal cenário, consoante se passa a analisar.

2.2.1 Presos disciplinares

A penalidade administrativa de prisão consiste em modalidade de sanção para a prática da chamada transgressão ou contravenção disciplinar.

Instituições constitucionalmente estruturadas nos princípios da hierarquia e da disciplina, as corporações militares encontram autorização da própria Constituição Federal para o uso da medida extrema de privação de liberdade como instrumento para a preservação de tais valores fundantes, consoante já visto na parte final do inciso LXI do art. 5º.

Ademais, a Carta Magna prevê no art. 142, § 3º, inciso X, que a lei estabelecerá, dentre outros, os direitos, deveres e prerrogativas dos militares, dispositivo regulamentado pela Lei n. 6.880/80 (Estatuto dos Militares, considerado recepcionado pela CF/88).

Referido Estatuto prevê, em seu art. 47, que os regulamentos disciplinares de cada Força disporão sobre as transgressões ou contravenções disciplinares, com as respectivas penalidades, além dos procedimentos e recursos, mas estabelece como limite temporal para as penas que importam restrição de liberdade (impedimento disciplinar, detenção ou prisão) o patamar de 30 (trinta) dias.

Desse modo, tratando-se de medida disciplinar, aplicável pela autoridade hierarquicamente superior ao punido (geralmente o comandante da organização militar ou de sua fração), segue rito bastante expedito, seja em seu processamento (ainda que respeitado o devido processo e o direito de defesa, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CF/88), seja no cumprimento da penalidade aplicável, que, como visto, não ultrapassa o trintídio para a privação de liberdade.

De mais a mais, tal montante máximo (trinta dias) é aplicado apenas para os casos mais graves, não sendo a regra verificável na rotina disciplinar das organizações militares. Ou seja, em geral, as prisões disciplinares apresentam duração ainda mais curta.

Portanto, trata-se de realidade bastante dinâmica e muito mais célere que a morosidade judicial brasileira (ainda que considerada a rapidez inerente à Justiça Militar), de modo que, sobretudo em organizações militares com grandes efetivos, ocorrem diversos ingressos e saídas das instalações prisionais, de caráter disciplinar, ao longo de todo o ano.

A título exemplificativo, relatórios enviados mensalmente ao Ministério Público Militar pelo Batalhão de Polícia do Exército de Brasília, organização militar com efetivo aproximado de 1.000 (um mil) militares, dão conta de uma média de 05 (cinco) prisões disciplinares cumpridas por mês em sua carceragem, enquanto ao longo de todo o ano de 2017 passaram cerca de 15 (quinze) presos à disposição da Justiça, e isso considerando que concentra todos os presos de justiça integrantes do Exército na capital federal.

Em suma, enquanto as prisões disciplinares são as mais numerosas e menos duradouras, aquelas por força de determinação da Justiça comum, embora mais ocorrentes que as do Judiciário castrense, são as que demandam a permanência de presos por mais tempo no sistema prisional militar, conforme se passa a analisar.

2.2.2 Presos à disposição da Justiça comum

Como visto, o sistema prisional militar não se restringe à custódia apenas de presos disciplinares ou daqueles à disposição da Justiça Militar, mas também abriga os militares privados de sua liberdade por força de

determinação da Justiça comum, com fundamento no art. 300, parágrafo único, do CPP, e do art. 73, parágrafo único, alínea “c”, da Lei 6.880/80.

Tratando-se de prerrogativa prevista, precipuamente, no Estatuto dos Militares, deve ser mantida enquanto seu titular não perder a qualidade de militar, ou seja, enquanto não for excluído do efetivo da respectiva Força.

A esse respeito, verifica-se que, quanto mais rígido o vínculo do militar com a Força, maior tende a ser o seu tempo de permanência no sistema prisional militar. E isso porque tanto a Marinha, quanto o Exército como a Aeronáutica possuem, em suas fileiras, militares temporários e militares de carreira.

Os temporários têm seu vínculo com a Força renovado anualmente, e, como o envolvimento com eventuais condutas criminosas atenta contra os imperativos de disciplina preceituados nos regulamentos, geralmente não veem renovado seu tempo (ou contrato) de serviço, perdendo a qualidade de militar e, portanto, a prerrogativa legal de permanência no sistema prisional militar, devendo ser recambiado para o sistema comum.

Dentre os temporários, os prestadores do serviço militar obrigatório (recrutas) podem ser licenciados a bem da disciplina, ainda que não completado o tempo de serviço a que se comprometeram, mediante expulsão após procedimento administrativo (assegurados o contraditório e a ampla defesa) em que o comandante da organização militar conclua “pela prática de ato contra a moral pública, pundonor militar ou falta grave que, na forma da Lei ou de Regulamentos Militares, caracterize seu autor como indigno de pertencer às Forças Armadas” ou mesmo “pelo ingresso no mau comportamento contumaz, de forma a tornar-se inconveniente à disciplina e à permanência nas fileiras” (art. 31 da Lei n. 4.375/64).

Por outro lado, os militares de carreira (quando alcançam a chamada “estabilidade”), os da reserva remunerada e os reformados somente podem ser excluídos administrativamente do efetivo da respectiva Força por decisão

do conselho de disciplina (praças) ou do conselho de justificação (oficiais), procedimentos ético-disciplinares regidos por normas específicas (Lei n. 5.836/72, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, e Decreto n. 71.500/72, que dispõe sobre o Conselho de Disciplina) e sujeitos à decisão de altas autoridades (Comandante da Força no caso do conselho de disciplina e Superior Tribunal Militar para o conselho de justificação).

De todo modo, o que se observa é que, a menos que se trate de fato manifestamente incompatível com a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, a administração militar costuma promover a medida disciplinar cabível contra os militares de carreira, reformados ou integrantes da reserva remunerada somente após o trânsito em julgado da condenação criminal, o que, sabidamente, pode levar muitos anos, aumentando o tempo de permanência no sistema prisional militar e potencializando os problemas decorrentes da privação de liberdade por períodos prolongados, consoante se analisará oportunamente.

Ou seja, tanto os militares temporários, quanto os de carreira (ou reformados ou integrantes da reserva remunerada), inseridos no sistema prisional militar à disposição da Justiça comum, são, em sua maioria, presos provisórios, tanto em prisão preventiva quanto em execução provisória de pena, restando apenas uma minoria em cumprimento de pena definitiva e esses, ainda assim, a título precário, pois somente ali continuam enquanto não sobrevier a decisão do procedimento administrativo acerca de sua exclusão ou permanência na Força.

A esse respeito, a título exemplificativo, encontravam-se presos nas organizações militares das Forças Armadas em Brasília, em março de 2018, 12 (doze) militares à disposição da Justiça, sendo 11 (onze) deles por decisão da Justiça comum, dos quais 7 (sete) presos provisórios e apenas 4 (quatro) definitivos, esses aguardando submissão ao procedimento administrativo (ou respectivo julgamento) para possível exclusão.

Quanto ao tempo de permanência, registra-se, dentre esses casos de preso à disposição da Justiça comum em Brasília, um militar da Aeronáutica recolhido a organização militar desde 2013 (há cerca de 05 – cinco – anos).

Ou seja, tanto sob a perspectiva da quantidade de presos quanto do tempo de permanência, os militares recolhidos à disposição da Justiça comum dominam o cenário do sistema prisional militar federal, ao menos no contexto dos chamados “presos de justiça”.

2.2.3 Presos à disposição da Justiça Militar

Considerando a já mencionada coexistência de presos disciplinares e à disposição da Justiça, em uma mesma organização militar, verifica-se que, paradoxalmente, o quantitativo de presos à disposição da Justiça Militar compõe a parcela menos expressiva, numericamente, do total de custodiados nas instalações prisionais militares (a título ilustrativo, apenas um entre os doze presos de Justiça em Brasília no mês de março de 2018), o que se deve a uma série de razões.

Primeiramente, porque, aos delitos previstos no Código Penal Militar (CPM), são cominadas penas privativas de liberdade em montantes que, dificilmente, ultrapassam os 2 (dois) anos, sobretudo ao se considerar o patamar mínimo, do qual parte a fixação da pena no sistema trifásico previsto no art. 69 daquele diploma.

Desse modo, resulta que, em regra, as penas definitivas fixadas em sentença não superam o limite temporal de 2 (dois) anos fixado no art. 84 do CPM para a concessão do benefício da suspensão condicional da execução da pena (“*sursis* penal”).

Todavia, ainda quando superado o montante de pena para a concessão do *sursis*, a condenação criminal na Justiça Militar autoriza a exclusão do militar da respectiva Força, conforme o rito aplicável segundo a

hierarquia: aos praças (graduados), aplica-se a pena acessória de exclusão das Forças Armadas diretamente na sentença penal condenatória; aos oficiais, cabe a pena acessória de perda do posto e da patente, mediante procedimento próprio perante o Superior Tribunal Militar (STM).

98 Ou seja, em ambiente castrense, o cumprimento de pena privativa de liberdade por condenação da Justiça Militar caracteriza-se pela transitoriedade (uma vez que a condição de militar torna-se precária, passível de perda iminente), reduzindo-se a casos excepcionais: praças ou oficiais condenados a menos de 2 (dois) anos sem direito a *sursis*; praças condenados a mais de 02 (dois) anos sem que a pena de exclusão das Forças Armadas tenha sido aplicada (há registro de casos que tais), e, ainda assim, enquanto não sobrevinda a exclusão pela via administrativo-disciplinar; oficiais condenados a mais de 02 (dois) anos que (ainda) não tenham sido condenados pelo STM a perda de posto e patente.

E exatamente esse último o único caso de execução de pena privativa de liberdade, em curso, imposta pela Justiça Militar da União, em Brasília/DF, atinente a um oficial condenado a 09 (nove) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, com sentença em que havido o trânsito em julgado, aguardando o julgamento de representação para perda de posto e patente em tramitação perante o STM.

Em suma, diante das já expostas excepcionalidade e transitoriedade, verifica-se que, quantitativamente, os presos à disposição da Justiça Militar são os menos numerosos no sistema prisional militar federal.

2.3 Organização prisional da administração militar federal: é possível se falar em sistema?

Segundo dados divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público por meio do relatório “A visão do Ministério Público sobre o sistema

prisional brasileiro”, foram inspecionados, pelo Ministério Público Militar, no ano de 2015, um total de 268 (duzentas e sessenta e oito) organizações militares com instalações prisionais, assim distribuídas pelo território nacional²: 26 (vinte e seis) na região Centro-Oeste; 39 (trinta e nove) na região Nordeste; 44 (quarenta e quatro) na região Norte; 70 (setenta) na região Sudeste e 89 (oitenta e nove) na região Sul.

Dentre eles, apenas um estabelecimento pode ser classificado como presídio militar, assim considerada a única organização militar prisional das Forças Armadas brasileiras, qual seja, o Presídio da Marinha, localizado na Ilha das Cobras, no Rio de Janeiro/RJ.

Em todas as demais organizações militares inspecionadas, desenvolvem-se regularmente as atividades operacionais e administrativas inerentes à missão de cada uma das Forças e de acordo com as peculiaridades locais. E ali também são mantidas instalações prisionais militares, que podem partir desde uma única cela, alcançando até estruturas mais complexas e com mais elevado grau de especialização, como os Pelotões de Investigação Criminal dos Batalhões de Polícia do Exército, por exemplo.

Ou seja, o sistema prisional militar, tal como se encontra organizado atualmente, conta com apenas uma organização militar vocacionada e especializada na atividade prisional, sendo que, em todas as demais, as instalações carcerárias são mantidas na mesma estrutura física onde paralelamente desempenhadas as atividades operacionais e administrativas de cada quartel.

Note-se, ademais, que, em regra, referidas instalações são dotadas apenas de cela(s) originariamente destinada(s) ao cumprimento da pena disciplinar de prisão, a qual, como visto, não pode ultrapassar 30 (trinta) dias, não dispondo, no espaço prisional, das estruturas típicas de encarceramento

² CONSELHO NACIONAL DO MINISTERIO PUBLICO (2016, p. 330).

por longos períodos, como locais para trabalho, estudo, lazer ou prática de atividades físicas ou desportivas.

Além disso, verifica-se, em nível nacional, a carência de uma administração centralizada ou mesmo de uma articulação para a uniformização de normas, de rotinas e de procedimentos em matéria prisional no âmbito das Forças Armadas, permanecendo a questão relegada ao trato em nível de organização militar ou, no máximo, no escalão regional (regiões militares, comandos militares de área ou equivalentes).

Possivelmente ante a elevadíssima capilaridade das Forças Armadas no território nacional, talvez a maior dentre as instituições federais, presentes que são nos mais longínquos rincões do país e mesmo fora dele (Forças de Paz da ONU, por exemplo), tenha-se optado, até mesmo em respeito às peculiaridades locais, pela regionalização do trato da matéria prisional no âmbito castrense, situação que, embora compreensível, deve ser revista ante o crescente número de militares encarcerados e o aumento do tempo médio de permanência nessas instalações, a demandar uma política institucional mais clara e com a robustez das normas emanadas dos comandos de pessoal ou mesmo do Comando da Força.

Desse modo, a míngua de estruturas especializadas, sem administração centralizada nem articulação em nível nacional, além da mencionada falta de uniformização normativa e procedimental, com instalações (ao menos inicialmente) projetadas para o cumprimento de medida disciplinar, torna-se difícil cogitar, propriamente, de um “sistema penitenciário federal militar”, ao menos se a perspectiva de “sistema” buscar correlação com o seu congêneres no meio civil.

Por outro lado, revela-se viável continuar assim denominando “sistema prisional militar”, no sentido de um plexo de estruturas organicamente mantidas pelas Forças Armadas e destinadas a seus integrantes, independentemente do título que ampare o encarceramento (se

Quanto às assistências, do total de 268 organizações militares fiscalizadas, em 263 (duzentas e sessenta e três) é prestado atendimento médico emergencial, em 250 (duzentas e cinquenta) há médico disponível na organização militar que possa prestar atendimento aos presos, em 248 (duzentas e quarenta e oito) há dentistas e em 189 (cento e oitenta e nove) há outros profissionais de saúde física, psicológica e mental⁵.

No aspecto estrutural, daquele total de organizações militares inspecionadas, em apenas 16 foram encontradas celas que não observam a área mínima de 6 m² (seis metros quadrados) por preso⁶.

Quanto aos demais itens estruturais, foram avaliadas como ótimas ou boas: a limpeza em 90% (noventa por cento) dos casos, as instalações sanitárias em 82% (oitenta e dois por cento), as instalações elétricas em 81% (oitenta e um por cento), as instalações hidráulicas em 79% (setenta e nove por cento).

Em suma, observa-se que, além do elevado montante de vagas ociosas, são prestadas adequadamente as assistências de saúde e as instalações encontram-se em bom estado de conservação, de modo que os principais problemas encontrados no sistema prisional comum (ao menos nas esferas estadual e municipal) e largamente noticiados na mídia não fazem parte da realidade do sistema prisional militar, o que, entretanto, não significa que seja infenso aos melhoramentos necessários, não só em termos estruturais como também procedimentais.

3 Regime jurídico aplicável ao sistema prisional militar

Desde o plexo de direitos constitucionais assegurados ao preso em geral até a especial conformação das Forças Armadas e de seus integrantes,

⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTERIO PÚBLICO (*op. cit.*, p. 334).

⁶ *Idem*, p. 333.

faz-se necessário analisar a relação entre direitos e deveres, tanto do militar encarcerado quanto da administração castrense em matéria prisional, com a necessária incursão sobre a Lei de Execução Penal e normas administrativas como as Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de modo a harmonizar, com fundamento no princípio da isonomia, os regimes inerentes aos sistemas prisionais comum e militar, igualando-os quando necessário e diferenciando-os nas hipóteses em que prevalecentes os princípios da hierarquia e da disciplina.

3.1 Perfil constitucional das Forças Armadas e legislação militar em matéria prisional

Segundo o art. 142 da CF, as Forças Armadas “são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, (...) e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

Tais princípios de hierarquia e disciplina perpassam toda a organização, preparo e emprego das Forças e se refletem, sobretudo, em matéria de pessoal, ao afetar diretamente o cotidiano dos homens e mulheres que compõem a Marinha, o Exército e a Aeronáutica.

Como visto, tratando-se de princípios inerentes à administração e ao pessoal militar, sua observância não escapa à realidade do sistema prisional castrense, sobretudo na esfera normativa, seja em sede legislativa, seja infraconstitucional/administrativa.

A esse respeito, verifica-se que tanto o CPM (arts. 59, 61 e 62) quanto o CPPM (arts. 237 a 241) cuidaram de trazer previsões mínimas acerca do aprisionamento em área sob administração militar, em que se observam as influências marcantes dos aludidos princípios de hierarquia e disciplina.

Embora o CPM traga a previsão de distintos estabelecimentos (militar, penal militar e penitenciária militar), a realidade revela a inviabilidade de estrita observância a tais preceitos, ante a simples constatação da inexistência de todos esses ambientes com a mesma capilaridade da presença das Forças ao longo do território nacional (e, eventualmente, até fora dele).

E isso porque, enquanto o estabelecimento militar corresponderia a qualquer organização militar sem cela ou xadrez/bailéu, o estabelecimento penal militar possui tais instalações, embora não seja vocacionado à atividade prisional, que seria exclusiva apenas na penitenciária militar (no Brasil, somente o Presídio da Marinha).⁷

Ademais, conquanto haja a previsão do CPM no sentido do cumprimento de pena superior a 02 (dois) anos em estabelecimento civil, na falta de penitenciária militar, tal dispositivo deve ser harmonizado com o preceituado pelo Estatuto dos Militares.

Além de o Estatuto (Lei 6.880/80) ser norma mais recente que o Código (Decreto-Lei 1.001/69), é especial em matéria de prerrogativas, direitos e deveres dos militares, ao regulamentar a previsão constitucional do art. 142, § 3º, inciso X, já mencionado.

Desse modo, a leitura que fazemos, e que se coaduna com a prática observada na administração militar, é a da prevalência da prerrogativa assegurada no Estatuto sobre a espécie de estabelecimento prevista no CPM, mantendo-se o militar preso em organização da respectiva Força enquanto conservar seu vínculo com as fileiras militares, independentemente da natureza das instalações disponíveis (militar, penal militar ou penitenciária militar).

⁷ A esse respeito, nos filiamos à doutrina de VIEIRA (2009, p. 453), citada por ASSIS (2011, p. 60), que traz essa distinção.

Enquanto o CPM traz as aludidas previsões acerca das separações e dos estabelecimentos correspondentes ao grau hierárquico e ao montante de pena, o CPPM disciplina as normas procedimentais da prisão em ambiente castrense⁸.

Em suma, a par de trazer apenas poucos dispositivos sobre o aprisionamento em área sob administração militar, referidos preceitos, seja do CPM, seja do CPPM, mostram-se insuficientes a regular a complexidade do tema, contemplando apenas o que consideramos ser o mínimo de direitos do preso militar, cujo regramento constitucional enseja a integração dessa normativa com os demais diplomas que regem a matéria no ordenamento brasileiro.

E isso porque, partindo-se das cláusulas pétreas da dignidade da pessoa humana e da isonomia, delinea-se o que se convencionou denominar estatuto constitucional do preso, consistente no plexo de previsões da CF/88 aplicáveis à especial condição de quem se encontra privado de liberdade.

⁸ Art. 237. Ninguém será recolhido à prisão sem que ao responsável pela custódia seja entregue cópia do respectivo mandado, assinada pelo executor, ou apresentada guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do prêso, com declaração do dia, hora e lugar da prisão. Parágrafo único. O recibo será passado no próprio exemplar do mandado, se êste fôr o documento exibido.

Art. 238. Nenhum preso será transferido de prisão sem que o responsável pela transferência faça a devida comunicação a autoridade judiciária que ordenou a prisão, nos termos do art. 18. Parágrafo único. O preso transferido devera ser recolhido à nova prisão com as mesmas formalidades previstas no art. 237 e seu parágrafo único.

Art. 239. As pessoas sujeitas a prisão provisória deverão ficar separadas das que estiverem definitivamente condenadas.

Art. 240. A prisão deve ser em local limpo e arejado, onde o detento possa repousar durante a noite, sendo proibido o seu recolhimento à masmorra, solitária ou cela onde não penetre a luz do dia.

Art. 241. Impõe-se a autoridade responsável pela custódia o respeito à integridade física e moral do detento, que terá direito a presença de pessoa da sua família e a assistência religiosa, pelo menos uma vez por semana, em dia previamente marcado, salvo durante o período de incomunicabilidade, bem como a assistência de advogado que indicar, nos termos do art. 71, ou, se estiver impedido de fazê-lo, a do que for indicado por seu cônjuge, ascendente ou descendente. Parágrafo único. Se o detento necessitar de assistência para tratamento de saúde ser-lhe-á prestada por médico militar.

Ademais, a Constituição foi regulamentada pela Lei de Execução Penal e por normas administrativas que explicitam os aspectos materiais e procedimentais desse conjunto de direitos e deveres dos presos e da administração prisional, a ensejar a respectiva análise de modo a compreender em que medida impactam o sistema prisional militar a ponto de comporem o respectivo regime jurídico.

3.2 Estatuto constitucional do preso

A par dos direitos fundamentais previstos para todos, fundados na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88) e que não sejam incompatíveis com o estado de privação de liberdade, a Constituição cuidou de trazer uma série de previsões específicas para os presos, a exemplo dos incisos XLV a L e LXI a LXVIII, além do LXXV, todos do art. 5º. Tratando-se de um plexo de direitos previstos na Lei Maior, indubitável que também se apliquem ao preso militar, ante a incidência do princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da Constituição) e uma vez que se mostram plenamente compatíveis com o especial regime jurídico também previsto no art. 142 da CF/88.

Por outro lado, referida extensão de direitos não se opera com a mesma facilidade em relação à Lei de Execução Penal e respectivos regulamentos, consoante se passa a analisar.

3.3 Aplicabilidade da Lei de Execução Penal ao sistema prisional militar

A Lei de Execução Penal (LEP – Lei n. 7.210/84) veio a lume em conjunto com a Lei n. 7.209/84, que instituiu reforma completa na parte geral do Código Penal, buscando atualizar a legislação brasileira em matéria penal na esteira dos ideais da reabertura democrática que vivia o país no ocaso do regime militar.

A esse respeito, ante sua especialidade na regulação da matéria prisional em nosso ordenamento jurídico e com fulcro no princípio da isonomia, cumpre analisar sua aplicabilidade ao sistema prisional militar.

Primeiramente, destaca-se o que referido diploma institui em suas disposições iniciais:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Uma primeira leitura do art. 2º, parágrafo único, nos autoriza a conclusão de que a LEP se aplica também “ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

Ou seja, enquanto ao preso definitivo (condenado pela Justiça comum) e ao provisório a LEP não fez qualquer ressalva acerca de sua aplicabilidade condicionada ao recolhimento “a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”, para os condenados pela Justiça Eleitoral ou Militar foi fixado tal requisito espacial.

Entretanto, a redação do dispositivo revela-se imprecisa e explicita algumas possíveis incoerências.

Primeiramente, porque a interpretação literal permite a aplicação da LEP aos presos recolhidos sob administração militar, ao menos nos seguintes casos: presos provisórios (seja à disposição da Justiça comum, Eleitoral ou

Militar) e definitivos (desde que não condenados pela Justiça Eleitoral ou Militar).

Portanto, se preso definitivo e recolhido sob administração militar, somente faria jus à LEP o condenado pela Justiça comum. Por outro lado, se condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar (ainda que mantido na mesma cela do condenado pela Justiça comum), não teria direito ao regramento da LEP, ao menos consoante a literalidade daquele parágrafo único do art. 2^o.

Contudo, a interpretação sistemática dos demais dispositivos iniciais da mesma LEP, sobretudo à luz do princípio constitucional da isonomia, demonstra não ser esse viés restritivo o escopo da Lei, na medida em que se destina a “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1^o).

Ademais, o art. 3^o assevera que “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”, sendo categórico que “não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política”.

Por fim, não se pode olvidar o quanto disposto pelo já analisado art. 61 do Código Penal Militar, no sentido de que fica “o recluso ou detento

⁹ Assis (2011, p. 75-76), com fundamentos constitucionais da isonomia e da proibição de discriminação, destaca trecho da exposição de motivos da LEP que sustenta o raciocínio ora desenvolvido: “É indispensável ressaltar que a discriminação é vedada pela Constituição Federal no seu art. 5^o, *caput* (...) Na exposição de motivos da Lei de Execução Penal, o legislador frisou que o objetivo da lei é exatamente impedir o tratamento diferenciado, conforme segue transcrito: ‘A igualdade da aplicação da lei ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhidos a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária, assegurada no parágrafo único do art. 2^o, visa impedir o tratamento discriminatório de presos ou internados submetidos a jurisdições diversas. Com o texto agora proposto, desaparece a injustificável diversidade de tratamento disciplinar a presos recolhidos ao mesmo estabelecimento, aos quais se assegura idêntico regime jurídico.’ Submete-se também ao disposto no art. 5^o, XLI, da Constituição: ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’. Seria extremamente injusto que, convivendo lado a lado na mesma cela, alguns condenados tivessem direitos e privilégios negados a outros, apenas porque os demais são presos provisórios ou condenados por outras jurisdições, como é o caso dos condenados pela Justiça Militar.”

sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar”.

Em tempo, tampouco se mostra pertinente ignorar o quanto preceituado pelo Código de Processo Penal Militar em seu art. 3º, no sentido da aplicação, nos casos omissos, da legislação de processo penal comum e da analogia. E, como visto, o CPPM limitou-se a dispor sobre poucos temas de execução penal, como separação de presos provisórios e definitivos, salubridade do local de prisão, integridade física e moral do preso, visitação familiar, além das assistências (saúde, religiosa, jurídica), fazendo-o de forma lacônica, sem o necessário detalhamento para o escoreito tratamento de tema tão complexo.

Em suma, à luz do princípio constitucional da isonomia, a interpretação sistemática da própria LEP em harmonia com o CPM e com o CPPM autoriza a inexorável conclusão acerca da aplicabilidade da Lei de Execução Penal ao sistema prisional militar, seja aos presos definitivos, seja aos provisórios, independentemente de se encontrarem à disposição da Justiça comum, Eleitoral ou Militar¹⁰.

No mesmo sentido tem se pronunciado a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, revendo seu anterior posicionamento que aplicava a ora rechaçada interpretação literal do art. 2º, parágrafo único, da LEP, a exemplo do quanto se extrai do seguinte aresto¹¹:

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

¹⁰ A multicitada obra de Assis (2011, p. 73/76) traz outros argumentos (critérios da especialidade quanto à matéria e temporal, em face do CPM e do CPPM) para a aplicação da LEP à execução penal militar.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. HC 215.765/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 17.11.2011.

PENAL NOS CASOS OMISSOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA.

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

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

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

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

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

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

Entretanto, sobretudo na vertente processual que fundamenta a aplicação da LEP ao sistema prisional militar, ou seja, a título supletivo dos casos em que a legislação militar for omissa a respeito de determinado tema, o art. 3º do CPPM autoriza tal suprimento desde que não atentatório da índole do processo penal militar, vocacionado que é a instrumentalizar a tutela dos princípios de hierarquia e disciplina, fundantes das instituições militares.

Desse modo, conquanto aplicável na grande maioria dos seus dispositivos, a LEP deve ser analisada à luz das limitações do regime penal e disciplinar dos militares e das particularidades das instalações do sistema prisional militar.

Para tal mister, consideramos que o primeiro referencial daquilo que guarda maior compatibilidade entre os dispositivos da LEP e o sistema prisional militar são os formulários do CNMP¹² que servem de suporte à atividade fiscalizatória do sistema prisional militar pelo MPM.

De tais formulários, encontram-se questionamentos acerca do fornecimento das assistências previstas na LEP (material, social, educacional, jurídica, religiosa e à saúde), assim como a generalidade dos direitos, deveres e da disciplina previstos no Título II da Lei.

Por outro lado, não constam questões atinentes ao trabalho e ao estudo, ao menos no que pode impactar para possível remição de pena, por exemplo. E isso seja ante a própria inespecialização dos estabelecimentos militares para a atividade prisional, já analisada, a inviabilizar (em princípio) a realização de tais atividades no contexto da organização militar, seja ante a relativa novidade das implicações de tais institutos (ao menos do estudo e da leitura) para o tempo de execução da pena, tanto que mesmo o sistema prisional comum ainda encontra algumas dificuldades para a plena implementação de tais benefícios.

Ademais, convém ressaltar que, enquanto mantiverem a qualidade de militares (condição para permanência no sistema prisional militar), os presos devem observar os regulamentos disciplinares das respectivas Forças, além das normas disciplinares do estabelecimento em que se encontram recolhidos, editadas pelo Comandante da organização militar.

Quanto ao Título III (“Dos órgãos da execução penal”), entendemos aplicáveis apenas as disposições acerca do Juízo da Execução, do Ministério Público e da Defensoria Pública, pois o sistema prisional militar não integra, formalmente, o sistema penitenciário nacional, pelo menos sob a estrutura

¹² Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/sistema-prisional/448-acoas/6689-formularios-de-inspecao-estabelecimento-prisional-militar-federal-anual-e-trimestral>. Consulta em: 31 maio 2018.

orgânica fundada na lógica dos departamentos penitenciários (estaduais e federal).

Por seu turno, o Título IV (“Dos estabelecimentos penais”) explicita as maiores diferenças, ao menos sob o aspecto estrutural, entre o sistema prisional comum e o militar, devendo ser observado apenas o quanto compatível com as limitações inerentes às instalações prisionais militares (separações, lotação, salubridade e tamanho das celas). Tanto que são estes os aspectos avaliados nos referidos formulários do CNMP.

Acerca do Título V (“Da execução das penas privativas de liberdade”), verifica-se que tem sido objeto de incremento no sistema prisional militar, sobretudo no que concerne à aplicação de institutos como a progressão de regime, consoante se analisará em momento oportuno.

Por outro lado, o Título VI (“Da execução das medidas de segurança”) revela-se inviável no sistema prisional militar, ante a existência de estabelecimentos destinados a tratamento psiquiátrico ou ambulatorial na administração militar apenas na área de saúde (ou seja, alheia ao contexto prisional) e somente no estado do Rio de Janeiro – Unidade Integrada de Saúde Mental, da Marinha (na capital) e Centro de Recuperação de Itatiaia, do Exército (no interior).

Por fim, o Título VII (“Dos incidentes de execução”) revela-se aplicável, independentemente de o preso se encontrar à disposição da Justiça comum ou Militar.

3.4 Da aplicabilidade das resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

Como visto, por não compor propriamente o sistema penitenciário nacional, o sistema prisional militar não se encontra diretamente vinculado às diretrizes daquele órgão integrante do Departamento Penitenciário Nacional.

Entretanto, não se pode ignorar que, enquanto órgão indutor de políticas públicas, vocacionado à “implementação, em todo o território nacional, de uma nova política criminal e principalmente penitenciária (...), bem como à execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada”, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) pode trazer importantes contribuições também ao aprimoramento do sistema prisional militar.

Primeiramente, imperiosa a menção à Resolução CNPCCP n° 14/1994, que fixa “as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil”¹³, por se tratar de importante regulamento da Lei de Execução Penal (art. 64, inciso I), alinhado aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Também merece destaque a vertente prevista no art. 64, inciso VI, da LEP (“estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais”), uma vez que se trata de matéria ainda carente de regulamentação no âmbito da administração militar federal.

A esse respeito, imperioso ressaltar a Resolução CNPCCP n° 09/2011, que versa sobre “Diretrizes básicas para arquitetura penal”¹⁴, objeto de recente atualização (e flexibilização) pela Resolução CNPCCP n° 06, de 07 de dezembro de 2017, e que pode, perfeitamente, servir de paradigma para a construção ou reforma de instalações prisionais militares.

¹³ Disponível em: www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/ExecucaoPenal/Outros/1994resolu14CNPCCP.pdf.

¹⁴ Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpccp/resolucoes/2011/RESOLUCAON92011ATUALIZAD ADEZEMBRO.2017.pdf>. Acesso em: 31 maio 2018.

3.5 Diferença de tratamento a alguns direitos dos presos no sistema prisional militar

Como visto, as limitações estruturais das instalações do sistema prisional militar e o peculiar regime jurídico, sobretudo disciplinar, das instituições militares, trazem a necessidade de relativização ou de revisão da interpretação jurisprudencial acerca de alguns direitos tradicionalmente assegurados no sistema prisional comum, consoante se passa a analisar.

3.5.1 Progressão de regime

Conforme já oportunamente ressaltado, as instalações carcerárias do sistema prisional militar são destinadas tanto ao cumprimento da sanção disciplinar de prisão quanto à privação de liberdade por ordem judicial.

Desse modo, tais instalações destinam-se ao aprisionamento no regime mais severo, qual seja, o fechado, permanecendo o preso no interior da cela ao longo de todo o dia, dela se ausentando apenas para o banho de sol, recebimento de visitas, contatos telefônicos com familiares e advogados, além de eventual necessidade de assistência (a saúde, por exemplo) e de comparecimento aos atos judiciais pertinentes.

Entretanto, como nem mesmo para os crimes hediondos a jurisprudência tem aceitado o cumprimento integral de pena privativa de liberdade em regime fechado, faz-se necessário analisar como se processa e instrumentaliza a progressão ao regime semiaberto no sistema prisional militar.

Primeiramente, necessário ressaltar que o próprio direito à progressão de regime nem sempre foi incontroverso no tratamento conferido pela jurisprudência aos presos condenados pela Justiça Militar.

E isso porque, como visto, o Código Penal Militar não prevê diferentes regimes de cumprimento de pena, somente o fechado. De modo a suprir tal lacuna, as sentenças condenatórias proferidas no judiciário castrense aplicam, por analogia (art. 3º, alínea “e”, do CPPM), o art. 33 do Código Penal comum, de modo a estabelecer o regime correspondente ao montante de pena resultante da condenação.

Assim, os condenados ao regime fechado, em tese, cumpriam a pena sem direito à progressão até o implemento das condições para o livramento condicional, único benefício previsto na execução de sentença na justiça militar.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, desde 2011, tem reconhecido o direito à progressão de regime aos condenados pela Justiça Militar, como expressão do princípio constitucional da individualização da pena, aplicando supletivamente a Lei de Execução Penal.

A esse respeito, por elucidativo, transcrevemos o seguinte excerto:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR. POSSIBILIDADE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). LEI CASTRENSE. OMISSÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 2. Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. (...) 4. É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito a hierarquia e a disciplina no âmbito castrense. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta

situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense.¹⁵

Ademais, consoante pudemos observar, a maioria dos presos à disposição da Justiça recolhidos no sistema prisional militar ali se encontram por força de decisão da Justiça comum.

Nesse contexto, uma vez implementados os requisitos objetivos e subjetivos, sobrevivendo a decisão pela progressão ao regime semiaberto, inaugura-se o desafio de como instrumentalizar o cumprimento de tal decisão, ante a ausência de estabelecimento adequado para regime distinto do fechado sob administração militar.

A esse respeito, a experiência na atividade fiscalizatória tem revelado a prática das Varas de Execução Penal no sentido de autorizar o benefício do trabalho externo (arts. 36 e 37 da LEP) aos presos militares da ativa, de modo a poderem cumprir o expediente de sua organização militar, retornando às instalações prisionais para o recolhimento noturno e nos dias sem expediente.

Por vezes, mesmo aos presos já em regime inicial semiaberto, tem-se observado a concessão de tal benefício, com a dispensa do requisito temporal (cumprimento de um sexto da pena), de modo a não impor ao preso regime mais gravoso do que o fixado no título penal condenatório e compatibilizá-lo com a prerrogativa de prisão do militar em quartel da respectiva Força (art. 73 do Estatuto dos Militares).

Por seu turno, presos do regime aberto, em geral, não se inserem no sistema prisional militar, ante a ausência de casa de albergado (inexistente na esfera militar e sujeita à indisponibilidade quase absoluta no sistema prisional comum), situação que, em geral, enseja a fixação de prisão domiciliar,

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Habeas Corpus n. 104.174/RJ. Relator Ministro Ayres Britto. DJe 18.05.2011.

também para não os sujeitar a regime mais gravoso que o previsto legalmente¹⁶.

3.5.2 Trabalho, estudo e remição

Como visto, as instalações prisionais militares, em regra, não viabilizam o trabalho e o estudo, intramuros, de modo a permitir eventual implementação do benefício da remição de pena.

Regulado nos artigos 126 a 130 da LEP, permite-se, observados os requisitos da lei, o desconto de um dia de pena a cada três dias trabalhados ou a cada doze horas de frequência escolar, ou quatro dias de pena a cada obra literária lida e avaliada na forma da regulamentação expedida pelo juízo de Execuções Penais (observado o máximo de uma obra por mês, limitando-se o benefício a quarenta e oito dias remidos por ano).

Considerando que, ao menos nas instalações no interior de organizações militares não prisionais (ou seja, a exceção do Presídio da Marinha, no Rio de Janeiro), não se viabiliza a possibilidade de trabalho intramuros nem de estudo em salas de aula, vislumbra-se, num prazo mais curto, apenas a perspectiva de implementação da remição por leitura.

No Distrito Federal, referida modalidade de remição foi objeto de regulamentação pela Vara de Execuções Penais, iniciando-se pela Portaria VEP 010, de 17 de novembro de 2016, e concluindo-se pela homologação, havida em 16 de agosto de 2017, da lista de obras “para compor o acervo bibliográfico do Projeto de Remição de Pena pela Leitura - Lei Libera”¹⁷.

¹⁶ Não se desconhece, por outro lado, a existência de precedentes do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a possibilidade de cumprimento, em área sob administração militar, de pena em regime aberto, conforme lembra a doutrina de Assis (2011, p. 61), quais sejam, o HC 81.198 (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 08.03.2002) e o RHC 92.746/SP (Rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 09.05.2008).

¹⁷ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2017/agosto/remicao-de-pena>. Acesso em: 31 maio 2018.

Desse modo, considerando que grande parte dos presos inseridos no sistema prisional militar federal em Brasília encontram-se à disposição daquele juízo, nota-se a possibilidade de implementação de tal projeto também no ambiente carcerário das Forças Armadas na capital, embora não se tenham iniciado, ainda, as tratativas nesse sentido.

Levando-se em conta que, por ocasião das inspeções havidas pelo Ministério Público Militar, se verifica interesse por considerável parcela do efetivo militar encarcerado nas instalações prisionais castrenses pela aludida modalidade de remição de pena, aplicável mesmo aos presos provisórios, revela-se mais uma janela de oportunidade para a atuação proativa e indutora da realização de direitos por parte do Ministério Público Militar, a ser analisada oportunamente ao longo do presente estudo.

3.5.3 *Visita íntima*

Talvez um dos direitos mais controversos dentre aqueles conferidos aos presos brasileiros seja o da visita íntima.

Primeiramente, porque não conta com previsão expressa na Constituição nem na LEP, pois naquela se garante a assistência da família, na forma da visitação social de que trata o art. 41, inciso X, nos seguintes termos: “Art. 41 - Constituem direitos do preso: (...) X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”.

Os que defendem a visita íntima asseveram decorrer de interpretação acerca de princípios constitucionais – além do já mencionado (assistência da família), também o da dignidade da pessoa humana (fundamento da República inscrito no art. 1º, inciso III) e o da proteção do Estado brasileiro à família, assegurado no art. 226 e seus parágrafos.

No meio militar, alegado “direito” se reveste de ainda maior complexidade ante a previsão, no Código Penal Militar (art. 235), do crime

de “ato de libidinagem”, consistente em “Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, (...) em lugar sujeito a administração militar”.

Ou seja, considerando que a esmagadora maioria das instalações prisionais castrenses se encontram no interior de organizações militares operacionais ou administrativas e, portanto, não destinadas exclusivamente à atividade carcerária, os Comandantes têm se recusado a permitir a visita íntima aos presos.

Primeiramente, sob a alegação de que tal conduta configuraria referido delito e o consentimento, pelo Comandante, traria possíveis implicações criminais, a exemplo da condescendência criminosa (art. 322 do CPM) ou da prevaricação (art. 319 do CPM).

Ademais, acaso conferisse tal “direito” aos presos, não autorizando semelhante benefício aos demais militares em liberdade, mas em serviço no quartel, restariam seriamente ameaçados os pilares da hierarquia e da disciplina, pois ao gestor poderia ser atribuída a pecha de anti-isonômico (a conferir tratamento mais benéfico aos infratores da lei).

Por outro lado, diferente tem sido a realidade nas organizações militares (exclusivamente) prisionais, a exemplo do Presídio da Marinha (único das Forças Armadas).

Nele, considerada sua especial destinação, já se confere tal “direito” a título de regalia (art. 56, inciso II, da LEP), havendo instalações adequadas aos encontros amorosos do preso com sua esposa ou companheira, comprovadamente em regime de unidade familiar, garantindo-se a privacidade e o respeito à intimidade do casal, sem que se tenha questionada eventual responsabilidade do comandante por tal iniciativa.

Considerando o quanto preconizado no art. 3º, alínea “a”, do CPPM, que autoriza a aplicação supletiva de normas extravagantes, como a LEP, a esfera castrense, desde que não prejudique a índole do processo penal militar,

destinado que é à tutela da hierarquia e da disciplina, referida iniciativa parece guardar sintonia com tais princípios nesse especial contexto de organização militar (exclusivamente) prisional.

A respeito da aplicabilidade plena do direito à visita íntima aos presos militares das Forças Armadas, observam-se alguns trabalhos publicados em espaços dedicados ao Direito Militar, citando-se, por elucidativo e ante sua atualidade, o artigo “*A vedação da visita íntima no sistema prisional militar sob a ótica da dignidade da pessoa humana*”¹⁸, de autoria de Antônio Pereira Duarte. Em sua obra, o autor defende que referido direito deveria ser respeitado independentemente da organização militar em que encarcerado o preso, devendo a administração castrense viabilizar as estruturas necessárias¹⁹.

120

Com a devida vênia, entendemos não se tratar, propriamente, de um direito, como os demais assegurados expressamente aos presos na Constituição e na LEP, mas apenas de uma regalia (nomenclatura prevista expressamente no art. 56, inciso II, desse diploma), resultante de um exercício interpretativo como o já narrado, e, como tal, sujeito à discricionariedade da autoridade administrativa.

Desse modo, parece-nos mais adequada a concessão de tal regalia apenas nos estabelecimentos exclusivamente prisionais, de modo a não comprometer o senso de hierarquia e disciplina para os demais integrantes da organização militar, nem os direitos fundamentais do preso e de seu cônjuge, ante a disponibilidade, nesses locais, de estruturas adequadas à realização da

¹⁸ Duarte (2016, p. 71-94). No mesmo sentido, Foureaux (2012).

¹⁹ No mesmo sentido as conclusões do “II Encontro Nacional do MP com atuação na Justiça Militar”, evento promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público entre 10 e 11 de novembro de 2016 em Brasília/DF. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9851-consolidadas-as-conclusoes-do-ii-encontro-nacional-do-mp-com-atuacao-na-justica-militar>.

visita íntima, opinião que igualmente encontra suporte em doutrina especializada²⁰.

3.5.4. Regime disciplinar

Diferentemente dos internos do sistema prisional comum, além do quanto preconizado a título de disciplina pela LEP e pelas normas administrativas da unidade carcerária, os presos militares também se sujeitam aos regulamentos disciplinares da respectiva Força e ao próprio Direito Penal Militar.

Note-se que tal realidade consiste em importante reforço normativo dissuasório de eventuais comportamentos contrários a ordem e a disciplina nas instalações prisionais militares, uma vez que, além de impactar negativamente na carreira militar, sujeita os presos a rigoroso regime de obediência às autoridades, tanto que, dificilmente, se verificam rebeliões de presos na esfera castrense, não havendo registro no âmbito da administração prisional militar federal, ao menos desde que iniciada a fiscalização pelo Ministério Público Militar nos termos preconizados pelo CNMP.

A esse respeito, pertinente ressaltar a previsão do crime militar de “amotinamento” (art. 182 do CPM), consistente em “Amotinarem-se presos, ou internados, perturbando a disciplina do recinto de prisão militar”, conduta à qual se comina a pena de “reclusão, ate três anos, aos cabeças; aos demais, detenção de um a dois anos”, incorrendo na mesma pena “quem participa do amotinamento ou, sendo oficial e estando presente, não usa os meios ao seu alcance para debelar o amotinamento ou evitar-lhe as consequências”.

Conquanto haja semelhante previsão no Código Penal comum, as penas previstas no CPM são mais severas, sobretudo para os cabeças ou

²⁰ Assis (2012).

líderes do movimento, responsabilizando também o oficial que se omitir para evitar ou desmantelar o movimento.

Outra interessante previsão é a da “fuga mediante violência”, conduta punida pelo CPM tanto quando empreendida violência contra pessoa quanto na hipótese de arrombamento de prisão militar.

Além disso, outra interessante criminalização dissuasória da fuga se refere à deserção que se consumar após a evasão, seja mediante violência (art. 180, § 2º), ou não (art. 192).

Por fim, conquanto não haja previsão específica para fuga de presos nos regulamentos disciplinares, certo é que tal conduta incide em outras tipificações mais genéricas como o descumprimento das normas do estabelecimento prisional, o que também reflete na avaliação da disciplina do militar.

122

4 CONCLUSÃO

O sistema prisional militar federal brasileiro consiste em realidade bastante peculiar, sob diversos aspectos, sobretudo quando cotejado com seu congêneres na esfera civil, a demandar fiscalização por órgão vocacionado ao trato das matérias atinentes à esfera castrense, qual seja, o Ministério Público Militar.

Destinado, em regra, apenas ao encarceramento de militares integrantes das Forças Armadas brasileiras, o sistema prisional militar não se limita a recolher os presos por determinação da Justiça Militar, mas aqueles à disposição dos demais ramos do Poder Judiciário, tanto a título criminal quanto na única hipótese de prisão civil admitida no ordenamento nacional – a do devedor de pensão alimentícia ou alimentante inadimplente – além dos presos disciplinares, privados de sua liberdade por decisão da autoridade administrativa competente.

Instituições constitucionalmente fundadas nos princípios da hierarquia e da disciplina têm na prisão disciplinar e por crime militar o resguardo de tais imperativos, de modo que também devem realizá-los na administração do seu peculiar sistema prisional, inclusive para os presos por crime comum ou por dívida de alimentos, pois todos ainda militares e, desse modo, sujeitos àqueles fundamentos nucleares.

Além das separações previstas na legislação, inclusive com a prerrogativa de prisão especial aos oficiais em prisão provisória, os princípios de hierarquia e disciplina impactam diretamente em outros aspectos importantes do sistema prisional militar, qual seja, a pequena quantidade de militares encarcerados em comparação ao número de vagas existentes, a denotar o reduzido grau de envolvimento daquela categoria profissional em desvios de conduta mais graves.

Outra importante implicação de tal binômio “hierarquia e disciplina” é a de que impregna toda a administração militar, alcançando inclusive os gestores e operadores do sistema prisional castrense, o que resulta, nos novos tempos vividos sob a égide da Constituição de 1988, no respeito aos ditames da dignidade da pessoa humana e no estatuto constitucional do preso, além do fornecimento das assistências mínimas garantidas em lei aos reclusos.

Entretanto, também por ter sido concebido precipuamente para o resguardo da vertente administrativa de tais princípios, qual seja, a prisão disciplinar, constitucionalmente autorizada, mas de curta duração por imperativo legal, exsurtem problemas decorrentes do aproveitamento de tais instalações para o encarceramento por longos períodos como ocorre com os presos de justiça, a inaugurar importante demanda por melhorias no sistema prisional militar.

Ademais, a falta de especialização para a atividade prisional, tanto das instalações quanto do pessoal engajado em tal finalidade, associada à tendência de incremento da quantidade de militares encarcerados, revelada

pela evolução dos dados estatísticos, reclamam uma revisão da política institucional das Forças Armadas para o trato da matéria.

Ainda em sede de hierarquia e disciplina, nota-se que, além de tais princípios perpassarem a organização e a rotina do sistema prisional militar, também permeiam o amplo regime jurídico aplicável ao ambiente carcerário castrense.

Por imperativo constitucional, seja da dignidade da pessoa humana, seja de isonomia, seja dos direitos assegurados especificamente aos presos na Carta Magna, as disposições normativas incidentes sobre o sistema prisional militar não se limitam à legislação estritamente militar (CPM, CPPM, Estatuto dos Militares e Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas).

Conquanto sejam diplomas relevantes para a regência da matéria prisional militar, a interpretação sistemática da Constituição com tais normas e com o restante do ordenamento jurídico nacional autoriza a incidência de grande parte da Lei de Execução Penal e de importantes Resoluções do CNPCP.

Entretanto, como tal extensão se dá a título de isonomia e de aplicação supletiva e analógica da legislação de processo penal comum, prevista no art. 3º do CPPM, encontra alguns limites ditados pela principiologia inerente à especial realidade prisional militar, o que se reflete em importantes diferenças de tratamento a alguns direitos.

Embora algumas dessas distinções sejam justificáveis por razões práticas e jurídicas, outras não encontram sustentação em argumentos sólidos e reclamam solução que pode ser induzida a partir da atuação diligente da fiscalização prisional a cargo do Ministério Público Militar.

Desse modo, tem-se por singelamente identificadas as principais peculiaridades do sistema prisional militar e minimamente delineados os parâmetros do respectivo regime jurídico, em reflexão que busca prestar seu

sincero contributo para novos debates sobre os caminhos possíveis ao aprimoramento da atividade fiscalizatória prisional exercida pelo MPM.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. Novas considerações sobre o direito à visita íntima na justiça militar. *Jusbrasil*, 2012. Disponível em: <https://jorgecesarassis.jusbrasil.com.br/artigos/121940519/novasconsideracoes-sobre-o-direito-a-visita-intima-na-justica-militar>. Acesso em: 06 set. 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. *Habeas Corpus n. 215.765/RS*. Rel. Min. Gilson Dipp. DJe 17.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. *Habeas Corpus n. 104.174/RJ*. Relator Ministro Ayres Britto. DJe 18.05.2011.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro*. Brasília: CNMP, 2016, p. 330. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/9948-a-visao-do-ministerio-publico-sobre-osistema-prisional-brasileiro-2016>. Acesso em: 06 abr. 2018.

DUARTE, Antônio Pereira. A vedação da visita íntima no sistema prisional militar sob a ótica da dignidade da pessoa humana. *Revista do Ministério Público Militar*. A. 41, n. 26 (nov. 2016). Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 2016. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2016/12/livro.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

FOUREAUX, Rodrigo. A visita íntima em estabelecimentos prisionais militares. *Recanto das Letras*, 2012. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3416790>. Acesso em: 06 set. 2018.

VIEIRA, Diógenes Gomes. *Manual prático do militar*. Natal: D&F Jurídica, 2009.

MULHERES se destacam nas Forças Armadas. *Ministério da Defesa*, 2017.
Disponível em: http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2017/03/mulheres-se-destacam-nas-forcas-armadas?TSPD_101_R0=c48a2fe4c04699a1d20e5e16371f0ac0ks20000000000000000e652ebbafff00000000000000000000000000000005acf6a38002543ea5c. Acesso em: 12 abr. 2018.

A circulação dos modelos jurídicos, o direito comparado e o transplante legislativo, numa abordagem histórica e como propulsores para o desenvolvimento do Direito Penal Militar e Humanitário

Antonio Carlos Gomes Facuri
Procurador de Justiça Militar
ORCID: 0009-0006-8038-8288
E-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br

Menção honrosa no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2018

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente trabalho pretende, de forma resumida, discorrer sobre os fenômenos da circulação dos modelos jurídicos, direito comparado e empréstimos legislativos, numa abordagem histórica e destacando-se a importância dessas ferramentas para a evolução do direito, nomeadamente os ramos do direito penal militar e direito internacional humanitário. Tais instrumentos viabilizaram o intercâmbio de ideias e de normas jurídicas oriundas dos diversos sistemas jurídicos, quais sejam, romanístico, anglo-saxônico e muçulmano, e respectivos subsistemas e ordenamentos, desde Roma antiga, passando pela *civil law* e *commom law*, aparecimento do direito comparado e seu desenvolvimento na América Latina, seus pródumos e precursores, Belle Epóque e, posteriormente, Napoleão e sua influência militar e legislativa, artigos de guerra, ordenações, CPM e Direito Humanitário.

PALAVRAS-CHAVE: circulação; comparado; direito; humanitário; modelos; penal militar; romano; sistemas.

ENGLISH

TITLE: The circulation of legal models, comparative law and legislative transplantation, in a historical approach and as drivers for the development of Military and Humanitarian Criminal Law.

ABSTRACT: The present work intends, in a summarized way, to discuss the phenomena of the circulation of legal models, comparative law and legislative loans, in a historical approach and highlighting the importance of these tools for the evolution of law, namely the branches of military criminal law and international humanitarian law. Such instruments enabled the exchange of ideas and legal norms arising from the various legal systems, namely, Romanistic, Anglo-Saxon and Muslim, and respective subsystems and legal systems, from ancient Rome, passing through civil law and common law, the appearance of comparative law and its development in Latin America, its products and precursors, Belle Epoque and, later, Napoleon and its military and legislative influence, articles of war, ordinances, CPM and Humanitarian Law.

KEYWORDS: circulation; compared; right; humanitarian; models; military penal; Roman; systems.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A finalidade do presente trabalho é instigar reflexões sobre a contribuição do direito comparado, os transplantes legislativos e a circulação de modelos jurídicos para a elaboração do direito moderno, numa tentativa de

abordagem histórica e questionamento sobre a eficiência de tais institutos, mormente no contexto dos direitos penal militar e internacional humanitário.

Com efeito, a circulação dos modelos jurídicos – que na tradição da *common law*, a partir de Allan Watson, costuma ser denominado de *legal transplants*, é hodiernamente um mecanismo fundamental para a elaboração e mudança das legislações.

Destarte, é do jurista americano Roscoe Pound a afirmação de que “a história de um sistema jurídico é fundamentalmente a história de empréstimos de material legislativo oriundos de outros sistemas jurídicos. Os “transplantes jurídicos”, que os franceses chamam de “circulação de modelos jurídicos”, sempre inspiraram os vários sistemas jurídicos.

De outro giro, assim como na biologia a evolução é considerada o processo através do qual acontecem as mudanças ou transformações nos seres vivos ao longo do tempo, originando aperfeiçoamento das espécies ou até surgimento de novos seres, no campo do direito também acontecem essas evoluções, no caso, com o aperfeiçoamento das legislações e surgimento de outras, porquanto nada é estático e até os contrários se relacionam, como disse Heráclito nos primeiros pensamentos sobre a estrutura dialética: “a luz só existe por causa da escuridão, assim como o som só existe por causa do silêncio, e as antíteses o tempo todo se relacionam”.

Assim, não raro sistemas jurídicos, subsistemas e ordenamentos influenciam ou até promovem transplantes jurídicos em outros sistemas, subsistemas e ordenamentos, mesmo que diametralmente diferentes quanto à estrutura, como será demonstrado em linhas adiante. Exemplo manifesto de circulação de modelos e transplante legislativo é a Lei de delação premiada, ou seja, instituto lúdimo da *Common law* e que hoje integra o ordenamento brasileiro.

Serão abordados, outrossim, os conceitos e diferenças entre sistemas e ordenamentos, sempre na tentativa de um contexto histórico, passando por

Roma antiga, artigos de guerra, ordenações, Direito Penal Militar e o desenvolvimento do direito comparado na Europa e América Latina.

Posteriormente, será comentada a importância de Napoleão em relação à legislação que idealizou e transplantou para o mundo jurídico.

Em sequência, embora o escopo do presente trabalho não seja comparar de forma alquebrada as legislações, serão analisadas algumas semelhanças entre o Código Penal Militar do Brasil e a legislação militar de Roma, bem como de outros países oriundos do sistema romanístico.

Finalizando, será trazida à colação a lenta evolução que vem passando a internacionalização dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais, que reclamava uma resposta punitiva internacional, o que acabou acontecendo com a criação do TPI, por intermédio de mecanismos supranacionais independentes, desvinculados dos mecanismos internos de cada Estado, instigando a reflexão se o direito comparado e a circulação de modelos jurídicos contribuíram ou não de forma decisiva para o desenvolvimento do direito humanitário internacional.

2 DESENVOLVIMENTO

Por início, impende salientar que sistema jurídico pode ser definido como uma agregação de normas jurídicas correlatas, formando um direito positivo determinado, tendo como fundamento preceituar as condutas dos indivíduos, disciplinando a convivência social.

Prolongam-se, no mundo do direito, três sistemas jurídicos (e respectivos subsistemas): Sistema romanístico, que originou o subsistema da *civil law*, sistema anglo-saxão, que deu origem ao subsistema da *common law* e, finalmente, o sistema muçulmano.

Existe quem propugna a existência de um sistema imperial chinês. Contudo, com a revolução chinesa e a derrocada da Dinastia Manchu, tal

referência é apenas histórica, até porque o direito Chinês integra um dos subsistemas romanos.

Urge observar-se que é necessário não confundir os conceitos de sistema jurídico e de ordenamento jurídico, como inadvertidamente fizeram alguns comparatistas europeus, que os reputavam como sinônimos.

O uso dos termos como similares se deve ao desalinhamento de misturar o direito romano (ou sistema romanístico) e a efetividade dos ordenamentos domésticos de cada Estado que o adotou, neste caso, considerando o direito romano como um direito morto, uma categoria histórica, quando, na verdade, ele vive, transfundido nos diversos ordenamentos, isto é, não são equipolentes, pois os ordenamentos fazem parte de um subsistema que derivam do sistema, numa espécie de relação criador e criatura.

Nessa vereda, para os efeitos de individualização de um subsistema jurídico, é forçoso distinguir-se as realidades culturais e sociais, por intermédio de uma combinação entre formas jurídicas e realidades étnicas e econômicas dos países pertencentes ao mesmo subsistema jurídico.

Assim, dentro do sistema romanístico, por exemplo, identificam-se diversos subsistemas, quais sejam, o subsistema dos povos latinos, o subsistema dos povos germânicos, dos países socialistas ou comunistas (atualmente somente em Cuba e China), do grupo ibérico e do grupo ibero-americano ou latino-americano.

Sobre o tema, leciona com propriedade Esborraz (2006, pp. 48/50):

Considerazioni generali sul Diritto comparato

1. Scopo e oggetto della comparazione

2. La distinzione concettuale tra Sistema e ordinamento

3. I Sistemi o 'famiglie' giuridiche. Classificazione e criteri di analisi. Cenni

A. Criterio genetico-storico (E. Glasson, C. Beviláqua, E. Martínez Paz)

a) Classificazione di E. Glasson:

1) Gruppo di diritto dei paesi in cui predomina, quasi esclusivamente, il

Diritto romano (Italia, Spagna, Portogallo, Romania, Grecia);

2) Gruppo di diritto dei paesi in cui è mancata completamente

l'influenza del diritto romano e canonico i dove il diritto consuetudinario gioca un ruolo importante (Inghilterra, i paesi scandinavi, la Russia);

3) Gruppo di diritto dei paesi dove gli elementi romano e barbarico o

consuetudinario si sono fusi (Francia, Germania, Svizzera);

b) Aggiunta fatta da C. Bevilacqua (seguita da L.C.M. de Oliveira e

Saraiva da Cunha Lobo):

4) Gruppo di diritto dei popoli latino-americani.

c) Classificazione di E. Martínez Paz:

1) Gruppo barbarico-consuetudinario (diritti inglese, svedese e

norvegese);

2) Gruppo barbarico -romano (diritti tedesco, francese e austriaco);

3) Gruppo barbarico -romano-canonico (diritti spagnolo e portoghese);

4) Gruppo romano-canonico-democratico (diritti degli Stati dell'America Latina, della Svizzera e della Russia).

B. Criterio della fonte del diritto (H. Lévy-Ullman, M. Sarfatti)

a) Classificazione di H. Lévy-Ullman:

1) Famiglia dei diritti continentali;

2) Famiglia dei diritti dei paesi di lingua inglese;

3) Famiglia dei diritti dell'Islam.

b) Classificazione di M. Sarfatti:

1) Sistema di diritto codificato:

a) Codificazione di tipo romana (Francia, Italia, Spagna, Portogallo,

Olanda, Egitto, Belgio, ecc.);

b) Codificazione di tipo tedesca (Austria, Germania e Svizzera);

c) Codificazioni di tipo mista (Brasile);

d) Codificazioni dei paesi orientali di civiltà moderna (Giappone e

Cina);

2) Sistema di diritto non codificato (Gran Bretagna, USA, le colonie

britanniche).

C. Criterio delle aree giuridiche (R. David)

1) Sistema romano-germanico (diritti dell'Europa continentale);

2) Sistema socialista (diritti dell'URSS e dei paesi satelliti);

3) Sistema del common law (Gran Bretagna e le sue colonie, USA);

4) Sistema dei diritti religiosi e tradizionali: diritti dello estremo oriente

(Cina e Giappone), dei paesi musulmani, dell'India, dell'Africa nera e

del Madagascar.

D. Criterio degli stili (Zweigert-Kötz)

1) Il modello romano;

4

- 2) Il modello tedesco;
- 3) Il modello anglossassone;
- 4) Il modello nordico;
- 5) Il modello socialista;
- 6) Il modello musulmano;
- 7) Il modello dello Estremo Oriente;
- 8) Il modello indù.

E. Criterio culturale e ideologico (J. Castán Tobeñas, H. Eichler, J. M. Castán Vázquez)

1) Sistema del modello della cultura occidentale:

a) Sistema di diritti di tipo storico, ai quali sono ancora applicabili il diritto romano (San Marino) o il diritto canonico (la Chiesa Cattolica);

b) Sistema di discendenza romano-cristiana:

b') Diritti di tipo latino:

1. Sistema francese;

2. Sistema italiano;

3. Sistema di discendenza iberica:

3') Diritto spagnolo;

3'') Diritto portoghese;

3''') Diritti iberoamericani;

3''''') Diritti sotto l'influenza del common law (Porto Rico e Filippine);

b'') Diritti di tipo tedesco (Germania, Austria e Svizzera);

b''') Diritti di radice bizantino-romana incrociate con la codificazione tedesca (Grecia);

c) Sistema di diritti che non hanno subito l'influenza del diritto romano:

c') Sistemi scandinavi;

c'') Sistemi di discendenza anglossassone (Gran Bretagna e USA).

d) Sistemi dove confluiscono l'esperienza del Diritto di discendenza romana e quel di discendenza anglossassone (Scozia, Louisiana, Quebec, Sud Africa);

2) Sistemi sviluppati al margine della cultura occidentale:

a) Sistema sovietico;

b) Sistema musulmano;

c) Sistemi orientali:

c') Diritto indù;

c'') Diritto giapponese;

c''') Diritto cinese;

3) Sistema del modello islamico;

4) Sistema del modello orientale (i diritti della Cina, del Giappone e dell'India).

II. Sistemi giuridici comparati e sottosistema giuridico latinoamericano

1. La configurazione i un blocco romano-iberico#precolombiano/indigeno (J. Castán Tobeñas, H. Valladão, P.

5

Catalano, H. Steger, S. Schipani, C. Moreira Alves, A. Guzmán Brito, F. Hinestrosa).

2. Elementi di unità e resistenza del Sistema giuridico latinoamericano.

a) L'antindividualismo.

b) Il democratismo sociale.

c) L'universalismo

Nesse seguimento, a ideia de ter um direito comparado como ciência nasce no início do século passado. Era o período da *belle époque*, tempo em que o mundo vinha bem, pacífico, todos os povos eram amigos.

O primeiro congresso internacional de direito comparado aconteceu em Paris, no ano de 1900, surgindo como uma ciência prática, defendendo um direito mundial através de um aperfeiçoamento comum. Surgiu o esperanto. Algumas décadas antes Darwin criara a teoria da evolução, e os mais entusiasmados faziam uma conexão com o direito, que também era uma evolução, e as ciências não eram separadas umas das outras.

Contudo, os críticos citavam o grande concorrente de Darwin, o biólogo Lamarck, que acreditava nas leis do uso e desuso dos órgãos utilizados e da transmissão dos caracteres hereditários, surgindo, assim, a ideia de que o direito unificado em todo o mundo era uma utopia. Um pouco depois, a primeira guerra mundial testemunhou a utopia.

Devaneios a parte, a verdade é que na América Latina, após a independência respectivamente das coroas espanhola e portuguesa, destaca-se o trabalho dos Padres fundadores do Direito Latino americano, quais sejam, Andres Bello (1781-1865), Dalamacio Velez Sarsfield (1800-1875) e Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883), cujas obras legislativas podem ser consideradas verdadeiros trabalhos de comparação jurídica entre o direito europeu e o direito então operado na América Latina.

Nessa perspectiva, coube ao Brasil a honra de ser o primeiro país Latino Americano a instituir uma cátedra de legislação comparada, no caso sobre o direito privado, destacando-se as pessoas de João Pereira Monteiro e Clóvis Bevilacqua, que podem ser considerados como precursores do direito comparado na América Latina, tomando como parâmetro os diferentes grupos de legislação e a maior ou menor assimilação do Direito Romano.

Hodiernamente, num mundo globalizado e informatizado, o direito comparado, superando a discussão de ser ou não uma disciplina autônoma, ocupa-se da integração entre sistemas jurídicos, sistemas e ordenamentos jurídicos e entre ordenamentos jurídicos diversos, bem como da interação da circulação de modelos ou de recepção de direitos.

Nesse sentido, pode se dizer que existe um direito comparado descritivo, que estuda vários ordenamentos por intermédio de um método comparativo, assim como um direito comparado aplicado, direcionado a um fim específico.

Usando a ferramenta analítica, podem-se comparar conceitos e definições comuns nos diversos sistemas jurídicos, visando a soluções compartilhadas ou transplantes de um sistema a outro.

Nessa toada, para as formações dos arcaibouços jurídicos das nações civilizadas, sempre se utilizou, de certa forma, da circulação dos modelos e direito comparado, dentro ou não do mesmo sistema ou subsistema jurídico.

O Código Civil francês, por exemplo, foi copiado em boa parte na Europa, América do Sul, Egito, vários países da África e Oriente. O Japão importou o Código Civil Alemão. A Turquia o Código Civil Suíço. O próprio Código Civil Italiano de 1865 inspirou-se boa parte no Código Francês. O Código Penal Brasileiro é quase cópia fiel do Códici Penale Italiano de Rocco. Aliás, a Itália contribuiu muito para o pensamento jurídico, eis que o direito romano foi a área que mais marcou a cultura jurídica ocidental, pois, tanto os conceitos jurídicos como os métodos de argumentação hoje

utilizados, tem como origem o direito romano, sendo certo que o corpo jurídico Romano constituiu-se em um dos mais importantes sistemas jurídicos criados desde sempre, entusiasmando diversas culturas em tempos diferentes (exemplo recente é o novel Código Civil Argentino, no qual o Direito Romano exerceu grande influência).

A colonização também é uma das razões para a circulação dos modelos jurídicos, como por exemplo, o Reino Unido, porquanto os países colonizados pela Inglaterra sustentam a mesma identidade linguística, como também o modelo da *common law*, embora com certas adaptações e uma evolução nem sempre igual, como os Estados Unidos (excepciona-se a Lousiana), Canadá, Austrália, Nova Zelândia etc.

Outro fator fomentador da circulação jurídica foi a expansão militar. Napoleão, cômico da importância de seus Códigos, notadamente o Civil, acabou implantando-o nas terras conquistadas, como na Bélgica, Luxemburgo, Holanda, boa parte da Itália, Alemanha ocidental e Suíça ocidental.

Observe-se que sua atuação não foi limitada a conquistar países, tendo atuado veementemente no campo legislativo, aliás, na solidão de seu exílio na Ilha de Santa Helena, já moribundo e mergulhado na depressão do abandono, vendo a morte se avizinhar, o Grande General exclamou: “Minha verdadeira glória não foi ganhar quarenta batalhas. Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias. Mas o que nada apagará, o que viverá eternamente, é o meu Código Civil” (tradução nossa).¹

Sim, era dessa forma que Napoleão, orgulhosamente, chamava a legislação que idealizou, alinhavou, defendeu e partejou, com a mesma inspiração de suas estratégias de guerra, tendo ele mais orgulho de sua obra

¹ Texto original: “Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires; ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil”.

legislativa do que seus próprios méritos militares e sua obra política e administrativa.

Estadista por excelência e vocação, Napoleão vislumbrou que a instabilidade dos regimes jurídicos vigentes no território Francês enfraquecia o próprio Estado que já sonhava modificar, com as características de sua singular personalidade.

Dividida estava a França entre o país do direito costumeiro, ao norte, em que cada Província se regia por costume próprio, e o do direito escrito, ao sul, onde predominava o direito romano.

Nesse passo, foi justamente Napoleão Bonaparte que logrou conquistar aquilo que ninguém até então conseguira, qual seja a aprovação de um Código para vigorar em toda França, realizando definitivamente a unificação do Direito Francês.

O *codex*, justamente pelo fenômeno da circulação, foi adotado por diversos países, como Québec e no Estado da Lousiana, nos EUA e no México; na América do sul: Brasil (por influência de Clóvis Bevilacqua e Teixeira de Freitas), Paraguai, Peru, Venezuela, Bolívia, Argentina (obra de Vélez Sarfield), Chile (codificado por André Belo em 1854), o primeiro que consagrou a igualdade entre nacionais e estrangeiros, em sintonia com o art. 11 do Código Napoleônico, recebendo o título de “o codificador dos Andes”; na Europa foi adotado como direito positivo na Bélgica, foi absorvido pelo legislador italiano, como base do Código Civil de 1865, contemporâneo da Unificação Política da Itália, etc.

Interessante, para não dizer fascinante, foi a perfeita e até então improvável mistura de um soldado com um jurista, tendo os estudiosos de direito se encantado e se curvado à inteligência do grande General, ao ponto de sustentarem que todo o trabalho hermenêutico se devesse limitar à explicação dos textos, como asseverava o positivista Charles Demolombe: “*les textes avant tout*”. Joseph Bugnet, da escola de exegese, chegou a

propugnar que não conhecia o Direito Civil, já que se limitava a “ensinar o Código de Napoleão”.

Entretanto, Napoleão influenciou outros ramos do direito, inclusive o penal militar, sendo dele a célebre frase “o direito militar é o direito comum com gorro de quartel”, tendo consolidado as relações entre o poder militar e civil, princípios esses encetados pela revolução francesa.

O Imperador sempre respeitou o direito internacional e as leis militares vigorantes na época, por exemplo, antes de empreender a campanha de Austerlitz, amparou-se no Direito Internacional público para advertir Viena, que reunia tropas nas proximidades da Baviera: “Um armamento não motivado, nas fronteiras do vizinho, equivale a uma declaração de guerra, e que não resta a menor dúvida de que a Áustria hoje se arma”.

Outro exemplo ocorreu no conflito com a Inglaterra, em que Napoleão refletiu sobre o direito das gentes em terra e no mar, aprofundando a questão da neutralidade, muito antes da Convenção de Genebra sobre combate no mar.

Naquela época, não havia normas de direito humanitário consolidadas, apenas alguns eventos históricos sem força vinculativa, como o tratado referente à solução de conflitos, que ocorreu em 1648, acabando com a guerra religiosa na Europa, conhecido como paz de Westphalia, pondo fim a 30 anos de conflito envolvendo o Sacro Império, a chamada guerra dos trinta anos.

Demais disso, intensificou o rigor da disciplina e hierarquia militar, sabedor que era do motivo da derrocada do até então intransponível exército do império romano, qual seja, o recrutamento de soldados germanos, por Diocleciano, para ajudar a conter as invasões bárbaras, sendo que a dificuldade de impor a conhecida disciplina e hierarquia dos romanos aos novos guerreiros culminou no afrouxamento das rígidas regras, acarretando a desintegração do já enfraquecido império.

Aliás, Frederico, o Grande, já em 1752, também se inspirou na decadência militar romana, ao defender os rígidos princípios da hierarquia e disciplina, proclamada esta a alma das forças armadas, ao formular a emblemática frase: “*Cetre discipline fait l'âme des armées, tant qu'elle est em vigueur, elle soutiens les empires*”.

Revindo a Roma e a Declaração de guerra, tem-se que os romanos emprestavam uma conotação contratual. Nessa esteira, o Professor Ricardo Cardilli, (fonte verbal), ao falar sobre o tema *oportere speciale*, exemplificou com a seguinte hipótese:

Se algum povo furtasse animais ou outros bens, ou causasse danos, dentro do Império Romano, eram intimados a restituírem no prazo de 30 dias, sendo colocados em obrigação a partir da intimação. Se ficassem inadimplentes com a obrigação, Roma poderia declarar a guerra justa, que deveria ser autorizada pelo Senado.

O conceito de guerra justa foi aproveitado por Agostinho de Hipona, inspirado em Cícero, que a defendeu nas conspirações de Catallina, como sabido, tentativas de derrubar o Império Romano. No caso de Agostinho, foi usada para a justificativa das cruzadas.

Entretanto, foi Hugo Grócio, na obra *Jure Belli ac Pacis*, “sobre os direitos de guerra e paz” (1625), que amplificou o desenvolvimento do conceito.

Nessa sequência, a doutrina da guerra lícita compunha o chamado *jus ad bellum*, ou direito à guerra que, hoje, praticamente desapareceu, com a proibição do recurso à Força pela Carta das Nações Unidas, que vetou a solução dos conflitos pelo uso da força, salvo algumas exceções (ameaça para a paz, guerra de libertação nacional e guerra defensiva), tendo sido o crime de agressão, previsto no TPI e definido na emenda Kampala, em 2010, criado para punir líderes estatais que iniciam ataques sem justificativa.

A proibição pelo Direito Internacional da ameaça ou o uso da força (*ius Logus*) é hoje considerada uma supernorma, numa forma de constitucionalização do direito internacional.

Os internacionalistas consideram a celebração da primeira convenção de Genebra, no ano de 1864, como o nascimento do Direito Internacional Humanitário.

Henry Dunant foi um dos idealizadores da convenção. Anos antes, Dunant, ao viajar pelo norte da Itália, observou que os soldados feridos na Batalha de Solferino, como de sabença, conflito ocorrido em 1859 entre a Áustria e França, eram deixados nas estradas à espera da morte, sem receber nenhuma ajuda humanitária. Penitenciado, Dunant criou a Cruz Vermelha, cuja razão do símbolo é a bandeira de sua pátria, Suíça, com as cores invertidas.

Posteriormente os países não católicos, porém, também membros do movimento internacional, adotaram o símbolo do Crescente Vermelho.

Quanto à atividade militar organizada, embora não se possa precisar, indene de dúvidas, quanto ao seu surgimento, é na Grécia que encontramos o primeiro emprego da ordem unida em combate.

Platão, em “A República”, propugnou os militares como uma categoria especial de cidadãos e, como tal, mereciam regulamentação própria, com regras especiais.

Entretanto, é em Roma antiga que o direito penal militar ganha sistematização, primeiro com normas costumeiras e depois com o digesto *re militari* (coisas militares).

Desde aquela época, ombreavam a Justiça Militar Romana e a eficiência do Exército, eis que para manter a fantástica máquina de guerra romana em pleno funcionamento, eram necessárias rígidas regras de hierarquia e disciplina que, conforme exposto alhures, quando suavizadas, caiu o império.

É verdade que muitas penas, na época, eram exageradas, como a *decimatio* (que originou a palavra dizimar), eis que na ocorrência de um delito de guerra punido com a pena de morte, por parte de grupo, unidade ou legião, os oficiais eram decapitados, e, entre os soldados, era feito um sorteio de um entre dez (*decimatio*), e ao sorteado era aplicada a pena de fustigação.

Noutra senda, como sabido de todos, o Brasil colônia foi regido pelas ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1514) e Filipinas (1603). Somente em 1808, após o bloqueio continental imposto por Napoleão, ocasionando a vinda da família Real de Portugal para o Brasil, foi criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça, tendo como parâmetro o Conselho de Guerra, de 1640, este regulado pelo Regimento de 22/12/1643 – Resolução e Ordens Régias do Conselho de Guerra de Lisboa – e que funcionava também como Tribunal de Apelação para crimes militares praticados em Portugal.

O Conselho Supremo Militar e de Justiça acumulava as funções administrativas e judiciárias, salientando-se que na época continuavam em vigor as ordenações do Rei Filipe e, na área militar, o famoso Regulamento do Conde Lippe. Deste Regulamento restaram os artigos de guerra, que vigoraram até 1910, quando o Marechal Hermes da Fonseca finalmente os revogou, sendo que as penas corporais foram abolidas antes, no Exército pela lei 2556, de 1874, e na Armada pelo Decreto nº 3, de 16 de novembro de 1889, embora, na prática, tenha permanecido a pena de chibatada, abolida de vez com a Revolta da Chibata, como sabido, movimento de 1910.

Os artigos de Guerra do Conde Lipe foram inspirados nos artigos de guerra da Alemanha que, por sua vez, inspirou-se nos artigos de guerra da Inglaterra. Suas penas infames e cruéis, que felizmente foram abolidas, consistiam em arcabuzamento, expulsão com infâmia, morte, pancadas de espada, pranchadas, e demais sórdidas e abomináveis penas.

Roma transplantou para o Brasil o conceito de crime propriamente militar, baseado na circunstância de só poder ser praticado por militar. Esse

modelo foi prestigiado pelo legislador brasileiro, por incrível que pareça, em perfeita sintonia com a “res militari” romana: “Os delitos ou os fatos dos militares são ou próprios deles, ou comuns com os demais; pelo que também sua perseguição é ou própria ou comum. É delito próprio militar o que alguém comete como militar” (tradução nossa).²

No que atine às definições específicas, ao longo dos tempos, vários critérios foram usados para conceituar o que seria crime militar, a saber: *Ratione personae*, *ratione locci*, *ratione materiae*, *ratione temporis* e *ratione legis*, sendo que todos esses critérios foram adotados pelo legislador castrense brasileiro, nos artigos 9º e 10, do Código Penal Militar. Vejamos: *ratione personae* (art. 9º, inciso II, “a”); *rationi locci* (art. 9º, inciso I, “b”, inciso II “b”); *ratione temporis* (art. 10).

142

Sobreleva notar que todos os critérios susoditos derivam do critério *ratione legis*, subsumido no art. 124 da Constituição da República, que preconiza competir à Justiça militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

O critério *ratione legis* foi também adotado na Alemanha e na Itália, como ensina Romeiro (1994, p.66):

Dispõe o § 2º, 1, do CPM de 1957, alterado em 1974, da ex-República Federal da Alemanha (WstG): crime militar é toda ação que a segunda parte desta lei sanciona com uma pena (*ist eine militärische straftat eine handlung, die der Zweite Teil Dieses Gesetzes mikt Strafe bedraht*); e o art. 37 do Codice Penale Militare di Pace italiano de 1941: Qualquer violação da lei penal militar é crime militar (*qualunque violazione della legge penale militare é reato militare*).

Insta esclarecer que o presente trabalho não pretende exaurir todas as similitudes do Estatuto Repressivo castrense brasileiro com a Lei Penal Militar italiana. Entretanto, justamente pela circulação dos modelos jurídicos

² Texto original: “Militum delicta sive admissa aut própria sunt aut cum ceteris communia; unde et persecutio aut própria., aut communisest. Proprium militare est delictum, quod quis uti miles admittit”.

e transplantes legislativos, o legislador pátrio se inspirou em diversos artigos do Código Militar da Itália, como por exemplo, a discriminante do Comandante do navio, prevista no art. 42 do CPM, semelhante aos chamados “*casi particolari di necessità militari*”, preconizado no art. 44 daquela Lei alienígena.

Na realidade, em sendo o Brasil oriundo de um subsistema que, por sua vez, deriva do sistema romano, a influência romana é percebida em solar clarividência nas leis militares brasileiras, como por exemplo, o crime de deserção. Naquela época, era considerado desertor quem era conduzido ao acampamento, após muito tempo vagando antes de ser capturado, diferentemente do emansor, que regressava de forma voluntária ao acampamento.

Dessa forma, o Código Penal Militar brasileiro, malgrado não fazer diferença entre desertor e emansor, de certa forma tratou deste último no art. 189, I, do CPM, rubricado marginalmente como atenuante especial (embora tecnicamente o correto seria chamar de causa especial de diminuição de pena).

A influência italiana também se fez presente no direito penal comum, não sendo exagero dizer que a Itália foi a pátria e o berço do direito penal.

Com efeito, segundo Antolisei (1952/17), depois dos glossários, com o surgimento dos práticos, também conhecidos como comentadores, como Bartolo di Sassoferrato e Alberto da Gandino, este último idealizador do tratado de malefícios, teria surgido a lei penal italiana organizada, sendo o “malefícios” o primeiro tratado penal de que se tem notícias.

Os romanos influenciaram sobremaneira a legislação continental, tanto que, no ano de 1532, o Imperador Carlos V instituiu a Constituto Criminalis Carolina, o primeiro código criminal unitário e de longa duração, tendo vigorado em todo o Santo Império Romano da Nação Alemã.

A referência à Constituto Criminalis tem relevância, eis que anos antes, no Império Germânico, foi o coletivo de 28 juízes da Alsácia, integrantes do Sacro-Romano-Germânico Império, que condenou Peter Von Hargenbach, tendo sido para muitos o primeiro Tribunal Penal Internacional *ad hoc*, no caso, visando a uma responsabilidade individual.

Tal fato ocorreu em 1474, na cidade de Breisach. O condenado havia sido anteriormente nomeado Governador da referida cidade, pelo Duque Charles de Borgonha, conhecido como Charles le Hardi ou le Téméraire (o audaz ou temerário), aproveitando-se de tal posto para encetar um reino de terror. Numa batalha contra um exército de coalizão, formado por tropas do Alto Reno, Áustria e França, o Duque de Borgonha foi derrotado e Peter Von Hagenbach preso e julgado por ordem do Arquiduque da Áustria, oportunidade em que se criou um Tribunal com juízes alemães, suíços e austríacos.

Hagenbach, nada obstante argumentar que apenas cumpria as ordens de seu superior, o Duque de Borgonha, foi condenado à pena capital em razão da violação de “leis Divinas e Humanas”, por ter autorizado seus soldados a cometerem estupros, homicídios a população civil e pilhagem durante a ocupação militar, bem como dispensado tratamento desumano e cruel aos habitantes do reino, devendo ser ressaltada a argumentação de obediência hierárquica e possível estudo de caso acerca da responsabilidade de comando.

Entretanto, observe-se que o Tribunal criado não foi propriamente um Tribunal Internacional, e sim uma Confederação de julgadores, todos pertencentes ao Sacro Império, e não juízes oriundos de países diversos, elidindo, pois, uma das características de uma verdadeira Corte Internacional, além de não ter fomentado a criação de um Tribunal permanente, ideia que só foi amplificada no século XIX, com a Convenção de Genebra e as Declarações de São Petesburgo e Bruxelas e, no encadeamento de um Tribunal *ad hoc*, somente após a 1ª guerra mundial, com a tentativa do

Tribunal de Leipzig e, mais adiante, com os conhecidos Tribunais de Nuremberg, do extremo Oriente, para a ex-Iugoslavia e o de Rwanda.

Assim, conquanto a indigitada Corte Confederada tenha sido para muitos o primeiro Tribunal Internacional, majoritariamente considera-se que, na verdade, o fenômeno da pirataria marítima e a necessidade de combatê-la é a verdadeira origem do Direito Internacional Penal, eis que os piratas eram considerados inimigos da espécie humana, pois limitavam a liberdade dos mares. Foi com esse fundamento que, no século XVII, foi inaugurado o princípio da extraterritorialidade, tendo sido reconhecido a qualquer Estado o direito de julgar piratas, mesmo que originários de outros países.

Na temática do concurso de pessoas, a equiparação dos concorrentes ganhou sistematização nos julgados italianos da idade média, com separação entre *mandatum* (quem ordenava a outro a prática de um crime), *consilium* (mentor intelectual) e *auxilium* (apoio físico), critérios que futuramente deram supedâneo a delimitação do conceito extensivo de autoria.

Nesse sentido, Mommsen, *apud* Alflen (2014, p. 22), elucida com propriedade que, entre os romanos, a realização conjunta de um fato em coautoria era designado de *socii* e se existisse um chefe este era chamado de *princeps sceleris* ou *principi delicti*. A participação de só menos importância era denominada de *consciis* (cossabedor), sendo que o sujeito que influenciasse decisivamente outras pessoas era o *auctor*. Finalmente, o mero auxiliador, que não praticasse ato de execução, e sim atividade espiritual de incitação, era o *minister*.

Alguns autores, como Costa e Silva e Hungria, defendiam que o Código Norueguês de 1902 teria sido a fonte inspiradora do CPB de 1940, em relação à equiparação de concorrentes.

Entretanto, Nilo (2015, p. 21) leciona que o art. 59 do CP norueguês prevê formas de cumplicidade que permitem a redução da pena aquém do mínimo legal, ou até a sua não aplicação. Acrescenta o festejado autor que

inequivocamente o precedente legislativo é o Código Italiano de 1930, especificamente os arts. 110 e seguintes, a saber: “*Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti*”.

No tema de concurso de pessoas, a Alemanha muito contribuiu, destacando-se a teoria do domínio do fato, para muitos vislumbrada por Lobe, desenvolvida por Welzel e aperfeiçoada por Roxin, dispensando-se comentários acerca de sua recorrente aplicação nos Tribunais do Brasil, sobretudo nos crimes contra a administração pública, sendo que foi Ed. Schimit, em 1936, quem tentou desenvolver o conceito extensivo de autor por intermédio da ideia do domínio do fato (Alflen, 2014, p. 86), correlacionada a um dever.

146

A importância da referência a Ed. Schimit é que a orientação intencional caracterizadora do domínio do fato era o pressuposto de um dever militar específico, ou seja, a ideia inicial do domínio do fato ficava adstrita aos crimes militares ou praticados por militares.

Deve ser ressaltado que, se fosse requintada a ideia embrionária do dever militar como pressuposto do domínio final, estaria resolvida a dificuldade em se adotar a teoria, por exemplo, na responsabilidade de comando, porquanto é sabido que a doutrina quase unânime considera impossível a punibilidade pelo domínio do fato nos crimes omissivos próprios, neste caso, devendo o critério ser abandonado em favor da preponderância da violação do dever propriamente dito, aliás, como o próprio Roxin lembra (Batista, 2005, p. 85), é impossível falar-se em domínio do fato diante da estrutura dos delitos omissivos.

No sviluppo da teoria e como demonstração da importância da circulação dos modelos jurídicos, cita-se o caso Fujimori e a pesquisa de Elena Maculan (2011, p. 3), forte no sentido de que “*La Sentenza a carico di Fujimori, pertanto, `e qui esaminata come paradigma dell`interessantissimo*

fenômeno di interazione tra categorie e principi differenti e tra giuridici diversi”.

Destarte, no julgamento de Fujimori por crimes humanitários, a Corte Peruana, em vez de aplicar a *joint criminal enterprisi* ou a *command responsibility*, optou por aplicar o próprio art. 23 do Código Penal Peruano, numa interpretação extensiva e aplicando o domínio do fato, conforme leciona a referida autora Italiana (*op. cit.*, p. 17):

La disposizione è stata interpretata in modo estensivo, sulla base della teoria elaborata dall'insigne penalista tedesco Roxin nel 1963(69). Tale teoria, com'è noto, costituisce uno sviluppo ulteriore della figura di autore mediato che già da tempo la dottrina tedesca riconosceva, ma che, fino ad allora, copriva soltanto quelle ipotesi in cui l'esecutore materiale del reato non era punibile perché aveva agito in una situazione di totale soggezione rispetto all'autore —occulto). Accanto a queste ipotesi classiche di autore mediato, Roxin ne individuò appunto una terza, applicabile a casi in cui l'esecutore materiale è punibile - poiché ha agito con consapevolezza e volontà e in una situazione di piena imputabilità —(71), ma in cui pare opportuno sanzionare come autore anche chi, lavorando —dietro le quinte, ha pianificato ed ordinato il reato, mantenendo su di esso un controllo costante. L'elemento in base al quale attribuire la responsabilità a questa figura che rimane —dietro la scrivania (Schreibtischtäter) consiste, nella proposta roxiniana, nel dominio che costui esercita su un apparato di potere, all'interno del quale opera anche l'esecutore materiale, quale semplice ingranaggio fungibile di un macchinario ben più ampio e complesso(72). Lo scarso potere fattuale di controllo sul reato — che decresce man mano che si risale la gerarchia — viene insomma compensato, o meglio corretto per via normativa, con la maggior responsabilità attribuita a chi occupa le posizioni di vertice dell'organizzazione, che gode di un maggior dominio funzionale del fatto.

147

Outro tema interessante, que se originou na *common law* e se transportou para o direito continental, é a teoria da cegueira deliberada, invocada pela primeira vez na Inglaterra, em 1861, no famoso caso Regina *versus* Sleep.

A chamada Wiful Blindness tem como argumentação, em síntese, que o agente não pode alegar o desconhecimento de que o crime está sendo praticado, podendo e devendo conhecê-lo, agindo como uma avestruz e

escondendo a cabeça, daí também ser conhecida como Ostrich Instruction ou Conscious Avoidance (evitação da consciência).

Posteriormente, a teoria foi requintada na jurisprudência estadunidense e também aplicada no sistema romano-germânico, com alguma resistência, principalmente nos países de base finalística, eis que pode ser comparada ao dolo eventual, devendo, pois, ser analisada caso a caso e não de forma sistemática.

Na temática responsabilidade de comando, é axiomático que a circulação de modelos jurídicos permitirá a pesquisa da tipicidade objetiva e subjetiva (e a tensão dialética em relação ao art. 28 do Estatuto de Roma), e possíveis confluências com a ideia inaugural do domínio do fato baseada num dever militar, e a teoria da avestruz, aperfeiçoando e fomentando o Direito Internacional Humanitário, cujo desenvolvimento comentar-se-á em linhas seguintes:

A circulação dos modelos jurídicos, após uma análise comparativa, visando uma harmonização, tem como exemplo emblemático a criação do Tribunal Penal Internacional.

Sabe-se que o grande problema da repressão a crimes contra a pessoa humana em sede de Direito Internacional, sempre foi a falta de sanções efetivas que pudessem punir os seus responsáveis, levando von Jhering, por exemplo, a asseverar que norma sem sanção é como fogo que não queima. É igualmente certo que em situações extremas foram criados Tribunais *ad hoc* para evitar a impunidade, sobretudo nos casos de crimes de guerra, como por exemplo, os outrora comentados Tribunal de Nuremberg e os Tribunais criados para julgar os crimes de guerra cometidos na ex-Iugoslávia e em Rwanda. Entretanto, sabemos que tais Tribunais não deixavam de ser de exceção e maculavam um dos princípios inalienáveis, que é o *post factum* impunível.

Destarte, o TPI fora resultado de lenta evolução que vem passando a internacionalização dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais, que reclamava uma resposta punitiva internacional, sistematizada, com vistas a superar regras de imunidade dos agentes estatais e de aplicação de pena, por intermédio de mecanismos supranacionais independentes, desvinculados dos mecanismos internos de cada Estado. Daí o preâmbulo do Estatuto de Roma na sua versão original em espanhol:

Conscientes de que todos los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común y observando con preocupación que este delicado mosaico puede romperse en cualquier momento, Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, Reafirmando los Propósitos y Principios de la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, que los Estados se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas, Destacando, en este contexto, que nada de lo dispuesto en el presente Estatuto deberá entenderse en el sentido de que autorice a un Estado#parte a intervenir en una situación de conflicto armado en los asuntos internos de otro Estado. Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones presentes y futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, Destacando que la Corte Penal Internacional establecida en virtud del presente Estatuto será complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, Decididos a garantizar que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica en forma duradela.

Aqui não se pode perder de vista que desde o ponto inicial está fixada a razão de ser da Corte Penal Internacional, não apenas nos prolegômenos do texto, mas em seu articulado.

Assim, já o art. 1º declara:

Se instituye por el presente una Corte Penal Internacional (“la corte”). La Corte será una institución permanente, estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales. La competencia y el funcionamiento de la Corte se regirán por las disposiciones del presente Estatuto.

Nada obstante alguns países, entre eles, os EUA, tenham se recusado a avalizar o Tribunal, com o argumento principal de que ele poderia se tornar um instrumento para perseguições políticas, a verdade é que o TPI circunscreve-se num importante passo adiante para os direitos humanos e direito humanitário.

No mesmo sentido são as palavras de Paul Tavernier:

Durante más de 45 años, dicha comunidad, representada por la ONU, se ha esforzado por sacar enseñanzas de Nuremberg para establecer una jurisdicción penal internacional permanente, elaborando un código penal internacional. Pero estos esfuerzos fueron vanos y los debates de la comisión de derecho internacional, encargada de redactar un código de los crímenes contra lapaz y la seguridad internacionales de la humaidad, así como el estatuto de el tribunal penal internacional, llegaron a un punto muerto, del cual costó muchísimo salir, para gran desesperación de los juristas y de algunos idelalistas.

A circulação dos modelos jurídicos e o direito comparado, portanto, viabilizaram uma justiça internacional permanente e funcionalmente dotada de relativa independência da vontade dos Estados, efetivamente assegurando a defesa da humanidade.

O mesmo raciocínio é esposado por Jonathan Charney, *apud* George Galindo:

O argumento principal de Charney é que, embora muitos afirmem que a multiplicação de tribunais pode ser prejudicial para o Direito Internacional, ela pode contribuir para a expansão e aplicação do Direito Internacional. Os Tribunais podem proporcionar oportunidade para desenvolver o direito, sem diminuir a sua legitimidade.

Tanto na arte, com Aristófanes (411 a.c) e sua “greve do sexo”, em que a Ateniense Lisístrata convoca todas as mulheres da Grécia a deflagrarem uma greve sexual, visando terminar com a guerra do Penépoleso, como na vida real, foram realizadas tentativas para evitar o conflito armado, ou pelo menos mitigar as suas consequências.

Além da susodita Paz de Westfália, citamos a criação da Corte Internacional de Justiça, criação da Cruz Vermelha, Convenções de Genebra, Liga das Nações, sucedida pelo Pacto Kellogg-Briand e a Carta das Nações Unidas, como tentativas da humanidade para a defesa dos direitos da pessoa humana, tanto a nível individual como coletivo.

Entretanto, ainda existia uma lacuna, porquanto faltava criar uma instituição internacional apta a julgar crimes internacionais previamente tipificados num Estatuto, vazio este agora preenchido com a criação do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, instrumento de prevenção e punição, que, aliás, acabou de fazer 20 anos de existência, tendo sido adotado em 17 de julho de 1998.

Como cediço, o Brasil, além de subscrever o Pacto, consolidou, pela Emenda Constitucional 45/2004, que os direitos garantidos na CR não excluem outros adotados em tratados em que o Brasil faça parte; que os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados em dois turnos em cada casa do Congresso, por três quintos, serão equivalentes às emendas Constitucionais e que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a que tenha aderido (inteligência do art. 5º, LXXVIII, §§ 2º, 3º e 4º).

Nessa esteira, foi a contribuição da legislação dos Estados signatários do pacto Internacional que oportunizou a criação do Estatuto de Roma, inclusive com renúncia de certos estados membros de princípios inerentes aos seus respectivos sistemas jurídicos, como por exemplo, os países oriundos da Common Law abriram mão da pena de morte, enquanto os de origem romano germânica aceitaram a extradição e a imprescritibilidade de certos crimes, ou seja, foi justamente a amálgama de legislações oriundas de sistemas jurídicos diversos que proporcionou a criação de importante mecanismo de proteção humanitária.

Outro exemplo irrefutável de circulação de modelos jurídicos entre sistemas e subsistemas diferentes é a criação do Mandado Mercosul de Captura e Procedimentos de Entrega entre Estados Partes do Mercosul e Associados (MMC), que teve como inspiração o European Arrest Warrant (EAW), Mandado Europeu de Captura.

152

3 CONCLUSÃO

O presente trabalho, que se ora encerra, teve como alvo contribuir para a reflexão sobre o direito comparado, a circulação dos modelos jurídicos e os transplantes legislativos, sendo que a análise histórica se fez necessária para o melhor entendimento da evolução dos referidos institutos e a contribuição para o estudo do direito penal militar e, em virtude da relação estreita deste com o Direito Internacional Humanitário, demonstrando-se que os institutos aqui tratados foram fundamentais para a elaboração e desenvolvimento dos referidos ramos do direito.

Nessa perspectiva, foram apresentados, resumidamente, os sistemas jurídicos e os seus respectivos subsistemas e ordenamentos, tendo sido esclarecido que não se deve confundir sistema e ordenamento, porquanto este

deriva daquele, numa relação criatura e criador, vale dizer, o sistema forma um ou mais subsistemas que, em sequência, criam vários ordenamentos.

No campo do direito comparado, descreveu-se o início desse instituto na América Latina, com destaque para a atuação de vanguarda do Brasil, que foi o primeiro país do referido subsistema romanístico a instituir uma cátedra de legislação comparada.

Prosseguindo, comentou-se sobre a influência de Napoleão Bonaparte na guerra e no direito, bem como as legislações que se inspiraram nos seus códigos, incluindo o direito disciplinar militar.

Urge esclarecer que se quebrou um pouco a ordem cronológica, para rever a Roma e discorrer sobre as declarações de guerra e a sistematização do Direito Militar, com o *Digesto re militari*.

Nessa vereda, foi constatado que Roma transplantou para o Brasil o conceito de crime propriamente militar, até hoje considerado como um injusto típico que só pode ser praticado por militar.

Quanto às definições específicas, confirmou-se que ao longo dos tempos, vários critérios foram usados para a conceituação de crime militar, e que os artigos 9º e 10º do CPM compilaram todos os critérios, além do *Ratione Legis*, subsumido no art. 124 da Constituição da República, citando-se algumas similitudes entre o Direito Penal Militar doméstico e outras legislações alienígenas, que, embora pertencentes a outros subsistemas jurídicos, derivam de um sistema comum, qual seja, o Romanístico, confirmando-se a diferença entre sistema, subsistema e ordenamento.

Finalmente, defendeu-se que não existem fronteiras para as relações do mundo jurídico, não se aceitando mais a ideia anacrônica do fenômeno Lei tendo como base um estado soberano. O avanço tecnológico e econômico oportunizou um robusto intercâmbio cultural e jurídico, com os diversos sistemas jurídicos exercendo influência além dos limites territoriais de cada nação, fazendo nascer uma nova formatação legislativa.

Tal fenômeno, denominado “circulação de modelos jurídicos”, contribuiu para suprir uma lacuna na legislação internacional, com a criação do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, importante ordenamento de proteção da pessoa humana, no qual os Estados, não numa relação de subordinação (cidadão se subordinando às Leis do seu Estado), mas numa relação de cooperação e coordenação (cada Estado cooperando e somando com seu modelo jurídico), fizeram um Estatuto moderno e eficaz para as garantias dos direitos fundamentais da humanidade.

REFERÊNCIAS

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Teoria do Domínio do Fato*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; ARAÚJO, Nádia (coord). *O Direito Internacional dos Refugiados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale – parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffré Editore, 1952.

ARAS, Vladimir. As duas espécies de entrega no direito comparado. *Blog do Vlad*, 2014. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2014/09/17/as-duas-especies-de-entrega-no-direito-comparado/>. Acesso em: 10 set. 2023.

ATHAYDE, Austregésilo; IKEDA, Daisaku. *Direitos Humanos no Século XXI*. Rio de Janeiro: Record, 2000, p.187.

BARREIROS, Yvana Savedra de Andrade. O Tribunal Penal Internacional e sua origem. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2638, 21 set. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17037>. Acesso em: 10 set. 2023.

BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BONAPARTE, Napoleão. *Sobre a Guerra*. COLSON; Bruno (org. e coment.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

BRANDÃO, Adelino. *Os Direitos Humanos Antologia de Textos Históricos*. São Paulo: Landy, 2001.

CAPANEMA, Sylvio de Souza. O Código de Napoleão e sua influência no Direito Brasileiro. *Revista da EMERJ*. V.7, n. 26/2004.

CARDILLI, Riccardo. *Damnatio e Oportere Nell' Obbligazione*. Napoli: Jovene Editore, 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (orgs). *Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORREA, Univaldo. A evolução da Justiça Militar no Brasil. *In: Direito Militar: História e Doutrina*. Getúlio Corrêa (org.). Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002. Disponível em <http://amajme-SC.com.br/livro>. Acesso em: 10 set. 2023.

ESBORRAZ; David. *Dirito Romano Comune*. Bogotà: Mucch Editore, 2006.

FERRARI. Franchi Ferrocì. *Codici Penale e Leggi Complementari D'Italia*. Milano: Hoepli, 2018.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Luiz Flávio (org). *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACULAN, Elena. La Responsabilitá Per Gravi Violazioni Dei Diritti Umani tra Diritto Penale Interno e Diritto Penale Internazionale: Considerazioni a partire dal caso Fujimori. *Archivio Penale*, 2011, n. 3. Disponível em: http://www.antoniocasella.eu/archica/Maculan_2011.pdf. Acesso em: 10 set. 2023.

MORETTI; Roberto de Jesus. Memento histórico de Direito Penal Militar. *A Força Policial*, n. 42, 2004, p. 33-45. Disponível em: <https://pt.linkedin.com/pulse/memento-hist%C3%B3rico-de-direito-penal-militar-roberto-de-jesus-moretti>. Acesso em: 10 set. 2023.

OLIVEIRA, Cristiano José Martins de. A criação de um tribunal penal internacional. Dos tribunais militares aos tribunais "ad hoc". *Revista*

JusNavigandi, 4862, Teresina, 2010. Disponível em:
<https://jus.com.br/artigos/14525>. Acesso em: 06 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão: influência nos sistemas jurídicos ocidentais. *Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais*, n. 32, 1989. Disponível em:
<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1003>.
Acesso em: 10 set. 2023.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SACCOCCIO, Antonio (Direzione). Roma e America. Diritto Romano Comune. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione Del Diritto in Europa e in America Latina*, n. 21, 2006.

SANTIAGO, Jaime Ruiz *et al.* (org). As três vertentes da proteção internacional da pessoa humana. *IIDH*, 1996.

SILVA, Júlio César Lopes da. Surgimento do regulamento disciplinar no Brasil: origem e evolução. *JurisWay*, 2011. Disponível em:
https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5732. Acesso em: 10 set. 2023.

SOARES, Fabiana de Menezes; MACIEL, Caroline Stéphanie Francis dos Santos. Fontes do direito e circulação de modelos jurídicos: o sistema de precedentes na *common law* e no novo Código de Processo Civil. *Vlex*, 2016. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/fontes-do-direito-circulacao-852805850>. Acesso em: 10 set. 2023.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

VALENTE, Victor Augusto Estevam. Aplicação da cegueira deliberada requer cuidados na prática forense. *Consultor Jurídico*, 2017. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-ago-09/victor-valente-aplicacao-cegueira-deliberada-requer-cuidados>. Acesso em: 10 set. 2023.

VIEIRA, Jair Lot. *Direitos Humanos Normas e Convenções*. São Paulo: Edipro, 2003.

**2ª Edição Prêmio Professor
José Carlos Couto de
Carvalho**

Um século de Ministério Público Militar: passado, realidade e desafios

Fernando Hugo Miranda Teles

Promotor de Justiça Militar. Especialista em Direito Militar.
Professor de pós-graduação e cursos preparatórios para carreiras jurídicas.
ORCID: 0009-0005-3088-4294
E-mail: fernando.teles@mpm.mp.br

1º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2020

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O Ministério Público Militar (MPM) completou cem anos de existência e possui trajetória de sucesso na tutela dos bens jurídicos mais importantes para as Forças Armadas e para a sociedade. No panorama pós-Constituição Federal de 1988, vários desafios se apresentaram ao longo do tempo, até que agora, em nova fase, mudanças legislativas e justas interpretações voltadas para a efetividade da persecução penal conduzem a instituição a novas jornadas de grande projeção perante a sociedade, com avanços e conquistas jamais alcançados.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público Militar; crime militar; história; desafios.

ENGLISH

TITLE: One century of Military Public Prosecutor's Office: past, reality and challenges.

ABSTRACT: The Military Public Prosecutor's Office completed 100 years of existence and has a successful track record in protecting the most important legal assets for the Armed Forces and for society. In the post-Constitution panorama of 1988, several challenges have presented themselves over time, until now, in a new phase, legislative changes and fair

interpretations aimed at the effectiveness of criminal prosecution lead the institution to new journeys of great projection towards society, with advances and achievements never achieved.

KEYWORDS: Military Public Prosecutor's Office; military crime; history; challenges.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A fase anterior a 1988 – 3 A Constituição Federal de 1988: a nova ordem e novas necessidades – 4 A Lei 13.491/2017, a “Lei Anticrime”, as obrigações processuais penais positivas e o (re)equilíbrio na persecução penal – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, instituiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar e dispôs sobre os cargos de Procurador-Geral e Promotores Militares. O ato, assim, materializou o nascimento do Ministério Público Militar, mesmo na configuração ancestral, e abriu portas para uma história de sucessos e de grandes desafios.

Aqui não se pretende apresentar um estudo sobre a história do Ministério Público Militar (MPM), mas apenas destacar alguns momentos emblemáticos da instituição e mostrar a evolução dos desafios e necessidades ao longo do tempo, com ênfase na fase mais recente, principalmente após o advento da Lei 13.491/2017 e em um panorama de país assolado pela violência e pelo ambiente processual de verdadeira vassalagem às interpretações “defensivas”.

A Justiça Militar da União é um ramo especializado do Poder Judiciário e tutela bens essenciais às instituições militares, entre eles a

hierarquia e a disciplina. É de sua essência inferir se houve dano ou violações aos bens mais relevantes às Forças Armadas e, para cumprir esse desiderato, possui dois valores e dispositivos normativos próprios e condizentes com essa análise (Teles, 2019, p. 2).

A especialização de ramos do Ministério Público da União e de partes do Poder Judiciário se justifica em face às especificidades das matérias tratadas. No caso do Ministério Público Militar e da Justiça Militar da União, a experiência de seus membros na investigação, processo e julgamento dos crimes militares lhes permite tutelar com eficiência, efetividade e eficácia a hierarquia, disciplina e, de um modo geral, a preservação das instituições militares (Teles, 2019, p. 2).

Desde seu nascedouro, em 1920, o Ministério Público Militar vem tutelando esses bens mais caros às instituições militares. Nos primórdios e durante algumas décadas, atuou sem qualquer apoio de pessoal, material e instalações. Funcionou nos quartéis e nas Auditorias Militares, valendo-se de pessoal e meios “emprestados”, bem como sem a tão sonhada autonomia e independência funcional, que só viria com a querida Constituição Federal de 1988. Apesar dos problemas, o MPM sempre cumpriu com maestria o papel que o legislador e a sociedade lhe confiaram.

Como foi mencionado, o presente trabalho não tem por fito esgotar o assunto nem realizar abordagem histórica extensa, pois o objetivo é passear pela atuação da instituição ao longo do tempo e mostrar seus desafios, principalmente os contemporâneos e aqueles que se anunciam, abordando aspectos teóricos e práticos pertinentes.

2 A FASE ANTERIOR A 1988

A atuação do Ministério Público Militar ao longo do tempo sempre foi pautada pela independência (malgrado só tenha sido positivada muito

mais tarde) e marcada pela personalidade ativa de seus membros que, mesmo nas situações políticas mais adversas, cumpriram seus ofícios com competência e senso de justiça.

O MPM apenas ganhou formalmente assento constitucional em 1934. A Justiça Militar estava assim disposta na Carta de 1934:

Art. 84 – Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

Art. 85 – A lei regulará também a jurisdição, dos Juízes militares e a aplicação das penas da legislação militar, em tempo de guerra, ou na zona de operações durante grave comoção intestina.

Art. 86 – São órgãos da Justiça Militar o Supremo Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores, criados por lei.

Art. 87 – A inamovibilidade assegurada aos Juízes militares não exclui a obrigação de acompanharem as forças junto às quais tenha de servir.

Parágrafo único – Cabe ao Supremo Tribunal Militar, determinar a remoção de Juízes militares, de conformidade com o art. 64, letra b.

O então chamado “Ministério Público na Justiça Militar” estava enfim positivado no art. 98: “Art. 98 – O Ministério Público, nas Justiças Militar e Eleitoral, será organizado por leis especiais, e só terá na segunda, as incompatibilidades que estas prescrevem”.

A lei conferia independência recíproca entre Judiciário e Ministério Público, mas a ingerência política do Poder Executivo era grande, firmada na tradição presidencialista do país, não raras vezes com exacerbada centralização de poderes nas mãos do Presidente da República.

Nesse contexto surgiu a Carta de 1937, a “Polaca”, com retorno à concentração de muitos poderes no Chefe do Executivo. A referida ordem constitucional tornou estreito o espaço destinado ao Ministério Público e versou apenas no art. 99 sobre o Procurador-Geral da República:

Art. 99 – O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Já a Justiça Militar foi descrita de forma praticamente idêntica à ordem constitucional anterior:

Art. 111 – Os militares e as pessoas a eles assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Esse foro poderá estender-se aos civis, nos casos definidos em lei, para os crimes contra a segurança externa do País ou contra as instituições militares.

Art. 112 – São órgãos da Justiça Militar o Supremo Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores, criados em lei.

Art. 113 – A inamovibilidade assegurada aos Juízes militares não os exime da obrigação de acompanhar as forças junto às quais tenham de servir.

Parágrafo único – Cabe ao Supremo Tribunal Militar determinar a remoção dos Juízes militares, quando o interesse público o exigir.

Logo após o advento da Constituição de 1937, veio a Segunda Guerra Mundial, com a conseqüente participação do Brasil, que levou seus “Pracinhas” da Força Expedicionária Brasileira (FEB) para o Teatro de Operações da Itália. Junto a ela foi a Justiça Militar da União e o Ministério Público Militar.

Como previa o Decreto-Lei nº 6509/44, Juízes e membros do Ministério Público Militar foram comissionados em postos militares e cumpriram suas funções tanto no Brasil quanto acompanhando a Força Expedicionária Brasileira. Integravam Quadro Especial de Oficiais da Reserva. Antes dessa norma, o Decreto-Lei nº 6396/44 estabeleceu as normas de organização da Justiça Militar e do Ministério Público da Justiça Militar nas hostilidades. Segundo assinala com precisão o subprocurador-geral de Justiça Militar e atual procurador-geral de Justiça Militar, Antônio Pereira Duarte, o MPM teve papel essencial na fiscalização da observância, pelos militares brasileiros, das “leis de guerra” (Convenções de Genebra de 1929),

bem como exerceu com rapidez a titularidade de enorme demanda de ações penais militares decorrentes da Guerra (Duarte, 2017).

A atividade de fiscalização do acatamento às Convenções de Genebra de 1929 já é precursora do atual Direito Internacional dos Conflitos Armados; e hoje, em caso de uma inimaginável contenda bélica em que o país se veja envolvido, por certo o MPM teria a mesma destacada atuação.

No cenário da Segunda Guerra Mundial, houve inclusive condenação à pena de morte, posteriormente comutada pelo presidente da República, ou seja, quando foi necessário ao MPM agir com rigor em face da extrema gravidade do ilícito praticado, a instituição não se furtou a sustentar a condenação.

Pode-se afirmar, sem falsa modéstia, que o Ministério Público Militar foi o grande defensor da hierarquia e da disciplina, que, se na paz já são pilares fundamentais da vida castrense, na guerra devem ser protegidas a todo custo, sob pena de graves violações aos direitos humanos e/ou enorme prejuízo às pretensões bélicas do país.

Finda a Segunda Guerra, com o protagonismo que lhe conferiu o conflito e, em vista da atuação destacada, surge uma nova fase na história do MPM. A ordem constitucional que surgiria em 1946, com uma nova Constituição Federal, restabeleceu o *status* institucional e lhe foram asseguradas garantias como a estabilidade e inamovibilidade.

Assim dispunha a Constituição Federal de 1946 sobre o Ministério Público Militar:

Art. 125 – A lei organizará o Ministério Público da União junto aos órgãos judiciários federais (art. 94, I a V). (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965)

Art. 126 – O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*.

Parágrafo único – A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse

encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art. 127 – Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço.

Art. 128 – Nos Estados, a Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o princípio de promoção de entrância a entrância.

Já sobre a Justiça Militar, assim estava disposto na Carta de 1946:

Art. 106 – São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores que a lei instituir.

Parágrafo único – A lei disporá sobre o número e a forma de escolha dos Juízes militares e togados do Superior Tribunal Militar, os quais terão vencimentos iguais aos dos Juízes do Tribunal Federal de Recursos, e estabelecerá as condições de acesso dos Auditores.

Art. 107 – A inamovibilidade, assegurada aos membros da Justiça Militar não os exime da obrigação de acompanhar as forças junto às quais tenham de servir.

Art. 108 – 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 poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou às instituições militares. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 2)

§ 2º – A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar em tempo de guerra.

O Ministério Público, assim, retomava seu merecido patamar institucional, privilegiando a unidade institucional e a independência na atuação, plasmadas na Lei 1341/51, norma “orgânica” do MP.

A então lei orgânica especificava funções dos cargos pertinentes às carreiras do Ministério Público da União.

Em 1967, surge nova Constituição Federal durante o período do governo militar e, tal qual o movimento político pendular que permeou o país

até a estabilização democrática, novamente a ordem constitucional foi sucinta no trato com o Parquet.

A Constituição de 1967 assim tratava a Justiça Militar:

Art. 120 – São órgãos da Justiça Militar o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores instituídos por lei.

Art. 121 – O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo três entre oficiais-generais da ativa da Marinha de Guerra, quatro entre oficiais-generais da ativa do Exército, três entre oficiais-generais da ativa da Aeronáutica Militar e cinco entre civis.

§ 1º – Os Ministros civis serão brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, livremente escolhidos pelo Presidente da República, sendo:

a) três de notório saber jurídico e idoneidade moral, com prática forense de mais de dez anos;

b) dois auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar, de comprovado saber jurídico.

§ 2º – Os Juízes militares e togados do Superior Tribunal Militar terão vencimentos iguais aos dos Ministros dos Tribunais Federais de Recursos.

Art. 122 – À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhados. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

§ 1º – Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional, ou às instituições militares.

(Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

§ 2º – Compete, originariamente, ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes referidos no § 1º. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

§ 3º – A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar em tempo de guerra.

(Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

Já em relação ao Ministério Público, como foi mencionado, a Carta de 1967 somente fez alusão genérica ao MPU e aos MP estaduais:

Art. 137 – A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juízes e Tribunais Federais.

Art. 138 – O Ministério Público Federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República, o qual será nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no art. 113, § 1º.

§ 1º – Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais de carreira, mediante concurso público de provas e títulos.

Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos, a não ser mediante representação do Procurador-Geral, com fundamento em conveniência do serviço.

§ 2º – A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Art. 139 – O Ministério Público dos Estados será organizado em carreira, por lei estadual, observado o disposto no parágrafo primeiro do artigo anterior.

Parágrafo único – Aplica-se aos membros do Ministério Público o disposto no art. 108, § 1º, e art. 136, § 4º.

Nem mesmo a vitaliciedade era garantida, pois era permitida a demissão unicamente por procedimento administrativo (“... não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária, ou em virtude de processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa...”).

Já a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, que, segundo parte da doutrina, foi materialmente uma nova Carta, manteve praticamente inalteradas as disposições acerca da Justiça Militar e do Ministério Público brasileiro.

Naturalmente a hipertrofia do Executivo refletia na deficiência de regulamentação de um órgão de essencial de controle externo como o Ministério Público, algo que veio a ser corrigido na Constituição Federal de 1988.

Durante todo o governo militar, o MPM desempenhou seu papel com altivez perante a Justiça Militar da União, que a despeito das críticas que sempre se fizeram a seu respeito, foi a primeira a conceder liminar em *habeas corpus*, justamente durante a época de excepcionalidade que o país vivia.

Pelo que foi exposto até agora, verifica-se que o passado do MPM denota atuação invulgar e destacada em cenários em que a especificidade da atuação do Parquet Castrense fez total diferença, como durante a Segunda

Guerra Mundial e durante o governo militar. Entretanto, novos tempos surgiriam com a nova ordem constitucional inaugurada em 1988.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A NOVA ORDEM E NOVAS NECESSIDADES

A Constituição Federal de 1988 foi o grande marco jurídico a partir do qual o Ministério Público brasileiro assumiu de vez seu protagonismo como função essencial e simétrica à Justiça. Em particular, na seara penal castrense, o Ministério Público Militar mais uma vez assumiu sua postura perante a Justiça mais antiga do país e, ao longo dos anos, vem demonstrando estar sempre pronto para oferecer soluções em momentos críticos e para fatos complexos, seja tutelando penalmente a hierarquia e disciplina, seja laborando em prol da melhoria dos serviços públicos oferecidos pelas Forças Armadas.

A nova ordem constitucional que surgiu após 1988 trouxe diferenciada visão sobre o papel do Estado em relação ao indivíduo. Inspirada nas Constituições Portuguesa, Espanhola, Italiana e, principalmente, Alemã, deu centralidade à dignidade humana e erigiu o cidadão à razão de ser do Estado, que lhe é credor de obrigações previstas estritamente na lei, mas, sobretudo, garantidor de seus direitos mais essenciais, entre eles a liberdade de ir e vir e de expressão, vida, patrimônio, segurança, educação e saúde.

Esse panorama é comum às Constituições do pós-guerra, na virada jurídica chamada de Neoconstitucionalismo, cujo marco filosófico é o pós-positivismo.

Antes de abordar as peculiaridades que a Constituição Federal de 1988 trouxe para o Ministério Público Militar e os desafios que a instituição encontrou até os presentes dias, objeto deste capítulo, faz-se necessário

detalhar os fundamentos desse marco teórico que inspirou principalmente os países da dita tradição romano-germânica.

O direito alemão forjou o que hoje se conhece por Neoconstitucionalismo. Na então Alemanha Ocidental, em 1949, houve o ressurgimento de um Estado com a entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn. Ela, por sua vez, nasceu comprometida em “servir à paz mundial” e com a “consciência de responsabilidade perante Deus e os seres humanos”, trazendo em si o respeito à dignidade humana como seu valor mais essencial¹. É a reação ao totalitarismo desvairado do regime anterior, que levou a Alemanha à guerra e promoveu a morte de milhões de pessoas e a destruição do Estado Alemão. Ingo Sarlet esclarece que a afirmação da dignidade como inviolável foi uma reação a um modelo de positivismo jurídico até então existente (Sarlet, 2017, p. 62):

Igualmente emblemática e vinculada ao contexto histórico, além de sem precedentes no constitucionalismo pretérito (à exceção de algumas manifestações isoladas, mas situadas em outras partes da Constituição e com outra expressão literal), a afirmação consignada já no primeiro artigo da Lei Fundamental, da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, acompanhada do comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana. Tal afirmação, de resto, foi também manejada como resposta a um determinado modelo de positivismo jurídico, buscando resgatar a importância de uma ordem de valores não necessariamente adstrita ao direito formalmente positivado, sem prejuízo de uma referência assumida ao jusnaturalismo, ainda que a decisão ao positivismo jurídico e o seu peso para a tentativa de justificação de atos praticados no âmbito do sistema jurídico e judiciário sob a égide da ditadura nazista – especialmente a escusa da “mera aplicação da lei” – sejam bastante controversos, aspecto que aqui não será objeto de exame.

¹ Artigo 1º (Dignidade da Pessoa Humana)

(1) A dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais.

(2) O povo alemão reconhece, por isso, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana como fundamento de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais a seguir vinculam, como direito imediatamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judiciário.

A Lei Fundamental erigiu o homem como a razão de ser do Estado, vedando qualquer funcionalização do ser humano em prol do Estado. A fim de que não se constituísse em norma puramente programática, seu texto definiu os direitos fundamentais como vinculantes para os Poderes do Estado.

A criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG) em 1951 consolidou ao longo do tempo a legitimidade da Constituição Alemã. O BVerfG é dotado de competência concentrada e vinculativa para afirmar a supremacia da Lei Fundamental e é guardião da dignidade humana e dos direitos fundamentais. As mais de cinquenta leis de alteração da Lei Fundamental (equivalentes às emendas constitucionais no direito brasileiro) lograram êxito (com poucos casos de questionamento dessas “emendas” perante o BVerfG) em modernizar o texto maior, sem que sua essência fosse alterada. Tal comprometimento com a força normativa da Constituição só é possível pela grande legitimidade do texto com o povo alemão e pelo seu sólido sistema de controle de constitucionalidade. Esse sistema é um dos motivos do sucesso do constitucionalismo daquele país, que inaugurou o chamado Neoconstitucionalismo e trouxe de volta a ética nas relações jurídicas, sem a excessiva abertura ou incerteza do jusnaturalismo, bem como privilegiou a força normativa da Constituição e promoveu a valorização do homem como fim em si mesmo (Teles, 2019, p. 8). Nesse processo, na migração do “dever ser” da Lei Maior para o “ser” da realidade social, busca-se, segundo Luís Roberto Barroso, a máxima efetividade do programa normativo abstratamente estabelecido (Barroso, 2009, p. 216).

Os princípios são enunciados de baixa densidade normativa que normalmente apresentam alto grau de abstração e definem decisões políticas fundamentais e fins públicos a serem perseguidos pelo Estado. São verdadeiros mandados de otimização. Nesse diapasão, Barroso menciona que são a porta de entrada pela qual os valores passam do plano ético para o plano

jurídico (Barroso, 2009, p. 203). Segundo a doutrina “dicotômica”, que trata os enunciados normativos de matriz constitucional como princípios e regras, diz-se que os primeiros são ponderáveis no caso concreto e, de acordo com a vontade do legislador, administrador ou intérprete, podem ter menor ou maior abrangência e eficácia, porém possuem um núcleo essencial “duro”, aquém do qual não se caminha sob pena de nulificar o preceito. A imagem que representa o princípio é de duas esferas concêntricas, um bem menor (o núcleo) que a outra, que envolve a primeira. Já a regra funciona sob a forma de subsunção (“sim” ou “não”) e visa realizar de forma direta os ideais da Constituição ou prever objetivamente determinadas situações. São exemplos de princípios constitucionais – explícitos ou implícitos – a República, o Estado Democrático de Direito, a Federação, a Legalidade, a Dignidade da Pessoa Humana, a Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional e a Vedação à Proteção Deficiente, entre outros. A forma de concretização desses princípios é uma das faces da força normativa da Constituição. Essa expressão “força normativa da Constituição” foi cunhada em obra homônima pelo Professor Konrad Hesse (1919-2005), grande constitucionalista alemão e ex-juiz do BVerfG. Hesse concebeu a força normativa como a capacidade de uma Constituição de motivar e ordenar a vida do Estado e da sociedade, caracterizando-se como um poder de conformação que não se reduz às forças políticas e sociais e nem é influenciado por elas. Nesse ponto se contrapõe a Lassale, cujo entendimento preceituava que as forças políticas, econômicas e sociais condicionavam a Constituição, que se reduzia somente a uma “carta política de intenções” e sem força impositiva por si só – “um pedaço de papel” (Lassale, 2013, p. 105). Essa pretensão de eficácia e efetividade a que se refere Hesse é assegurada mediante os chamados pressupostos realizáveis (Hesse, 1991, p. 19-23), entre os quais os mais importantes são os que dizem respeito ao conteúdo da constituição e a práxis de dar-lhe cumprimento. Assim, tanto o conteúdo da Carta quanto à forma de realizá-lo devem

corresponder à otimização aos preceitos normativos, ou seja, como pressuposto fundamental, uma práxis constitucional voltada à vontade da Lei Maior (Sarlet, 2017, p. 197). Afirmar ainda Hesse que o conteúdo e a práxis, embora não devam sucumbir a maiorias eventuais, devem ser flexíveis o suficiente para manter a força normativa da Constituição ao longo do tempo. A partir da realização desses pressupostos, a constituição ganha força ativa, apta a influenciar e determinar a realidade concreta da sociedade e satisfazer seus anseios (Hesse, 1991, p. 14-15), tornando-a cada vez mais legítima perante o povo.

Na experiência alemã, o Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) foi o principal protagonista na defesa da força normativa da Constituição, pois o apertadíssimo filtro de admissibilidade das questões apreciadas pelo BVerfG, as decisões cuidadosamente elaboradas de modo a privilegiar a dignidade humana e os direitos fundamentais e também o imenso respeito aos programas definidos pelo Constituinte (inclusive com postura prudentemente ativista para suprir omissões do Legislativo) contribuíram para isso. Com isso, atende-se à própria principiologia constante da Lei Fundamental de forma teórica e prática, de modo que a sociedade sente os efeitos de políticas públicas consistentes e, então, passa a crer em suas instituições e na própria Constituição, concedendo-lhe cada vez mais força normativa. Aproxima-se o “ser” do “dever-ser”.

A Constituição Federal de 1988, inspirada nos modelos de Cartas do pós-guerra, também tem natureza analítica e programática, cujos princípios são mandados de otimização e orientam o Poder Público nos fins e programas a serem perseguidos, além de possuir extenso rol de direitos fundamentais tendo como núcleo central a dignidade humana. Posteriormente, será analisado o panorama principiológico que envolve o MP no ordenamento jurídico pós-1988, conectando-se com a realidade do MPM.

Retornando ao texto constitucional atual, o legislador reservou ao Ministério Público uma extensa seção do capítulo das funções essenciais à Justiça, da qual serão destacados alguns trechos, cabendo ainda lembrar que, na mesma topografia, o art. 130 se refere ao MP junto aos Tribunais de Contas e o art. 130-A se refere ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), criado na Emenda Constitucional 45 (“Reforma do Judiciário”):

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.

§ 1º – São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º – Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:

- a) o Ministério Público Federal;
 - b) o Ministério Público do Trabalho;
 - c) o Ministério Público Militar;
 - d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;
- II – os Ministérios Públicos dos Estados.

§ 1º – O Ministério Público da União tem por chefe o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução.

§ 2º – A destituição do Procurador-Geral da República, por iniciativa do Presidente da República, deverá ser precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

(...)

§ 4º – Os Procuradores-Gerais nos Estados e no Distrito Federal e Territórios poderão ser destituídos por deliberação da maioria absoluta do Poder Legislativo, na forma da lei complementar respectiva.

§ 5º – Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

I – as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

(...)

Logo se percebe que, pela primeira vez, o Ministério Público Militar constou expressamente do texto constitucional como ramo do Ministério Público da União (MPU). Também pela primeira vez, de forma clara, o MP brasileiro é definido como função essencial à Justiça incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Entre os chamados direitos sociais e individuais indisponíveis, há aqueles chamados de difusos e demais que podem ser tutelados pelas ações civis públicas. Por estar incumbido da tutela dos direitos transindividuais, o membro do MP hoje precisa conhecer a base doutrinária referente aos princípios regentes em cada caso, até para inferir se foi vulnerado em seu núcleo essencial, se o Poder Público foi omissivo e caberia ação afirmativa, entre outras particularidades.

A defesa da ordem jurídica envolve uma grande gama de ações, entre elas, a titularidade da ação penal e a tutela da probidade administrativa, como será visto depois.

No âmbito da titularidade da ação penal, estabelecida do art. 129, I da CF, há a referência à lei, que, no caso da ação penal militar, é principalmente o Código de Processo Penal Militar (CPPM), mas também o art. 122 do Código Penal Militar (CPM). A regra é a ação penal militar ser pública incondicionada (ressalva para os arts. 136 a 141 do CPM), o que conduz à atuação ministerial em apreço ao Princípio da Obrigatoriedade. No próximo capítulo, será vista a controvérsia sobre as mitigações a esse enunciado normativo e os institutos processuais correlatos, como a colaboração premiada e o acordo de não persecução. Entretanto, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o legislador publicou a Lei 9099/95 e conceituou o chamado crime de menor potencial ofensivo. No mesmo diploma legal, surgiram as duas primeiras possibilidades de mitigação do Princípio da Obrigatoriedade: a composição civil de danos (art. 72) e a transação penal (art. 76). Os dois institutos visam evitar a persecução penal.

Mesmo não se correlacionando diretamente com o Princípio da Obrigatoriedade, visto que já incide após o oferecimento da denúncia e seu recebimento, a suspensão condicional do processo foi também definida na mesma Lei 9099/95 e, ontologicamente, se presta a um papel despenalizante.

Surgiria então uma questão tormentosa que o Ministério Público Militar teve que enfrentar: caberia na Justiça Militar a aplicação da Lei 9099/95 e seus institutos despenalizadores?

Até 27/09/1999, momento da publicação da Lei 9839/99, que criou o art. 90-A na Lei 9099/95, esse tema foi objeto de discussão doutrinária, malgrado nunca tenha recebido abrigo jurisprudencial no STM. No STF, pelo menos até o advento da Lei 9839/99, o entendimento sobre o tema mostrava tendência favorável à incidência da Lei 9099/95 na Justiça Militar: HC 81.415 (que reconhece a aplicabilidade para fatos anteriores), Rcl 1046 (com julgamento anterior à Lei 9839/99 e que determinava a manifestação do MPM para propor ou não a aplicação do *sursis* processual), HC 77.535 (este da relatoria do Min. Celso de Mello, que reconhecia no *sursis* processual um instituto de direito material com aplicação residual aos crimes militares e, portanto, com aplicação ultrativa a fatos anteriores à Lei 9839/99), HC 77.858, HC 76.411 e Rcl 1047 QO, entre outros das duas Turmas e do Pleno.

Após o advento da Lei 9839/99, o STF, em atitude de autocontenção e apreço ao Legislativo, entendeu que a suspensão condicional do processo e demais institutos seriam cabíveis apenas em relação aos fatos anteriores à publicação da norma supracitada. Para os fatos posteriores, os institutos da Lei 9099/95 seriam inaplicáveis.

Malgrado o STF tenha assim sedimentado seu entendimento sobre a questão, a doutrina ainda se debruçaria por muito tempo sobre a questão e até hoje existem excelentes magistrados, também autores de boa literatura, como o Prof. Claudio Amin Miguel, que aplicam a Lei 9099/95 para acusados civis.

Decerto existem bons argumentos pela aplicabilidade pelo menos do *sursis* processual para o acusado civil, todavia ainda existe a ideia de que o crime militar, por afetar as instituições militares, mesmo quando se trata de acusado civil, não permite a aplicação de institutos despenalizantes, pois

afeta a “índole” do processo penal militar, dotado de especialidade. Os argumentos favoráveis passam pelo projeto de lei que deu origem à Lei 9839/99, que a todo momento, durante a tramitação, recebeu manifestações de parlamentares e até dos então Ministros das três Forças Armadas, que versavam unicamente sobre os militares, bem como pela isonomia, pois os civis não estariam sujeitos à hierarquia e disciplina.

A grande questão é a identidade ou pelo menos grande semelhança ontológica entre os institutos, de modo que, ao permitir-se o *sursis* processual, torna-se difícil “filtrar” a aplicabilidade e evitar que a composição civil de danos e a transação penal também ingressem na seara penal militar. Não se trata aqui de substituir pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (algo que será abordado posteriormente), mas sim algo que vem bem antes, pois visa evitar a persecução ou, ela existindo, objetiva impedir sua ultimação com a sentença condenatória. A justiça “negociada” deve ficar apartada do processo penal militar? Certamente os argumentos favoráveis à aplicabilidade de tais institutos são bons, acrescentando-se o fato de que a colaboração premiada, meio de obtenção de prova cujo acordo é negócio jurídico processual, faz parte do cabedal de instrumentos ao dispor do MPM e de qualquer MP atuante na seara penal, de um modo geral. Entretanto, tanto a maior parte dos membros do MPM quanto a Justiça Militar da União, ao longo do tempo, não reconhece tal possibilidade. Como foi mencionado anteriormente, o STF atualmente entende pela constitucionalidade do art. 90-A da Lei 9099/95.

Até hoje o MPM se depara com essa controvérsia, alimentada mais ainda pela chegada de outro instrumento de justiça penal negociada que será abordado mais à frente: o acordo de não persecução penal.

Prosseguindo na “linha do tempo”, os anos 2000 trouxeram novos desafios, como a “greve” dos controladores de voo, ocorrida em 2007. Houve condenação de praças, controladores de voo, pelo crime de Motim. Os

membros da Procuradoria de Justiça Militar em Curitiba promoveram as ações penais e, preservando a hierarquia e a disciplina, bens mais caros à caserna, obtiveram a justiça ao caso.

Uma questão surgiu na época e que infelizmente é comum nas “greves” de militares estaduais: lei de anistia de amotinados e revoltosos. Seria permitido ao Legislador anistiar militares acusados ou condenados pelos crimes de Motim e/ou Revolta?

A resposta não é simples. Aqueles em geral radicalmente contrários ao que chamam pejorativamente de “ativismo judicial” sem conhecê-lo a fundo, talvez caíam em contradição, pois não há solução elementar e objetiva para essa pergunta e somente a interpretação constitucional baseada em uma postura afirmativa (ou “ativista”) do Judiciário pode solucionar o caso. Não basta, de forma quase pueril, alegar que a hierarquia e a disciplina devem ser defendidas a todo custo.

Ora, são enunciados normativos de matriz constitucional tanto quanto a regra constitucional que delega ao Congresso Nacional o poder de conceder a anistia (art. 48, VIII da CF), ou seja, em tese, o Legislativo teria o direito de anistiar o crime que desejasse, e o Judiciário não poderia se imiscuir, sob pena de violar o Princípio da Independência dos Poderes (art. 2º da CF). Curiosamente, esse é o argumento tradicional dos odiosos do “ativismo” para afastar ações afirmativas. Em abstrato, são enunciados de mesmo *status*, que por sua vez decorre do Princípio da Unidade da Constituição.

Justamente por ser um *hard case*, exige do intérprete metodologia e fundamentos não triviais e tradicionais.

Não é o “ativismo” o vilão, mas sim a atuação judicial afirmativa sem autocontenção. Essa parcela radical da doutrina, ao situar-se avessa ao neoconstitucionalismo e ao ativismo, ideologiza esse tema e outros, como, por exemplo, a tese do garantismo penal integral. Aduzem que falar em

“garantismo” lembra Ferrajoli, pelo seu alinhamento político “à esquerda” (como se hoje em dia, principalmente no Brasil, ainda se pudesse falar em esquerda e direita, salvo nos extremos ideológicos), mas, no entanto, as ideias propagadas por Douglas Fischer, Bruno Calabrich e Eduardo Pelella na obra “Garantismo Penal Integral” (Fischer, 2015), uma visão equilibrada da teoria de Ferrajoli, visam os mesmos fins desses que se intitulam “efetivistas penais”, ou seja, também defendem o respeito ao Princípio da Vedação à Proteção Deficiente para proteção dos direitos fundamentais de natureza coletiva (da sociedade). Dessa forma, mais uma vez aqui se ressalta que o problema não está no ativismo, como também não está no garantismo penal, mas sim na forma de interpretá-los e utilizá-los.

Retomando a questão da anistia a militares federais ou estaduais amotinados e revoltosos, chamados impropriamente de “grevistas” (a greve de militares é vedada pelo art. 142, § 3º, IV da CF), a construção doutrinária para concluir pela inconstitucionalidade de leis de anistia nesse sentido vem de um precedente do Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) chamado de “Anistia Platow” (BVerfG 10, 234), ocorrido em 15/12/1959. Foi um caso em que a Suprema Corte alemã promoveu controle de constitucionalidade de uma lei que anistiava crimes ligados a agências de notícias praticados antes de 1º de janeiro de 1952. Um jornalista, Dr. Platow, foi condenado criminalmente no início da década de 50 por ter revelado, em consequência de sua atividade jornalística, segredos de Estado no final da década de 40. Em razão do sistema de controle unicamente concentrado de constitucionalidade na Alemanha, o tribunal de apelação (Primeira Câmara do Tribunal de Estadual de Bonn) remeteu ao BVerfG o caso, vislumbrando violação ao art. 3 I GG (“Todos são iguais perante a lei”). Em 15/12/1959, o BVerfG entendeu que a lei de anistia era constitucional, porém o mais importante foi a fixação de critérios para inferir a constitucionalidade de uma lei que conceda esse benefício.

Assim ficou estatuído naquele julgamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão (Schwabe, 2005, p. 324/325):

O legislador não está, em função do Art. 3 I GG, obrigado a conceder, na promulgação de uma lei de extinção de punibilidade, anistia a todas as ações delituosas e em igual medida. Ele não somente pode excluir totalmente da anistia alguns tipos penais, como também submeter determinadas hipóteses normativas a uma regulamentação excepcional. Somente ele, legislador, pode decidir junto a quais delitos existe, de forma especial, um interesse geral em uma pacificação. Também faz parte de sua liberdade de conformação normativa a decisão sobre em que extensão será concedida anistia junto a tais delitos criminais. O Tribunal Constitucional Federal não pode examinar uma lei de anistia no que concerne à necessidade ou à adequação das regras ali fixadas. Pelo contrário, o Tribunal Constitucional Federal pode somente verificar se o legislador ultrapassou os limites extremos da ampla margem discricionária a ele conferida. Há, então, na lei de anistia uma violação do princípio geral de igualdade somente se a regra especial fixada pelo legislador para alguns tipos penais evidentemente não for orientada pelo pensamento de justiça e se não puderem ser encontradas para ela quaisquer argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria ou que sejam compreensíveis de alguma outra forma (e, destarte, não arbitrários).

182

Assim, o Tribunal analisou a constitucionalidade da norma pelo ponto de vista do Princípio da Razoabilidade somente sob o prisma da proporcionalidade, já que quanto à necessidade e à adequação, entendeu a referida Corte que se trata de margem de discricionariedade do legislador.

No tocante à análise da proporcionalidade, estabeleceu-se que a norma que concede anistia será inconstitucional, pela violação ao Princípio da Igualdade (ou Isonomia), se a regra especial – de anistia – criada pelo legislador não for orientada por um “pensamento de justiça” e se não puderem ser encontradas para essa norma argumentos razoáveis que decorram da natureza da matéria e que não sejam arbitrários (Teles, 2017, p. 20).

Ora, os Princípios da Isonomia e da Razoabilidade são comuns aos ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão. Em ambos a previsão tem matriz

constitucional e, na hermenêutica inerente às duas ordens constitucionais, considera-se o Princípio da Razoabilidade como um vetor interpretativo e princípio regente das relações entre Estado e cidadãos. Assim, a análise principiológica empregada pelo BverfG é plenamente aplicável à verificação da inconstitucionalidade das leis de anistia de greves de militares.

Prosseguindo nesse rumo, pontua-se que, nas leis de anistia produzidas pelo Legislativo Federal do Brasil, não existem argumentos razoáveis para justificar a isenção de processo e pena de militares “grevistas”, em vista de três aspectos: a especificidade da norma penal militar, a motivação política e a ponderação de interesses (Teles, 2017, p. 20-21).

Em resumo, até porque não cabe aqui transcrever a abordagem já realizada em outro artigo, ao analisar esses três parâmetros, alinhados com aqueles definidos pelo precedente citado do BVerfG, verifica-se que não há viabilidade jurídica para a concessão de anistia a militares “grevistas”. A especificidade da norma penal militar impõe um regramento mais rígido em vista da necessidade de controle social mais intenso sobre todas as categorias que constituem braços armados do Estado.

No caso dos militares, esse controle é exercido pela tutela da hierarquia e da disciplina. Dessa forma, em vista dessa distinção em relação aos demais servidores públicos, já feita pelo constituinte originário, por questão de congruência com a vedação, naturalmente tornar isentos de processo e sanção os autores da violação a essa regra constitucional se torna algo já muito contestável. Prosseguindo na análise, quanto à motivação política da concessão de anistia, o legislador não procede com senso de “justiça” ou para corrigir desproporcionalidades no caso concreto, mas sim para conquistar votos de membros das instituições militares beneficiados.

Sempre após um movimento “grevista” de policiais militares e bombeiros militares, verificava-se a ocorrência de duas situações: uma liderança “política” surgia entre os amotinados e uma anistia era concedida

pelo Congresso. Por fim, quanto à análise da proporcionalidade, faz-se uma ponderação de interesses no caso concreto entre a liberdade de expressão e de reivindicação e, de outro, a segurança pública, a paz social e até a defesa da pátria (no caso dos militares federais).

Especificamente no caso dos controladores de tráfego aéreo, incidiriam no caso concreto, em adição, outros preceitos, por exemplo, a segurança aeroviária e até questões atinentes à economia.

A ponderação de interesses, técnica utilizada em *hard cases* para se inferir, face o caso concreto, qual teria prevalência, passa, nas situações dos controladores de voo (situação em que não houve lei de anistia) e do movimento dos policiais militares do Espírito Santo, por analisar as consequências dos atos. No caso do Estado do Espírito Santo, em poucos dias houve centenas de homicídios e demais crimes violentos, bem como saques e prejuízo de dezenas de milhões de Reais, permitidos pela quase ausência de policiamento nas ruas capixabas. Não seria nada razoável, sob o prisma da proporcionalidade, permitir que os causadores “mediatos” (os policiais “grevistas”) desse caos urbano se livrassem de qualquer responsabilização penal.

Portanto, sob os três parâmetros, não há como se admitir a concessão de anistia a militares envolvidos em atos de motim e revolta (tipificados no Código Penal Militar). O MPM tem realizado seu papel a contento para coibir esse tipo de prática. Na esfera federal ainda não houve lei de anistia nesse sentido, mas caso venha a surgir um dia, o Parquet das Armas certamente poderá representar perante o procurador-geral da República para a propositura da adequada ação de natureza objetiva (ADI) visando declaração de inconstitucionalidade da referida norma.

Antes de iniciar o capítulo em que serão trazidos os desafios típicos dos “novos tempos” do mundo jurídico, especialmente sob o prisma penal e processual penal, cabe ainda fazer uma merecida menção elogiosa ao

CPADSI, hoje Centro de Apoio à Investigação, que foi criado e estruturado em 2007 para dar suporte às investigações realizadas diretamente pelos membros ou realizada pelas autoridades de polícia judiciária militar e controladas externamente por esses colegas. O CPADSI, ao longo do tempo e especialmente nos últimos cinco anos, tornou-se referência na produção de relatórios técnicos e no desenvolvimento de sistemas de apoio à investigação. Dotado de servidores extremamente qualificados e com conhecimento específico na área, sob a coordenação de um membro do MPM, o CPADSI faz um excelente trabalho nas análises de dados bancários e fiscais, em busca patrimonial e na pesquisa de vínculos societários, entre tantas outras formas de atuação. Agora dotado de um Núcleo de Combate à Corrupção, tem fornecido apoio de grande importância nas investigações de fraudes licitatórias e em outros fatos complexos.

185

4 A LEI 13.491/2017, A “LEI ANTICRIME”, AS OBRIGAÇÕES PROCESSUAIS PENAIS POSITIVAS E O (RE)EQUILÍBRIO NA PERSECUÇÃO PENAL

A partir de 2010, o Ministério Público Militar se deparou, guardadas as devidas proporções, com o aumento de complexidade dos fatos sob investigação. O incremento quantitativo e qualitativo de demanda é perceptível nos últimos dez anos em termos de volume e complexidade dos feitos na Justiça Militar da União.

A esse panorama tem-se ainda a produção (ou seria profusão?) legislativa que nem sempre favorece a proteção da sociedade e, em consequência, o trabalho do Ministério Público.

O primeiro marco legislativo contemporâneo com influência direta nas atribuições do MPM foi a Lei 13.491/2017, que aumentou a competência da Justiça Militar. A Lei 13.491/2017 alterou o art. 9º do CPM, “coração” da lei penal militar, para dar-lhe a seguinte redação:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996);

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996);

III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017);

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: (Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica;

(Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017)

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral. (Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017).

Essa modificação legislativa ampliou a competência da Justiça Militar para abranger tipos penais previstos na lei penal comum (Código Penal e leis penais extravagantes), algo antes declinado para o foro comum.

De imediato, surgiram várias dúvidas, algumas ainda objeto de debate doutrinário.

A primeira questão com a qual o MPM se deparou foi a natureza da lei e os feitos decorrentes.

Após mais de um ano de vigência da lei, o STJ, por intermédio de sua Terceira Seção, por unanimidade, sedimentou no CC 160.902, Min. Laurita Vaz, DJe 18/12/2018, que a Lei 13.491/2017 tem natureza híbrida e, portanto, deveria sobre ela incidir a regra da retroatividade e ultratividade da lei mais benéfica, bem como da imediata remessa à Justiça Militar dos fatos outrora apreciados pela Justiça comum. Assim, para os fatos anteriores à Lei 13.491/2017, o intérprete deverá sempre observar a norma penal mais benéfica, inclusive quanto aos institutos despenalizantes, porém, de toda forma, a remessa para a Justiça Militar correspondente é imediata, salvo se

houver sentença de mérito, haja vista tratar-se de competência absoluta. Segue a ementa do acórdão:

1. Hipótese em que a controvérsia apresentada cinge-se à definição do Juízo competente para processar e julgar crime praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei n.º 13.491/2017.
2. A Lei n.º 13.491/2017 promoveu alteração na própria definição de crime militar, o que permite identificar a natureza material do regramento, mas também ampliou, por via reflexa, de modo substancial, a competência da Justiça Militar, o que constitui matéria de natureza processual. É importante registrar que, como a lei pode ter caráter híbrido em temas relativos ao aspecto penal, a aplicação para fatos praticados antes de sua vigência somente será cabível em benefício do réu, conforme o disposto no art. 2.º, § 1.º, do Código Penal Militar e no art. 5.º, inciso XL, da Constituição da República. Por sua vez, no que concerne às questões de índole puramente processual – hipótese dos autos –, o novo regramento terá aplicação imediata, em observância ao princípio do tempus *regit actum*.
3. Tratando-se de competência absoluta em razão da matéria e considerando que ainda não foi proferida sentença de mérito, não se aplica a regra da perpetuação da jurisdição, prevista no art. 43 do Código de Processo Civil, aplicada subsidiariamente ao processo penal, de modo que os autos devem ser remetidos para a Justiça Militar.
4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 4.ª Auditoria da 1.ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora Suscitante.

A Lei 13.491/2017 passou a permitir à Justiça Militar da União apreciar fatos até então destinados à Justiça Federal, capitulados que estavam no Código Penal (CP) ou nas leis penais especiais (Lei de Licitações, Lei da Tortura, Código Brasileiro de Trânsito, Lei de Abuso de Autoridade, Lei das Organizações Criminosas, Lei dos Crimes Hediondos etc.). Os contornos de admissibilidade de cada crime não serão objeto de estudo aqui neste trabalho, mas decerto existem algumas questões a serem tratadas em relação aos fatos praticados após a nova lei.

A segunda questão, mais importante e causa de grandes debates doutrinários, é a possibilidade ou não de se lançar mão de dispositivos da parte geral do Código Penal nas ações penais militares, principalmente agora

que o MPM pode articular denúncias com base em tipos penais do CP ou de leis penais especiais. Com frequência existem conflitos aparentes de normas aplicáveis ao caso: uma do CP e outra do CPM. Qual aplicar? Sempre a mais benéfica? Não parece ser a solução correta, visto que não se trata de lacuna – suprível por analogia – nem conflito de leis penais no tempo, mas sim conflito aparente de normas, sendo uma geral e outra especial. Então, pode-se presumir que sempre se resolverá pela especialidade? Será mostrado que a especialidade poderá, em determinados casos concretos, conduzir a inconstitucionalidades.

O STM tem permitido a aplicação de um ou outro instituto do CP, porém não o faz segundo uma abordagem com obediência à organicidade do sistema penal e sem uma regra geral. Dessa forma, sofre críticas acerca do casuismo de algumas decisões ou questionamentos acerca do cabimento de outros institutos. Não basta alegar a especialidade do Direito Penal Militar. É preciso mais.

O tema foi inicialmente explorado pelo sempre perspicaz e coerente Cícero Robson Coimbra Neves (Neves, 2018) em excelente artigo no qual aborda essa possibilidade. Deve-se aqui render as devidas homenagens, pois talvez não se construísse a ideia a ser exposta aqui sem que não houvesse essa abordagem inicial. Nesse azimute, a construção que aqui se fará busca apenas dar um tratamento constitucional à matéria, pois já foi vista a importância do movimento de constitucionalização do Direito promovido no pós-guerra e que aqui chegou com bastante atraso.

Para verificar se um dispositivo do CP pode ser utilizado em uma ação penal militar, a solução passa por observar no próprio Código Penal a norma que rege sua aplicação em casos de conflito aparente. A regra é o art. 12 do CP e se presta como verdadeira “norma de ligação”: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Logo se vê que o art. 12 do CP privilegia sim a

especialidade, pois determina que as regras do CP são aplicáveis aos fatos incriminados em leis especiais (inclusive o CPM) se estas não dispuserem de forma diferente. Dessa forma, se o instituto estiver definido de forma distinta no CP e no CPM, prevalecerá o tratamento dado pela lei penal militar, em apreço à especialidade.

Tal qual o motorista que passeia tranquilo com seu veículo olhando a paisagem sem saber que está sem freio, a aplicação do art. 12 do CP não resolve a matéria e nem tranquiliza o intérprete.

Se a aplicação do art. 12 do CP conduzir, no caso concreto, a uma situação de inconstitucionalidade pela aplicação da especialidade, o correto a se fazer é interpretar esse dispositivo conforme a Constituição Federal para afastar a incidência dessa regra de ligação no caso concreto e, então, aplicar-se o dispositivo do CP pertinente.

190

Explica-se melhor com três exemplos:

a) Sabe-se que a incidência de tipos penais do CP ou de leis penais especiais pode conduzir à dúvida se cabe a aplicação da pena de multa ou não. A pena de multa não consta do rol do art. 55 do CPM. Dessa forma, pela aplicação do art. 12 do CP, como o instituto é definido de forma distinta pela lei penal militar, esta deveria prevalecer, privilegiando a especialidade, ou seja, não se poderia aplicar a pena de multa. Entretanto, a pena de multa consta do preceito secundário de uma norma penal. Não aplicar na totalidade o preceito secundário implica na violação de dois preceitos constitucionais: os Princípios da Independência dos Poderes (art. 2º da CF) e da Individualização da pena (art. 5º, XLVI da CF).

A violação ao Princípio da Independência dos Poderes surgiria pela cisão dos preceitos primário e secundário, porque fatalmente o aplicador do direito criaria uma terceira lei, ao arrepio desse preceito constitucional. O legislador criou o tipo penal com os dois preceitos: o incriminador e o sancionatório. Não haveria de ser o juiz – membro de Poder contramajoritário

– aquele a desfazer de forma não autorizada a deliberação do legitimado popular, ao arrepio do Princípio Democrático, na acepção já usada pelo saudoso Luiz Flavio Gomes.

Já a violação ao Princípio da Individualização da Pena ocorreria se os preceitos fossem separados, pois o intérprete não aplicaria a pena em sua justa medida, mas sim a fixaria para além do previsto originalmente no tipo (violando a chamada Vedação ao Excesso) ou para menos (vulnerando a dita Vedação à Proteção Deficiente da Sociedade). No caso da supressão da multa do preceito secundário, a sanção aplicada estaria aquém daquela prevista pelo Poder Legislativo, ao arrepio da Vedação à Proteção Deficiente. Assim, restaria violada a proporcionalidade como corolário da justa individualização da pena.

A origem do Princípio da Vedação à Proteção Deficiente vem também do direito alemão e do Princípio da Proporcionalidade. No âmbito penal, André de Carvalho Ramos sintetiza bem seu funcionamento (Ramos, 2019, p. 133):

No campo penal, a proporcionalidade age com dois vieses: na proibição do excesso, há o combate às leis que restringem, de modo excessivo, os direitos dos acusados; na proibição da insuficiência, atua para coibir leis e decisões judiciais que, de modo desproporcional, não protejam o direito à justiça das vítimas e o direito à segurança de todos os beneficiados pela prevenção geral da tutela penal.

Em face desses aspectos, verifica-se que o tipo penal usado como crime militar extravagante (ou por extensão) não pode ter seu preceito secundário separado e usado somente na parcela das penas que existem no CPM, ou seja, se a previsão no CP é de reclusão e multa, não poderá o aplicador afastar a multa porque não consta do rol de penas do art. 55 do CPM. É preceito secundário do tipo, inafastável do seu preceito primário.

Dessa forma, a inconstitucionalidade que seria gerada pela cisão do preceito secundário da norma penal reclama interpretação conforme para o

art. 12 do CP, para afastar sua incidência no caso concreto (afastando também a especialidade) e, então, pode-se aplicar o rol de penas do art. 32 do CP para permitir a aplicação da pena de multa.

O mesmo ocorre em relação a penas restritivas de direito que estejam nos preceitos secundários dos tipos penais, como ocorre, por exemplo, no Código de Trânsito Brasileiro (CTB). Então, se o fato se amoldar ao crime militar extravagante (ou por extensão) do art. 302 do CTB, deve-se aplicar a pena de detenção de dois a quatro anos e também a suspensão ou proibição de dirigir.

Note-se que aqui não se visa, por exemplo, permitir a substituição da pena privativa imposta nos termos do CPM por sanções restritivas de liberdade. A substituição não é permitida porque as únicas formas de substituição de penas admitidas no CPM são a suspensão condicional da pena (*sursis* penal) e a medida de segurança, ou seja, a matéria está suficientemente delineada na lei penal militar e não se cogita, pelo menos até agora, em inconstitucionalidades pela sua aplicação.

b) O segundo exemplo é o crime continuado. O art. 80 do CPM dispõe sobre a continuidade delitiva e prevê regra de cúmulo material para crimes com penas da mesma espécie (utiliza a regra do art. 79). A substituição do art. 80 do CPM pelo art. 71 do CP é amplamente realizada na Justiça Militar da União e tem inclusive abrigo jurisprudencial no STM, com algumas exceções. Submetendo-se o dispositivo ao crivo do procedimento aqui proposto, o intérprete teria ao seu dispor dois dispositivos sobre crime continuado: o CPM com o cúmulo material e o CP com a exasperação de pena. Novamente, para saber qual será aplicado, busca-se no art. 12 do CP a regra de ligação, que então diz que se deve privilegiar a especialidade. Dessa forma, aplicar-se-ia o art. 80 do CPM.

Entretanto, não raras vezes, o número de reiterações delitivas no crime continuado é elevado e, portanto, ao incidir a regra do cúmulo material,

tem-se uma pena que viola um preceito constitucional: o Princípio da Razoabilidade (sob o prisma da proporcionalidade). Nesse ponto, novamente faz-se uma interpretação conforme a Constituição Federal para afastar então a incidência do art. 12 do CP, ou seja, para afastar a especialidade, pois o resultado gerado pela sua aplicação foi inconstitucional. Restará então livre a aplicação do art. 71 do CP, que prevê a regra da exasperação, inclusive com critérios já consagrados no STJ sobre o *quantum* de aumento em vista do número de reiterações: aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (por todos, REsp n. 1.377.150/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 21/2/2017, DJe 6/3/2017). Observe que, se o número de reiterações for baixo, poderá não haver inconstitucionalidade de modo a afastar a incidência do art. 12 do CP e, em consequência, do art. 80 do CPM. Somente no caso concreto se pode inferir o exagero na aplicação da pena pelo cúmulo material ou não. Podem-se imaginar diversos parâmetros concretos para avaliar se a sanção pelo cúmulo material é razoável ou não: a pena máxima cominada ao crime, a pena máxima com a máxima exasperação etc.

c) Como último exemplo, tem-se a aplicação de regras de prescrição, da natureza da ação penal e da tentativa, previstas no CP.

Em alguns casos, a norma penal comum é mais gravosa e em outras é mais branda que o CPM.

Como já foi percebido pelo leitor, o vetor dirigente não é necessariamente a norma mais branda para o agente, mas sim aquela que decorre da aplicação ou não do art. 12 do CP no caso concreto.

Frisa-se novamente que aqui não se cuida de conflito de normas penais no tempo, mas sim conflito aparente de normas penais, cujo critério a ser inferido é a especialidade: uma norma é geral e a outra é especial.

Veja-se, por exemplo, a prescrição. Para delitos que comportam pena de até um ano, a prescrição se opera em 3 (três) anos (art. 109, VI do CP). Já no CPM, para o mesmo patamar de pena, a prescrição se opera em 2 (dois) anos (art. 125, VII do CPM).

Não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade na aplicação em concreto do art. 12 do CP, que privilegia a especialidade, no que tange às regras de prescrição do CPM. A aplicação do art. 12 permanece incólume e, portanto, prevalece a regra especial do CPM.

O mesmo se diga em relação à ação penal militar, que tem por regra ser pública e incondicionada (salvo as exceções dispostas no art. 122 do CPM, que aqui não serão objeto de estudo). Para se inferir a possibilidade de utilizar critério de ação penal privada ou pública condicionada à representação, verifica-se o art. 12 do CP. Sua aplicação conduz à regra da ação penal pública incondicionada do CPM, que decorre da escolha do legislador em apreço à hierarquia e à disciplina, bem como à proteção das instituições militares, o que justifica, pelo viés do Princípio da Isonomia, o tratamento desigual em relação ao CP (“tratar desiguais de forma desigual na medida em que sejam desiguais”). Assim, não se vislumbra também qualquer inconstitucionalidade, o que atrai a regra do art. 12 do CP e, portanto, privilegia a especialidade da ação penal pública incondicionada do CPM.

Por fim, em relação à tentativa há divergência.

O problema não está na regra geral de redução de pena, mas na parte final do parágrafo único do art. 30 do CPM. Essa regra de “excepcional gravidade” conflita com a regra do art. 14, parágrafo único do CP. Qual aplicar? Ao verificar a regra do art. 12 do CP, ela remete o intérprete ao CPM.

Resta inferir se a aplicação da “excepcional gravidade” conduziria a uma inconstitucionalidade.

Parte da doutrina (Assis, 2018, p. 182) pensa que sim, pois levaria à equiparação entre a forma tentada e a consumada, ao arrepio do Princípio da Individualização da Pena, sob o prisma da Vedação ao Excesso (“garantismo negativo”). Jorge Cesar de Assis ainda menciona que o STF já teve a oportunidade de repudiar a aplicação da pena do crime consumado à tentativa reputada como de “excepcional gravidade”. Nesse sentido aqui se posiciona o presente trabalho. Assim, ao fazer incidir a regra do art. 12 do CP, a aplicação da “excepcional gravidade” conduz a uma violação a preceito constitucional, levando-se a interpretar o próprio art. 12 do CP conforme a Constituição Federal para afastar sua incidência ao caso concreto e, então, tornar inaplicável a parte final do art. 30, parágrafo único do CPM. Resta inalterada a regra do mesmo parágrafo único, quando define a redução de um terço a dois terços para a tentativa, mesma regra do CP (não havendo distinção, tanto faz aplicar-se uma ou outra).

Mais recentemente, houve uma grande alteração legislativa no âmbito processual penal: a Lei 13.964/2019, chamada de “Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”. Sem embargo das enormes críticas feitas a essa lei, principalmente porque mais prejudicou que auxiliou a persecução penal, surgiu novamente a dúvida: as disposições processuais penais são aplicáveis integralmente ao processo penal militar?

Para responder a essa questão, deve-se primeiro observar que a referida lei incluiu apenas um dispositivo legal no CPPM: o art. 16-A. Sua redação é a seguinte:

Art. 16-A. Nos casos em que servidores das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares figurarem como investigados em inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas nos arts. 42 a 47 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), o indiciado poderá constituir defensor.
(Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para os casos previstos no caput deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º Esgotado o prazo disposto no § 1º com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para que esta, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º As disposições constantes deste artigo aplicam-se aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

196 O dispositivo em questão aparenta ter mais uma conotação política que propriamente contribuir para a defesa de militares envolvidos em “uso da força letal” no exercício das funções militares (a expressão já revela, em si, uma impropriedade, pois não permite inferir se a referência penal é o homicídio praticado em excludente ou, por exemplo, se a lesão corporal seguida de morte também estaria abrangida), pois cria um ônus para a instituição de vinculação do militar que não lhe seria devido. Sem embargo também da crítica ao termo “citado” no § 1º, que deve ser utilizado apenas para as comunicações judiciais, o “defensor” a que alude a norma seria, na prática, um Defensor Público em nível estadual ou federal e não há como o comandante da Unidade Militar obrigar a Defensoria a conseguir um de seus membros para o caso.

O passo seguinte é verificar se essa alteração pressupõe uma lacuna, suprível, portanto, por analogia ao CPP com base no art. 3º, “a” do CPPM, ou se houve silêncio eloquente.

Em obra de autoria coletiva coordenada pelo advogado e ex-Defensor Público Federal Gabriel Habib, já abordamos em outro artigo o

tema do silêncio eloquente na chamada Lei Anticrime (Teles, 2020, p. 405-406).

Quando a doutrina versa sobre as formas de integração das leis, aponta a diferença entre a lacuna e o silêncio eloquente. A pretensão de completude da legislação não se verifica na realidade e, a despeito dos debates filosóficos sobre o ordenamento contemplar ou não toda a regulação necessária para a vida em sociedade, de fato há espaços onde o legislador não se fez presente, voluntariamente ou não.

Existem diversas formas de integração do ordenamento jurídico. As lacunas, por exemplo, permitem o manejo de instrumentos tradicionais de integração, tal qual preceitua o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”), porém para isso se faz necessário que haja real omissão involuntária do legislador.

Versando sobre as lacunas constitucionais, porém em conteúdo aplicável às infraconstitucionais, Emerson Garcia menciona que a ordem constitucional (e, por conseguinte, a ordem jurídica) deve ser incompleta e imperfeita para permitir sua constante adaptação às realidades sociais ao longo do tempo (algo já preceituado por Konrad Hesse, conforme já visto). O mesmo autor menciona que é necessária cautela para identificar as lacunas constitucionais, a fim de que não haja confusão com a mera ausência de regramento. Nesse sentido, faz correta distinção entre a lacuna e o silêncio eloquente (beredtes Schweigen), aduzindo que este instituto difere daquele na medida em que revela uma voluntária opção sistêmica. Assim, uma dada regulação encontra-se implicitamente excluída a partir da adesão a outras opções políticas.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em uma de suas obras mais importantes, também menciona a diferença entre lacuna e silêncio eloquente, citando um voto do ex-Ministro Moreira Alves no RE 130.555/SP :

[...] sucede, porém, que só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães chamam de 'silêncio eloquente' (beredtes Schweigen), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.

Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, ao abordarem métodos de interpretação e integração da Constituição, alertam da mesma forma que a lacuna não pode ser confundida com o silêncio eloquente, pois as normas constitucionais, ao regularem um tema, não consagram determinadas incidências ou consequências não por um esquecimento involuntário do constituinte, mas em razão de uma escolha intencional. Neste caso há silêncio eloquente, em que a não inclusão significa a exclusão.

A doutrina supracitada permite inferir que a analogia, como método de integração, cabe somente quando houver lacuna. No caso do silêncio eloquente, o legislador quis voluntariamente excluir da lei outras hipóteses aplicáveis. A situação contemplada na norma torna-se, então exauriente.

Essa abordagem doutrinária fez-se importante para concluir pela existência de silêncio eloquente, não de lacuna.

Questiona-se a possibilidade de incorporação dos demais institutos inovados pela Lei 13.964/2019, como, por exemplo, o juiz de garantias e o acordo de não persecução penal. Para verificar essa possibilidade ou não, deve-se verificar se é caso de lacuna ou de silêncio eloquente. Caso se trate de lacuna, o art. 3º, a do CPPM permite, nos casos omissos, o uso da legislação processual penal comum, desde que não afete a índole do processo penal militar. Se fosse esse o caso, seria possível aplicar tais institutos. Todavia, será visto que não se trata de lacuna.

O legislador previu de forma detalhada e até mesmo exauriente, em alguns casos, os institutos como o juiz de garantias e o acordo de não persecução penal. Ao fim de diversos dispositivos em que se chegou a

definir, por exemplo, as etapas da cadeia de custódia, surgiu o supracitado art. 16-A do CPPM (criado pelo art. 18 da Lei 13.964/2019), sem qualquer outro artigo ou inciso que se permita inferir que os casos previstos na Lei Anticrime são aplicáveis à justiça comum e à especializada.

Com absoluto respeito a eventuais posições em sentido contrário, tal quadro permite concluir que se trata de silêncio eloquente do legislador, que optou politicamente por criar somente o art. 16-A do CPPM e silenciar quanto aos demais, indicando ao intérprete que, com isso, os excluiu da incidência no Processo Penal Militar. Dessa forma, restam excluídos do Processo Penal Militar e, portanto, das Justiças Militares, o acordo de não persecução e o juiz de garantias, além das demais previsões de natureza processual. Quanto à cadeia de custódia, trata-se de metodologia já aplicada na Justiça Militar e objeto de questionamento frequente pela Defensoria Pública da União (Teles, 2020, p. 409-410).

O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, em magistral declaração de voto no HC 7000374-06.2020.7.00.0000, explicita as linhas doutrinárias acerca do cabimento ou não do acordo de não persecução penal (ANPP). Certamente, em vista da relação de abrangência entre a Lei Anticrime e o ANPP, que dela faz parte, essas teses aproveitam o debate sobre a dicotomia “lacuna/silêncio eloquente” no que tange à aplicabilidade da Lei 13.964/2019 na Justiça Militar. Cabe, portanto, transcrever trecho importante do voto do Min. Péricles, que foi durante décadas membro do Ministério Público Militar e hoje integra o Superior Tribunal Militar (STM):

Em pesquisa à doutrina pátria verificamos os mais diversos posicionamentos. A corrente que se posiciona a favor da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar considera que o § 2º do art. 28-A do CPP relacionou um rol taxativo das hipóteses em que não se aplica o Acordo e não vedou a aplicação aos crimes militares. Alega que, embora sejam impostas ao militar condições e ônus distintos em relação ao civil, não lhes devem ser afastados os direitos fundamentais, tal como o da liberdade. Ademais, entende por sua aplicação, por se tratar de instituto mais benéfico para o

investigado. Um outro argumento utilizado se fundamenta no fato que se o legislador tivesse de fato a intenção de vedar o Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar, doria de forma expressa, tal como procedeu no art. 90-A da Lei 9.099, de 26.9.1995, que dispõe acerca da não aplicabilidade das disposições próprias dos Juizados Especiais na Justiça castrense.

(...)

Ainda, dentre os que defendem a possibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, existem entendimentos que a Resolução 181/CNMP, de 2017, e a Resolução 101/CSMPM, de 2018, permanecem em vigor e servem de parâmetro para o Acordo no âmbito da Justiça Militar:

Ocorre, todavia, que, antes da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, a norma de regência do acordo de não persecução penal era a Resolução nº 181/17, tanto para os crimes comuns quanto para os crimes militares. O Código de Processo Penal passou a ser a norma de regência do referido negócio jurídico pré-processual para os crimes de competência da justiça comum; porém, no silêncio da lei quanto ao regramento aplicável aos crimes militares, conclui-se que continua sendo a Resolução 181/17 do CNMP a norma que regulamenta o acordo de não persecução penal no âmbito da justiça castrense, já que esta não fora revogada explícita ou tacitamente pelo novo regramento legal. Ressalte-se, não se trata da sustentação de que se operou o fenômeno da repristinação legislativa, simplesmente pelo fato de que a norma não fora revogada, implícita ou explicitamente.

E, assim como a Resolução 181/17 do CNMP, deve ser igualmente aplicada a Resolução 101/18 do Conselho Superior do Ministério Público Militar, que servirá de parâmetro para o oferecimento do acordo de não persecução penal tanto na Justiça Militar da União, quanto na Justiça Militar Estadual:" (MILHOMEM, Flávio. A necessidade do acordo de não persecução penal na Justiça Militar Brasileira. Disponível em:

<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/07/19/A-necessidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-Justica-Militar-brasileira>. Acesso em: 19 ago. 2020.)

Já os que defendem a impossibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, se fundamentam basicamente, no fato de que a Lei 13.964, de 2019, promoveu alterações tanto no Código de Processo Penal quanto no Código de Processo Penal Militar, e a alteração procedida neste último se restringe à inclusão do art.16-A. Assim, o fato de o CPPM ter sido alterado apenas para inclusão do referido artigo, indicaria que as demais alterações promovidas no CPP não se repetiram na lei adjetiva castrense por deliberada intenção do legislador, o que leva ao entendimento que as inovações promovidas em um não se estendem ao outro. É o que se denomina "silêncio eloquente" do legislador.

Nesse sentido manifesta-se Rogério Sanches Cunha:

(...)

Em artigo de lavra do ilustre Magistrado da Justiça Militar do Estado de São Paulo, Ronaldo João Roth, juntamente com dois Oficiais da Academia da Polícia Militar do Piauí, afirmam que a intenção do legislador foi alterar o CPPM em um só ponto. Desse modo, entendem que se caso o legislador desejasse instituir o Acordo de Não Persecução Penal na Justiça Militar, o teria feito de forma expressa e reforçam o argumento ao tratar da proibição de aplicação dos institutos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo em relação aos crimes militares, nos termos do art. 90-A da Lei 9.099, de 27 1995, o que afastaria a possibilidade de aplicação do Acordo:

(...)

Em análise ao caso concreto, julgamos não haver amparo legal para a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no âmbito da Justiça Castrense. A Lei 13.964, de 2019, ao estabelecer alterações na legislação penal e processual penal pátrias, modificou, entre outras coisas, dispositivos do Código de Processo Penal e do Código de Processo Penal Militar. No CPP inseriu dispositivo acerca do referido instituto, contudo, em relação ao CPPM limitou-se a acrescer o art. 16-A, que trata especificamente da possibilidade de se constituir defensor em determinados procedimentos investigatórios. Da leitura comparativa do art. 28-A incluído no CPP com as Resoluções acerca do mesmo tema expedidas pelo CNMP citadas acima, verifica-se que a redação do texto de Lei Ordinária aprovado inspirou-se nas referidas Resoluções, com a exclusão dos dispositivos atinentes aos delitos cometidos por militares. Tal aspecto é claramente percebido diante da análise da tramitação perante o Congresso Nacional do Projeto que deu origem à Lei 13.964, de 2019. Observa-se que, embora a redação inicialmente proposta para o art. 28-A do CPP incluía o inciso III ao seu § 2º, de redação idêntica à do § 12 do art. 18 da Resolução 181 CNMP, de 2017, com referência à não admissão de proposta de Acordo de Não Persecução Penal em caso de crimes praticados por militar que "afetem a hierarquia e a disciplina das Forças Armadas ou Polícias Militares", tal dispositivo foi excluído da

Proposição ainda durante sua tramitação na Câmara dos Deputados. Ademais, a Justificação ao referido Projeto, ao tratar do Acordo, dispôs expressamente acerca da sua não aplicação aos "crimes militares", sem qualquer exceção:

São previstas condições que assegurem efetiva reparação do dano causado e a imposição de sanção penal adequada e suficiente, oferecendo alternativas ao encarceramento.

Excluem-se da proposta os crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, os crimes hediondos ou equiparados, os crimes militares e aqueles que envolvam violência doméstica ou cometidos por funcionário público contra a administração pública. Com vistas a evitar a impunidade, o mesmo anteprojeto institui nova causa impeditiva do curso da prescrição, enquanto não for integralmente cumprido o acordo de não persecução.

(Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 10372/2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=Tramitacao-PL+10372/2018. Acesso em: 19 ago. 2020).

Resta claro, portanto, que não houve omissão ou mesmo esquecimento por parte do legislador em não tratar do Acordo de Não Persecução Penal no Código de Processo Penal Militar, mas de fato, um silêncio eloquente, o que indica a intenção clara de afastar a possibilidade de aplicação do instituto no âmbito da Justiça Castrense.

Observa-se, portanto, que no mínimo três doutrinadores sinalizam para a existência de silêncio eloquente: ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Rogerio Sanches Cunha e Ronaldo João Roth.

É o pensamento também do STM e, como já foi mostrado, o entendimento em relação ao qual o presente trabalho se filia.

Outra área de atuação em que o MPM já vem empreendendo experiências com sucesso é na tutela coletiva, principalmente no que se refere aos atos de improbidade administrativa. Nessa seara, há constante e incansável luta, por parte de combativos membros do Ministério Público Militar, inclusive da Procuradoria-Geral de Justiça Militar, para que, futuramente, o legislador venha a contemplar expressamente a atribuição do MPM para a propositura das ações de improbidade administrativa. Hoje ainda há grande debate acerca da legitimidade ativa do MPM para ajuizar ações judiciais por ato de improbidade administrativa. Os colegas que se deparam com tais situações, a fim de evitar questionamentos que só atrasam a prestação jurisdicional e a tutela dos bens coletivos envolvidos, em geral requerem ao Juízo Federal a intimação do MPF para atuação em litisconsórcio ativo, o que é mais “aceito” em vista da inequívoca legitimidade do Parquet Federal.

Hoje há grande confusão entre atribuição do MPM e competência da JMU, “atrelando” uma a outra indevidamente. O MPM tem legitimidade para a ação civil pública (ACP) por intermédio das atribuições genericamente

delegadas pela Lei Complementar 75/1993 ao Ministério Público da União (MPU), conforme o art. 6º, VII:

- VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para:
- a) a proteção dos direitos constitucionais;
 - b) a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
 - c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
 - d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

É o pensamento de Jorge Cesar de Assis, Dalila Maria Zanchet e Soel Arpini (Assis, 2011, p. 57). Setores divergentes da doutrina apontam que o MPM apenas possui as atribuições que lhe são deferidas pelos arts. 116 e 177 da LC 75/93, porém não explicam o porquê de o Ministério Público do Trabalho ajuizar ações civis públicas na Justiça Federal; e, no art. 83, III da LC 75/93, nas atribuições específicas, existir a referência à propositura da ACP apenas na Justiça do Trabalho.

Só há uma explicação: o MPT ajuíza as ações civis públicas na Justiça Federal com base nas atribuições genéricas atribuídas ao MPU como um todo. Não há limitação da atuação em Justiças distintas. O MPF não atua perante a Justiça Militar da União, por exemplo, porque não tem atribuição para promover a ação penal militar, entretanto, a competência da Justiça Federal é ampla o suficiente para permitir a legitimidade ativa do MPM para a ACP, quando os bens coletivos tutelados guardarem pertinência com a Administração Militar ou quando houver correspondência fática com feitos tramitando na Justiça Militar da União, pois nesse caso haverá, além da pertinência temática com o controle externo da Administração Militar, sempre um bem ou interesse da União a atrair a competência da Justiça Federal para a ACP correspondente.

Evidentemente, o ideal é que o legislador venha a prever expressamente essa legitimidade, a fim de evitar dissidências doutrinárias e questionamentos judiciais que apenas beneficiam os infratores e protelam a sanção a eles devida.

Por fim, um grande desafio que se avizinha alvissareiro é a mudança de paradigma doutrinário para a inclusão de pautas que beneficiam a persecução penal e a sua efetividade. Esses novos marcos teóricos visam (re)equilibrar o processo penal, inclusive o militar, pois até pouquíssimos anos se vislumbrava apenas densa e “sufocante” atmosfera de homenagens e vassalagem à defesa, para alguns “majestade” soberana nas lides penais. Por óbvio, jamais se cogita em admitir violações aos direitos fundamentais de investigados, acusados ou condenados, mas sim um equilíbrio penal e processual penal, concedendo-se relevância também ao papel da vítima e da proteção da sociedade.

Para melhor explicitar o tema, faz-se necessário abordar os chamados mandados de criminalização e as obrigações processuais penais positivas.

As obrigações processuais penais positivas são deveres de proteção do Estado em relação à sociedade e às vítimas de fatos compreendidos como crimes, deveres esses de natureza geral (pela mera existência do Princípio da Proporcionalidade sob o prisma da vedação à proteção deficiente – ou insuficiente) ou específica (relacionados a determinados preceitos constitucionais). Decorrem do próprio texto constitucional e dos tratados e convenções aos quais o país se vincula internacionalmente por tê-los ratificado.

O Princípio da Proporcionalidade, sob o prisma da persecução penal, apresenta um duplo viés: vedação ao excesso (garantias negativas ou deveres de abstenção) e vedação à proteção deficiente (garantias positivas ou deveres de prestação e proteção). Esse enunciado normativo implícito possui, como

todo princípio constitucional, eficácia irradiante ao Estado como um todo, ou seja, destinada aos três Poderes. Para o Poder Judiciário, se relaciona à imposição das sanções penais obedecer a uma individualização justa e adequada ao caso concreto, nem pecando pelo excesso, muito menos pela insuficiência. Para o Legislativo, implica em não produzir normas penais desproporcionais, mas ao mesmo tempo produzir as leis incriminadoras que a Constituição Federal e tratados/convenções internacionais determinam. A esses comandos ao Legislador, sejam constitucionais ou supralegais (que, via de regra, é o *status* dos tratados internacionais), são chamados de “mandados de criminalização”. Estão espalhados pela Constituição Federal (art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, art. 225, § 3º etc) e em Tratados/Convenções (Convenção de Mérida, Convenção de Viena etc). Cabe ainda mencionar que, se o Legislativo pátrio revogar uma lei que antes fora publicada para cumprir um mandado de criminalização, ficará novamente em mora com essa obrigação, inclusive perante os demais países igualmente signatários de tratados que vinculem o Brasil, caso o correspondente mandado de criminalização decorra de um tratado ou convenção.

205

Esses mandados de criminalização, em combinação com o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, zelam pela proteção de bens penalmente caros à sociedade e à Administração Pública, como moralidade administrativa, saúde pública, segurança e vida, entre outros. Se o Judiciário não se torna apto a prestar adequadamente a jurisdição e oferecer à sociedade e às vítimas a adequada resposta, o país falha com uma obrigação constitucional e também fica em mora com convenções e tratados ratificados pelo Brasil.

O Brasil já recebeu oito condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações aos direitos das vítimas e não dos acusados! São oito condenações na CIDH porque o país não foi capaz de oferecer respostas adequadas e razoavelmente céleres à sociedade e às vítimas, bem

como não foi capaz de proteger essas pessoas da ação de criminosos: Caso Damião Ximenes Lopes, Caso Sétimo Garibaldi, Caso Escher, Caso Gomes Lund, Caso da Fazenda Brasil Verde, Caso Favela Nova Brasília, Caso do Povo Xucuru e Caso Herzog. Vale observar que os atos delituosos nem sempre foram perpetrados por agentes do Estado, mas a condenação decorreu da falha na prestação jurisdicional, inclusive pela morosidade ou inação estatal. Essa disfunção estatal, no caso da persecução penal, decorre de diversos fatores, entre eles um aparato recursal que supera o limite do razoável, a exigência do exaurimento de todos os graus de jurisdição para que haja execução da pena, a “explosão” dos índices de criminalidade e, em consequência, das ações penais, e medidas de política criminal que promovem a sensação de impunidade.

206

No caso da Justiça Militar da União, com íntima correlação com os dois temas supracitados, existem quatro preocupações que, no entender do presente trabalho, exigem a atuação próxima e diligente do Ministério Público Militar.

A primeira é o fato de a polícia judiciária militar não ser profissional e estar subordinada diretamente aos comandos das Organizações Militares, o que, em algumas situações onde haja o envolvimento do Estado-Maior daquela Unidade Militar ou até do próprio comandante, chefe ou diretor, pode comprometer a eficácia da apuração em sede de IPM ou criar obstáculos. As normas acerca da polícia judiciária militar datam de 1969, visto que se encontram positivadas no CPPM, época em que os delitos praticados eram, em geral, de complexidade sensivelmente menor que atualmente. Atualmente, os procedimentos licitatórios podem envolver comportamentos ativos ou omissivos das maiores autoridades militares que detenham poder decisório, o que demanda uma polícia judiciária militar desvinculada daquela cadeia de subordinação funcional, a fim de que haja liberdade de ação investigativa. Um modo de minimizar ou eliminar qualquer

forma de influência é formar um quadro de assessoria jurídica subordinado diretamente aos Comandos das Forças Armadas, que seria responsável pela apuração dos ilícitos nas diversas Unidades Militares. A correta apuração dos desvios de recursos da Administração Militar e, em especial, a devolução desses valores ao erário, faz parte de uma obrigação imposta ao país fruto da avença feita na Convenção de Mérida. A corrupção e os crimes licitatórios infelizmente já fazem parte das investigações mais complexas, que vem aumentando nos últimos cinco anos.

A segunda questão importante para o MPM e relacionada aos mandados de criminalização e as obrigações processuais penais positivas é a celeridade processual. O MPM e a JMU sempre tiveram um desempenho exemplar nesse aspecto, tanto que em 2019 a média de duração de um processo na Justiça Militar da União era de um ano e três meses na primeira instância e de nove meses no STM (CNJ, 2020). Os prazos na primeira instância ficaram em média dois meses menores em relação a 2018, por exemplo. Entretanto, com o aumento do volume dos feitos de grande complexidade, torna-se possível que esse prazo não se sustente. É necessário que haja mudança de mentalidade por parte dos membros do MPM, a fim de que saiam da “zona de conforto” para investirem no aperfeiçoamento técnico e no uso de ferramentas de “big data”, algumas já utilizadas pelo Tribunal de Contas da União e pela Controladoria-Geral da União. Por outro lado, também em toda a Justiça Militar da União deve haver certa mudança de paradigmas, como a resistência de alguns magistrados ao fracionamento de investigações com grande número de indiciados, bem como o necessário e constante aperfeiçoamento (inclusive para que não se criem temores e “preconceitos” com novos meios de obtenção de prova, como a colaboração premiada, e instrumentos de investigação modernos).

A terceira questão é a atenção com a persecução patrimonial, principalmente nos crimes militares relacionados com desvios de recursos

públicos, ou seja, delitos licitatórios, peculatos, corrupção, concussão e similares. Como foi mencionado, a devolução ao erário dos valores desviados é até mesmo imposta, nos casos de corrupção, pela Convenção de Mérida.

A quarta e última questão é o “combate” incessante contra a procrastinação defensiva e contra os recursos protelatórios, pleiteando-se inclusive a decretação do trânsito em julgado em casos de irresignações nitidamente dilatórias (“Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário”). Essa medida já vem sendo adotada em alguns casos pelo STM (há pelo menos dois precedentes em 2019/2020 com certificação do trânsito em julgado da condenação ou durante o curso do processo, em relação a recursos interpostos contra decisões interlocutórias: Agravo Interno 7001466-53.2019.7.00.0000 e Apelação 7000381-95.2020.7.00.0000) e é ferramenta que reequilibra o processo penal, que é instrumento e não fim, ou seja, se presta como meio de consecução de justiça e não de injustiça contra a vítima e contra a sociedade.

Existem dezenas de situações em que o dever de o Estado proteger de forma efetiva a sociedade e os interesses da vítima se traduz em formas de reequilibrar o processo e afastar interpretações desproporcionais e visivelmente aberrantes, de modo que o papel do Ministério Público Militar é fundamental na sustentação de teses que busquem a efetividade processual e na contraposição imediata e incisiva a argumentações defensivas que revelem potenciais violações a obrigações processuais penais positivas.

5 CONCLUSÃO

O Ministério Público Militar tem uma história belíssima de grande contribuição para a sociedade brasileira. Ao atuar perante a Justiça mais antiga do país sempre com destaque nos momentos historicamente mais relevantes, tornou-se referência na busca da verdade, na persecução criminal

especializada e na defesa incessante dos valores mais caros às instituições militares. Além da atuação tradicional, graças às iniciativas de diligentes colegas, a propositura de ações civis públicas perante a Justiça Federal inaugurou um novo momento na atuação funcional do MPM.

O Parquet Castrense é o menor ramo do Ministério Público da União, porém a relevância de sua atuação e o desempenho na tutela dos direitos indisponíveis relacionados à Administração Militar o faz de fato uma função essencial de fato e de direito, tal qual previsto na Constituição Federal.

O MPM vem superando os desafios que lhe foram apresentados ao longo de sua existência bem sucedida de um século e, para que assim prossiga, a instituição deve ter o olhar para o futuro com os pés no presente e levando consigo a experiência do passado, a fim de que eventuais equívocos (naturais, visto que é uma instituição formada por seres humanos) não se repitam. Os desafios que surgem são complexos e exigem aprimoramento continuado dos membros e servidores do Ministério Público Militar. Os servidores do MPM, importantíssimos contribuintes para o sucesso na superação de cada dificuldade, devem sempre ser reconhecidos como peça indispensável na engrenagem funcional e administrativa, bem como a eles deve ser oportunizado o aperfeiçoamento para que prossigam na toada da eficiência. Os membros do MPM, por sua vez, como maestros da persecução criminal, precisam de constante atualização. Hoje é indispensável o manejo de forças-tarefa, de grupos especializados, de aprimoramento em modernas técnicas de investigação e de constante atenção para o uso adequado de estratégias de atuação.

O MPM se modernizou e, assim, vem aprimorando suas ferramentas e atua segundo seu plano estratégico, instrumento indispensável para estabelecer diretrizes de atuação e priorizar despesas.

É um Ministério Público moderno e capaz de atender demandas complexas que possam surgir.

O escopo do presente trabalho foi realizar uma visita a aspectos históricos no período anterior à Constituição Federal de 1988 e, após seu advento, abordar os marcos legais e doutrinários que, ao longo da cronologia, se mostraram como desafios a serem superados pela atuação funcional do MPM, culminando com os mais recentes acontecimentos e seu tratamento teórico e prático. Por certo, o assunto tem muitas formas de abordagem, porém aqui se teve por fito destacar diversos aspectos, sem grande aprofundamento de cada um, contudo de modo a permitir ao leitor captar a importância do MPM e sua enorme capacidade de solução de demandas complexas, inclusive as vindouras. Espera-se que nos próximos cem anos, o Ministério Público Militar permaneça em destaque, na “linha de frente” da persecução penal, como referência funcional entre seus pares.

210

REFERÊNCIAS

ARPINI, Soel; ASSIS, Jorge Cesar; ZANCHET, Dalila Maria. *Legitimidade do Ministério Público Militar para a interposição da ação civil pública*, 2011.

ASSIS, Jorge Cesar. *Comentários ao código penal militar*, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2009.

CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*, 2015.

CNJ. *Justiça em Números 2009 a 2019*. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=qvw_1%2FPai

nelCNJ.qyw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 14 out. 2020.

DUARTE, Antônio Pereira. *Histórico do Ministério Público Militar*. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/cmmpm-centro-de-memoria/historico-do-mpm/>. Elaborado em 2017. Acesso em: 10 out. 2020.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 2013.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. A Lei 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas. *Observatório da Justiça*, 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/09/26/a-lei-n%C2%BA-1349117-e-os-reflexos-na-aplica%C3%A7%C3%A3o-da-parte-geral-do-c%C3%B3digo-penal-militar-e-nas>. Acesso em: 15 out. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Leonardo Martins (org.). Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

TELES, Fernando Hugo Miranda. Greve de militares, anistia e diálogos constitucionais. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 27, 2017.

TELES, Fernando Hugo Miranda. Possíveis implicações do pacote anticrime no direito penal militar e no processo penal militar. *Pacote Anticrime*. Org. Gabriel Habib, 2020.

TELES, Fernando Hugo Miranda. Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União: um estudo de caso. *Jus.com*. Elaborado em 11/2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso>. Acesso em: 9 out. 2020.

O centenário do Ministério Público Militar

Aroldo Freitas Queirós

Oficial de Justiça Avaliador Federal da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar. Especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2320980147393317>

E-mail: aroldofq@gmail.com

2º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2020

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente artigo analisa o processo de criação do Ministério Público Militar, passando pelo estudo histórico das normas que impactaram a sua atuação nesses 100 anos. Foi perquirida a origem e o significado da palavra *parquet*. Analisou-se a gestão de todos os procuradores-gerais de Justiça Militar e tratou-se em tópico próprio da relevante atuação das mulheres no órgão. Abordou-se o perfil constitucional, os princípios, os valores, a projeção constitucional e a formação identitária da instituição. Foi abordada a legitimidade ativa do MPM para a promoção de inquérito civil público e de ação civil pública na Justiça Federal. O árduo processo de inserção de representante do MPM no CNMP foi abordado com ênfase nos bastidores da aprovação da EC nº 45/2004. Por fim, foi demonstrada a importante atuação do MPM em momentos de instabilidade nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público Militar; *parquet*; procuradores-gerais de Justiça Militar; trajetória histórica; Direito Constitucional; Código Penal Militar; Código de Processo Penal Militar; CNMP; ação civil pública; atuação internacional.

ENGLISH

TITLE: The Centenary of the Military Public Prosecutor's Office.

ABSTRACT: This article analyzes the process of creating the Public Prosecutor's Office, going for the historical study of the norms that impacted its performance in these 100 years. It was investigated the origin and meaning of the word *parquet*. The management of all Attorneys General was analyzed of Military Justice and dealt with in a specific topic of the relevant performance of women in the body. The constitutional profile, principles, values, constitutional projection and training were addressed identity of the institution. MPM's active legitimacy for the promotion of an inquiry was addressed civil and public civil action in the Federal Court. The arduous process of inserting Military Public Prosecutor's Office's representative at CNMP (National Council of Public Prosecutors) was approached with emphasis behind the scenes of the approval of EC (constitutional amendment) nº 45/2004. Finally, was demonstrated the important role of the MPM (Military Public Prosecutor's Office) in times of national and international instability.

KEYWORDS: Military Public Prosecutor's Office; *parquet*; attorneys general of Military Justice; historical trajectory; constitutional right; military penal code; military criminal procedure code; National Council of Public Prosecutors; public civil action; international operations.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Trajetória histórica do Ministério Público Militar – 3 Origem da expressão *Parquet* – 4 Os Procuradores-Gerais de Justiça Militar – 5 Perfil constitucional, princípios, valores, projeção constitucional e formação identitária – 6 Da legitimidade do Ministério Público Militar para propositura da ação civil pública – 7 A representação do Ministério Público Militar no Conselho Nacional do Ministério Público – 8 A atuação das Mulheres no Ministério Público Militar – 9 O Ministério Público Militar na Segunda Guerra Mundial – 10 O Ministério Público Militar nas missões de paz das Nações Unidas – 11 A atuação perante a Missão de Verificação das Nações Unidas em Angola (UNAVEM) – 12 A atuação perante a Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH) – 13 A atuação do Ministério Público Militar perante a Força Interina das Nações Unidas no Líbano (UNIFIL) – 14 A atuação do MPM para compatibilização das normas internas aos princípios do Tribunal Penal

Internacional – 15 A Atuação do Ministério Público Militar em grandes eventos esportivos internacionais, em operações de garantia da lei e da ordem e em intervenção federal – 16 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

O início da trajetória centenária do Ministério Público Militar ocorreu com o Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, editado pelo presidente da República dos Estados Unidos do Brasil Epitácio Pessoa, que instituiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar. Em seu art. 5º, alínea “a”, foi previsto que as autoridades judiciárias militares seriam auxiliadas pelo Ministério Público, e que este seria composto de um procurador-geral e de promotores da Justiça Militar. Segundo Duarte (2020), trata-se, portanto, do mais antigo ramo do Ministério Público da União (MPU). Contribuindo com essa análise, Teles (2020) ensina que o Ministério Público Federal (MPF), na configuração atual, surgiu em 1951, enquanto que o MPM (Ministério Público que atua perante a Justiça Militar) surgiu em 1920. Ressalta, no entanto, que desde 1890, já havia procurador-geral da República e Ministério Público atuando perante a Justiça Federal (artigos 21 a 24 do Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890).

Antes disso foram feitas diversas tentativas para introduzir no Brasil o Ministério Público Militar. Dentre as tentativas, Carvalho (1992) cita o projeto de Nabuco de Araújo, de 1850, que criava uma Promotoria Pública para officiar perante os Conselhos de Justiça; e o projeto de nº 475, de 1907, apresentado à Câmara dos Deputados, de autoria do Deputado Dunshee de Abranches, que, nos artigos 35 e 36, criava o cargo de procurador-geral para officiar perante o então Supremo Tribunal Militar (atual Superior Tribunal Militar), com funções idênticas às do procurador-geral que oficiava perante o Supremo Tribunal Federal (STF), e também instituía os cargos de promotor de Justiça Militar.

Em sessão no Superior Tribunal Militar (STM), no dia 30 de outubro de 2019, o ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz fez referência ao Dia do Ministério Público Militar e do Código de Justiça Militar de 1920, que, naquela ocasião, completava 99 anos. Para o ministro, a norma inovadora – até então o regramento procedimental na Justiça Castrense era determinado por normatização interna do Supremo Tribunal Militar (o Regulamento Processual Criminal de 1895) – além de estabelecer o trâmite processual no âmbito da Justiça especializada, é conhecida como marco democrático no cenário nacional. E prosseguiu lembrando que, em que pese a legislação histórica já apontar sobre instituição similar ao *Parquet* das Armas no Alvará de 1640, que criou os Conselhos de Guerra, e no Regimento de 1643, os cargos de procurador-geral e promotores da Justiça Militar foram pela primeira vez criados na norma de 1920.

216

Feita essa observação e retornando ao ano de 1920 com a edição do Código de Organização Judiciária e Processo Militar, verifica-se que o MPM foi previsto como um auxiliar da Justiça Militar, assim como os escrivães e os oficiais de justiça. O ingresso no órgão não se dava por meio de concurso público, mas sim por meio de nomeação do presidente da República, dentre os cidadãos diplomados em ciências jurídicas e sociais, e havia preferência para os que fossem ou tivessem sido militares. Já o procurador-geral, chefe do Ministério Público, também era nomeado pelo presidente da República, mas dentre os auditores de 2ª entrância (havia os Auditores de 1ª e de 2ª entrância). Foi conferida independência recíproca entre o Ministério Público e o Judiciário, no que se refere ao exercício das respectivas funções. Foi prevista, ainda, a figura do promotor interino e do promotor *ad hoc*. Como órgão auxiliar, incumbia ao promotor da Justiça Militar, entre outras atribuições, requisitar à autoridade militar competente a instauração de inquérito policial militar (IPM) para o descobrimento do crime e seus autores, oferecer denúncia e interpor os recursos legalmente previstos. Nessa época, o

processo criminal era iniciado por meio de denúncia oferecida pelo Ministério Público ou *ex-officio* pelo presidente do Supremo Tribunal Militar ou pelo auditor em todos os crimes quando, esgotado o prazo legal, não tivesse sido apresentada a denúncia. A exigência de denúncia para o início da ação penal foi uma inovação do Código de 1920, pois, na vigência do Regulamento Processual Criminal Militar de 1895, o processo iniciava-se pela pronúncia do indiciado, nos termos do seu art. 28.

Registre-se que o Código de Organização Judiciária e Processo Militar foi posteriormente alterado pelo Decreto nº 15.635, de 26 de agosto de 1922; pelo Decreto nº 17.231-A, de 26 de fevereiro de 1926; e pelo Decreto nº 24.803, de 14 de julho de 1934 (mudando a denominação para Código da Justiça Militar).

Analisando o nascimento do MPM, Assis (2009) afirma que o órgão nasceu de certa forma subordinado à Justiça Militar e ao Poder Executivo, seja porque os promotores de Justiça estavam classificados naquele diploma como auxiliares da Justiça Militar (art.29); seja porque o procurador-geral seria um dos auditores de 2º grau, o que implica dizer que o chefe do MPM era um membro do Poder Judiciário (art.30); seja porque os cargos do chefe do MPM e dos promotores eram demissíveis *ad nutum*, já que os referidos membros exerceriam os seus cargos enquanto bem servissem ao Governo (art.59).

217

2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

O Código de Organização Judiciária e Processo Militar de 1920 foi editado sob a égide da Constituição de 1891. Referida Carta Constitucional não fazia referência expressa ao Ministério Público, mas tão somente dispunha sobre a escolha do procurador-geral da República e a sua iniciativa na revisão criminal.

Na Constituição de 1934, de forma inédita, o MPM adquiriu assento constitucional. Em seu art. 98, dispunha que o Ministério Público na Justiça Militar seria organizado por lei especial. Poder Judiciário e Ministério Público foram tratados em capítulos diferentes no texto constitucional; o Poder Judiciário, no capítulo IV, e o Ministério Público, no capítulo VI (Os Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais). Registre-se que a Justiça Militar antes da Constituição de 1934 era integrante do Poder Executivo.

A Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936, instituiu, como órgão da Justiça Militar, o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), que deveria funcionar sempre que fosse deflagrado o estado de guerra. Foi previsto, em seu artigo 7º, que funcionaria perante o TSN um procurador nomeado pelo presidente da República e, como seus adjuntos, os promotores, os adjuntos da justiça local do Distrito Federal ou da Justiça Militar, requisitados por intermédio do Ministério da Justiça ou do Ministério da Guerra.

De acordo com o Histórico do Ministério Público Militar, constante do Planejamento Estratégico do Ministério Público Militar (período 2011 a 2015), certamente não era satisfatório para o MPM atuar em circunstâncias tão autoritárias, sobretudo pelo rompimento de garantias arduamente conquistadas ao longo dos tempos, como ocorrido em relação ao Decreto-Lei nº 4.766/42, que definia crimes militares e contra a segurança do Estado, prevendo sua aplicação retroativa. Tal aplicação retroativa não escapou de críticas, pois mesmo em tempo de guerra, em que garantias podem ser legitimamente restringidas ou ceifadas, não haveria justificava para aplicação retroativa da citada legislação penal, em total desarmonia com o princípio da anterioridade.

A Constituição de 1937, conhecida como “Polaca”, e outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, não fez referência expressa ao MPM, acarretando verdadeiro retrocesso institucional. Tal Constituição se limitou a prever, em

seu art. 99 (dentro do tópico relacionado ao STF), que o MPF teria por chefe o procurador-geral da República, que atuaria perante o STF, e seria de livre nomeação e demissão do presidente da República. A escolha do procurador-geral da República era feita adotando-se os mesmos requisitos exigidos para a escolha de ministro do STF.

O Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938, editado pelo presidente da República Getúlio Vargas, estabeleceu o Código de Justiça Militar. Em relação ao Decreto nº 14.450/1920, verifica-se que o MPM foi mantido como órgão auxiliar da Justiça Militar e mantida a independência recíproca entre o Ministério Público e o Judiciário, no que se refere ao exercício das respectivas funções. Mudança de relevo pode ser apontada no art. 187 ao dispor que a ação penal só poderia ser promovida por denúncia do Ministério Público, não prevendo mais, assim, a possibilidade de o processo criminal ser iniciado por meio de denúncia oferecida *ex-officio* pelo presidente do Supremo Tribunal Militar ou pelo auditor. Outra mudança relevante consta do art. 63, ao não prever mais a possibilidade de demissão *ad nutum*. O procurador-geral e os representantes do Ministério Público somente poderiam perder seus cargos em virtude de sentença judiciária ou quando provada falta grave, mediante processo administrativo, assegurada a ampla defesa.

A Constituição de 1946, denominada de “Carta Democrática”, restituiu ao Ministério Público o prestígio retirado pela Constituição de 1937. Fez referência expressa ao Ministério Público em título próprio (artigos 125 a 128), sem vinculação aos Poderes Executivo ou Judiciário.

Foram garantidas aos seus membros a estabilidade e a inamovibilidade, além de ingresso na carreira mediante concurso público. Também estabeleceu sua organização na seara federal e estadual, prevendo a atuação perante a Justiça Militar.

A Lei nº 1.341/51 materializou o primeiro estatuto orgânico do Ministério Público da União (MPU). Em seu Título III, tratou do MPM em quatro seções (Da Carreira, Do Procurador-Geral da Justiça Militar, Dos Promotores Militares e Das Substituições). Ao tratar da carreira, dispôs que os promotores Militares seriam classificados em três categorias. Tal informação será relevante mais à frente quando da abordagem do Decreto-Lei nº 267/67, do Código de Processo Penal Militar (CPPM) de 1969 e da Lei Complementar nº 75/93.

Na Constituição de 1967, o Ministério Público foi inserido no capítulo destinado ao Poder Judiciário. Em seu art. 137, constou que a lei disporia sobre o MPU em relação aos Juízes e Tribunais Federais. Para ingresso na carreira, passou-se a exigir concurso público de provas e títulos (não havia previsão de títulos na Constituição de 1946). Almeida (2020) narra que, à época, nos concursos públicos para ingresso no MPM, os que não eram advogados eram excluídos do certame em decorrência da impossibilidade de comprovação de prática forense e que tal situação só foi revista a partir de decisão da Justiça Federal no ano de 1987, permitindo, por exemplo, que outras atividades como as de assessoria e de consultoria exercidas por policiais civis e militares pudessem ser utilizadas para comprovar a atuação como operadores de direito.

O Decreto-Lei nº 267, de 28 de fevereiro de 1967, introduziu alteração no MPU em relação à Justiça Militar e deu outras providências. Logo em seu art. 1º, os atuais cargos de promotores de 1ª, 2ª e 3ª categorias do MPU para atuar na Justiça Militar receberam a denominação de procuradores de 1ª, 2ª e 3ª categorias. De acordo com Soares e Queiroz (2012), a alteração da denominação do cargo de promotor militar para procurador militar, colocava o cargo em isonomia com os demais ramos Federal e do Trabalho, que jamais usaram a nomenclatura “promotor”. Assim, o termo que surgiu no Código da Justiça Militar de 1920, mas já era mencionado no Anteprojeto de Magalhães

de Castro (1865) com o título de “Promotor de Justiça Criminal Militar”, restou desfigurado para “procurador militar”, permitindo a confusão dele com outros cargos de profissionais que exerciam a representação legal do Estado, o que na época acontecia com os procuradores da República e perdurou até a criação da Advocacia-Geral da União pela Constituição da República de 1988 e sua regulamentação pela Lei Complementar nº 73/1993.

A Emenda Constitucional nº 1/1969 retirou o Ministério Público do Poder Judiciário e o inseriu no capítulo VII destinado ao Poder Executivo (artigos 94 a 96).

No Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o CPPM, o MPM foi previsto como órgão de acusação no processo penal militar; como fiscal do cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases da organização das Forças Armadas, e foi garantida a sua independência no desempenho das funções de natureza processual.

No Decreto-Lei nº 1.003, de 21 de outubro de 1969 (Lei da Organização Judiciária Militar), tratou-se timidamente do MPM. O seu art. 6º dispunha que caberia à lei especial regular o Ministério Público da Justiça Militar. Foi mantida, no art. 56, a recíproca independência entre os órgãos do Ministério Público e de ordem judiciária no exercício das funções.

O Decreto nº 73.173, de 20 de novembro de 1973, dispôs sobre a estrutura administrativa do MPU para atuação na Justiça Militar e deu outras providências. No referido decreto, foram previstos como membros do MPU para a Justiça Militar: o procurador-geral, o subprocurador-geral e os procuradores militares.

Em consonância com a Emenda Constitucional nº 1/1969, que inseriu o Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Executivo, o Decreto nº 76.387, de 2 de Outubro de 1975, previu o Ministério Público como um dos órgãos da estrutura básica do Ministério da Justiça. Subdividindo-o em MPU

e Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios. Foram previstos como órgãos integrantes do MPU: o Ministério Público Federal, assim denominado o que atua perante a Justiça Federal comum e ao STF; o Ministério Público Militar, assim denominado o que atua perante a Justiça Militar da União (JMU); o Ministério Público do Trabalho, assim denominado o que atua perante a Justiça do Trabalho; e o Ministério Público Eleitoral, assim denominado o que atua perante a Justiça Eleitoral. Em 17 de dezembro 1975, por meio da Portaria nº 746, o ministro da Justiça aprovou o Regimento Interno do MPM.

222 A Constituição de 1988 situa o Ministério Público em capítulo especial (Das funções essenciais à justiça), não o alocando na estrutura dos demais Poderes da República. Referida Carta constituiu um marco significativo na valorização do Ministério Público, conceituando-o, em seu art. 127, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Percebe-se, dessa forma, que houve uma ampliação de suas funções e também restou consagrada sua autonomia e independência. De acordo com Mendes e Branco (2018), o Ministério Público recebeu do constituinte de 1988 tratamento singular no contexto da história do constitucionalismo brasileiro, reconhecendo-lhe uma importância de magnitude inédita na nossa história e mesmo no direito comparado. Não é possível apontar outra instituição congênere de algum sistema jurídico aparentado ao brasileiro a que se possa buscar socorro eficaz para a tarefa de melhor compreender a instituição como delineada aqui atualmente.

A Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, organiza atualmente a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Nos artigos 67 e 68, consigna que o MPU mantém representantes naquela Justiça especializada e que os membros do Ministério Público

desempenham, perante a Justiça Militar, atribuições previstas no CPPM e leis especiais.

Com base na Constituição de 1988, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do MPU. Nos artigos 116 a 148, trata da competência, dos órgãos e da carreira do MPM. Foram previstos como órgãos do MPM: o Procurador-Geral da Justiça Militar; o Colégio de Procuradores de Justiça Militar; o Conselho Superior do Ministério Público Militar; a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar; a Corregedoria do Ministério Público Militar; os Subprocuradores-Gerais da Justiça Militar; os Procuradores da Justiça Militar; e os Promotores da Justiça Militar. Note-se, entretanto, que apesar da nomenclatura acima mencionada, tantos os membros do MPM como o próprio sítio eletrônico da instituição (www.mpm.mp.br) preferem usar a expressão “de Justiça Militar” em vez da expressão “da Justiça Militar”. Exemplificando, prefere-se usar promotor de Justiça Militar em vez de promotor da Justiça Militar. É que, de fato, o uso da preposição “de” associada ao artigo “a” pode passar uma ideia errônea de que seus membros pertençam ou estejam subordinados à Justiça Militar. Dito isso, nas referências vindouras, sempre que possível, usar-se-á a expressão “de Justiça Militar”.

A Lei nº 13.491/2017, de 13 de outubro de 2017, promoveu profunda alteração no art. 9º do Código Penal Militar (CPM). Com a entrada em vigor da referida lei, a JMU teve sua competência ampliada e passou a processar e julgar não apenas os crimes definidos no CPM, como também os abarcados pela legislação penal, o que inclui o Código Penal e as leis extravagantes.

Por possuir também caráter de norma processual, importou o deslocamento imediato de processos penais que tramitavam ordinariamente na justiça comum para o juízo militar, desde que ainda estivesse pendente sentença de mérito, conforme decidiu a Terceira Seção do Superior Tribunal

de Justiça ao julgar o conflito de competência nº 160.902 – RJ, em observância ao princípio do *tempus regit actum* e da *perpetuatio jurisdictionis*.

Alerte-se que a natureza da Lei nº 13.491/2017 já é alvo de debate. Queiroz (2020) anota existir ao menos três posicionamentos diferentes. Uma primeira corrente sugere que a nova redação do inciso II é norma de direito material que alterará a natureza do delito anteriormente praticado apenas se for mais favorável ao réu, possuindo efeitos processuais indiretos (para alguns, como consequência desses reflexos, tem natureza híbrida). Uma segunda corrente defende que a norma possui natureza híbrida, ou seja, de direito material e adjetivo. E, por fim, uma terceira corrente que entende que a norma tem caráter eminentemente processual inserida por equívoco no CPM – norma heterotópica. Diante da maior alteração promovida no CPM desde sua entrada em vigor em 1970, coube ao MPM capacitar, de forma célere, por meio de cursos e seminários, seus servidores e membros para manter a atuação com excelência diante dessa nova realidade normativa.

No âmbito do STF, há pendente de análise final a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5901 proposta, em fevereiro de 2018, pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) em face do art. 9º, § 2º e seus incisos, do CPM, após a alteração promovida pela Lei n. 13.491/2017.

O objetivo da ação é obter tutela jurisdicional declaratória de inconstitucionalidade da ampliação da competência da Justiça Militar, especificamente para excluir de sua jurisdição os crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas contra civis.

Com base nessa ADI e também em entendimento da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e de orientação da 7ª Câmara de Coordenação e Revisão, o MPF deflagrou procedimento investigatório criminal (PIC) nº 1.30.001.001521/2019-06 para averiguar ação de militares do Exército que dispararam 80 tiros contra carro de uma família, no dia 7 de

abril de 2019, fato que ficou conhecido como o “Caso de Guadalupe”. Contra essa medida do MPF, o MPM, por meio de seu procurador-geral, apresentou ao CNMP uma reclamação (nº 1.00348/2019-79) para preservação da autonomia do Ministério Público, considerando que o fato ocorrido caracterizaria, em tese, crime militar de competência da JMU (Ação Penal Militar nº 7000600-15.2019.7.01.0001). Sobre o tema, a Câmara de Coordenação e Revisão do MPM editou, em 23 de maio de 2019, o Enunciado nº 20 - CCR/MPM, dispondo que nos crimes dolosos contra a vida de civis, praticados por militares das Forças Armadas nos contextos listados nos incisos do § 2º do art. 9º do CPM, são considerados crimes militares, de competência absoluta da JMU, cuja persecução penal é de atribuição privativa do MPM. O CNMP, em 11 de junho de 2019, por maioria, acolhendo os argumentos do MPM, julgou procedente a reclamação, determinando que o MPF se abstivesse de investigar na seara criminal os mesmos fatos e, conseqüentemente, arquivasse o PIC nº 1.30.001.001521/2019-06.

225

Com relação à atual nomenclatura dos órgãos de 1ª instância do MPM conforme anteriormente mencionado, cabe aqui uma rápida explicação. Apesar de promotores de Justiça Militar e procuradores de Justiça Militar atuarem perante a 1ª instância da JMU, o CPPM de 1969 somente fez menção ao procurador como membro do MPM atuante na citada instância (vide artigos 14; 389, parágrafo único; 400; 408 e 417). Tal fato se deve à ausência de atualização da legislação adjetiva castrense. Quando da edição do CPPM, procurador era a nomenclatura adotada para o membro do MPM atuante na 1ª instância, conforme Decreto-Lei nº 267/67. A partir da Lei Complementar nº 75/93, a nomenclatura foi modificada, mas não houve a respectiva mudança no CPPM.

Idêntica questão ocorre atualmente com a JMU. Com a Lei nº 13.774/18, a nomenclatura do cargo de juiz-auditor foi alterada para juiz

federal da Justiça Militar. Como o CPPM é de 1969 e a Lei nº 13.774/18 alterou a Lei nº 8.457/94 (Lei de Organização da Justiça Militar da União), mas não o CPPM, todas as menções a juiz-auditor no referido diploma devem ser entendidas como juiz federal da Justiça Militar. Até mesmo a Lei de Organização da Justiça Militar da União, com a redação conferida pela Lei nº 13.774/18, manteve, por esquecimento legislativo, num único dispositivo (art. 33, *caput*), a denominação antiga de juiz-auditor substituto, em vez de juiz federal substituto da Justiça Militar.

3 ORIGEM DA EXPRESSÃO *PARQUET*

226 O Ministério Público em sua acepção genérica é conhecido como *Parquet*. O MPM, por sua vez, é conhecido como *Parquet* das Armas. Encontrar as origens da expressão *Parquet* é o que se tentará doravante demonstrar.

Sobre o tema, em profunda análise histórica, Vitorelli (2017) traz duas possíveis explicações. A primeira de que a referência ao Ministério Público pela expressão francesa *parquet*, que é comum no jargão forense, teria caráter pejorativo em sua origem, referindo-se ao fato de que o membro do Ministério Público ficaria no piso da sala e o juiz, no alto. *Parquet* seria, nessa versão, uma referência ao *design* do piso. Mesmo no verbete brasileiro na Wikipedia, é possível ler que a designação *parquet* ao Ministério Público tem origem na França, onde os procuradores do rei ficavam sobre o assoalho da sala de audiências e não sobre o estrado ao lado do magistrado, como acontece atualmente. Nesse sentido, Neves (2020) afirma que o termo *parquet* se refere ao Ministério Público e tem origem na França, no século XIV. Nessa época os procuradores do rei, antes de adquirirem a condição de magistrados e ter assento ao lado dos juízes, ficavam sobre o assoalho –

parquet na Língua Francesa – da sala de audiências, e não sobre o estrado lado a lado à magistratura sentada.

A segunda versão é de que na França, assim como na maioria dos países europeus, os membros do Ministério Público são designados por magistrados, distinguindo-se do juiz por se tratar de uma magistratura de pé (*magistrature debout*), isto é, não tolhida pela inércia, como o julgador (*magistrats du siège*). Essa expressão, *magistrature debout*, origina-se dos antigos julgamentos franceses, nos quais o membro do Ministério Público se levantava para falar, enquanto o juiz permanecia sentado durante todo o evento, mas estar de pé ou assentado, nesse contexto, nada tem a ver com hierarquia, como equivocadamente pode aparentar. Além disso, a apreensão da palavra *parquet* pelo contexto jurídico não é uma referência ao estilo do piso no qual o membro do Ministério Público ficaria de pé. Esse uso é muito antigo, remontando ao francês arcaico medieval, provavelmente tendo como versão mais longa “*parquet des Gens du Roi*”, que se traduziria por escritório (ou ofício) do Rei. Também se encontra, em dicionários de francês, a palavra *parquet*, isoladamente, traduzida como “*ensemble des magistrats d’une cour*”, ou seja, o conjunto de magistrados de um tribunal. Isso decorre do fato de que, nos países europeus, os membros do Ministério Público são referidos como magistrados. A palavra *parquet* se origina de *parc*, que significa local ou lugar. Isso porque, na Grand-Chambre de Paris e em várias outras cortes francesas, os membros do Ministério Público eram separados dos *magistrats du siège*, ocupando um *parc*, ou seja, um local fisicamente delimitado, que lhes era especificamente atribuído. O fato de um estilo de decoração de piso ter recebido o mesmo nome (piso de *parquet*) foi associado, no imaginário jurídico brasileiro, ao fato de que o magistrado do Ministério Público fica de pé, para concluir equivocadamente que o piso tem a ver com o Ministério Público e, pior, que ser designado pelo nome do piso seria uma forma de menosprezar a função. Em realidade, o Ministério Público francês é

conhecido como “Le Parquet” tanto no jargão forense quanto em sites oficiais e a expressão nada tem de pejorativa. Quanto ao piso, a palavra *parquet* foi aplicada a esse estilo decorativo a partir da mesma origem, *parc*. É que a disposição da madeira para a criação do piso com esse *design* forma desenhos de espaços delimitados. Assim, o *parquet* piso e o *parquet* Ministério Público apenas compartilham a origem etimológica, *parc*, com o significado de lugar delimitado. O equívoco, aliás, é exclusivamente brasileiro. O dicionário Francês-Português da Porto Editora traduz a palavra como “local reservado aos membros do Ministério fora das audiências” sem qualquer relação com piso.

Somando-se a essa segunda versão, Aras (2013) afirma que *Parquet* vem do francês “*petit parc*” ou “*petit enclos*”, isto é, um local delimitado, um pequeno espaço reservado, cercado. Na França, quando utilizada para referir-se à magistratura do Ministério Público (*magistrature du Parquet*), tal palavra não tem o sentido de “assoalho”. Assim, o “*parquet*” era o espaço delimitado em três de seus lados pelos assentos dos juízes e no quarto lado pela barra (de metal ou de ferro), que separava a corte da assistência. Da barra, falavam as testemunhas e os advogados. Daí, aliás, vem a palavra “*barreau*”, para designar os advogados, e a expressão “levar alguém às barras do tribunal” como sinônimo de processar.

4 OS PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA MILITAR

Com apoio principalmente na obra Síntese Biográfica dos ex-Procuradores-Gerais da Justiça Militar elaborada pela Comissão do Projeto Memória do Ministério Público Militar, far-se-á um passeio pela história da instituição que neste ano completará seu primeiro centenário.

João Vicente Bulcão Vianna foi o primeiro a ocupar o cargo de procurador-geral de Justiça Militar, no período de 1920 a 1925, e foi indicado

pelo presidente da República Epitácio Pessoa. No seu período à frente da instituição, ocorreram os dois primeiros movimentos armados no país após a criação do MPM, a saber: a Revolta do Forte de Copacabana em 1922 e a Revolução Paulista de 1924. Em março de 1926, foi nomeado ministro do Superior Tribunal Militar. Integrou a comissão que elaborou o anteprojeto do Código da Justiça Militar, que se converteria no Decreto-lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938.

Washington Vaz de Mello foi o segundo a ocupar o cargo de procurador-geral de Justiça Militar. Foi nomeado pelo presidente da República Arthur Bernardes. Exerceu o cargo no período de 1926 a 1940, sendo esta a mais longa continuidade de alguém à frente da instituição. No período de sua administração, ocorreu mais um movimento armado: a Revolução de 1930. Foi integrante da Comissão Redatora do Código de Justiça Militar, aprovado em dezembro de 1938; participou da comissão encarregada de elaborar o CPM de 1944; e foi membro da comissão que elaborou os códigos de Organização Judiciária Militar e de Processo Penal Militar, editados, em 1969.

Waldemiro Gomes Ferreira ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1941 a 1952. Integrou a comissão de juristas incumbida de elaborar o anteprojeto do Decreto-Lei nº 6.396/44, que instituiu a Justiça Militar da Força Expedicionária Brasileira (FEB).

Acompanhou a FEB ao teatro de operações da Itália; foi nomeado para o Conselho Supremo da Justiça Militar na FEB e comissionado no posto de general de brigada.

Fernando Moreira Guimarães ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1953 a 1956. Ingressou no MPM no cargo de adjunto de promotor substituto da Justiça Militar, em primeiro de junho de 1926. Exerceu o cargo de procurador-geral interino, no período de julho de 1944 a dezembro de 1945, durante o afastamento do titular, Waldemiro

Gomes Ferreira, nomeado para o Conselho Supremo de Justiça Militar na FEB. Na sua gestão, foi obtida a equiparação salarial entre o procurador-geral de Justiça Militar e os ministros do Superior Tribunal Militar.

Ivo d'Aquino Fonseca ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1957 a 1960 e no período de 1963 a 1964. Em sua gestão, foi realizado o primeiro concurso de ingresso na carreira do MPM. Notabilizou-se pela contribuição ao Direito Penal e Processual Penal Militar. Em 1962, elaborou o anteprojeto do CPM (que se converteu no Decreto-Lei 1.001 de 1969), em substituição ao CPM de 1944. Integrou a comissão de jurisperitos designada para elaborar o novo Código Penal Comum (que se converteu no Decreto-Lei 1.004 de 1969, embora nunca tenha entrado em vigor), em substituição ao diploma de 1940. Foi relator da comissão designada para redigir o CPPM (que se converteu no Decreto-Lei 1.002 de 1969), fez parte da comissão revisora do anteprojeto do CPM e integrou como relator, a comissão que elaborou o anteprojeto da Lei de Organização Judiciária Militar (que se converteu no Decreto-Lei 1.003 de 1969).

Geraldo Spyer Prates ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar de abril a outubro de 1961, quando pediu exoneração. Presidiu a Associação Mineira do Ministério Público (AMMP), no período de 1963 a 1965.

João Romeiro Neto ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar, no período de 1962 a 1963, e foi nomeado ministro do Superior Tribunal Militar em 7 de maio de 1963.

Integrou a Comissão Revisora do CPM (que se converteu no Decreto-Lei 1.001 de 1969), vindo a falecer em 20 de março de 1969.

Eraldo Gueiros Leite ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1964 a 1968. No exercício de suas funções, teve importante participação no inquérito policial militar (IPM) nº 709, instaurado

com o objetivo de apurar as atividades do Partido Comunista Brasileiro (PCB). Em março de 1968, o presidente da República nomeou-o ministro do Superior Tribunal Militar, assento que ocupou até 1971. Em outubro de 1970, foi eleito governador do Estado pela Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco, com mandato de 1971 a 1975.

Nélson Barbosa Sampaio ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1968 a 1970. No exercício de suas funções, assessorou o chamado “Inquérito do Galeão”, IPM instaurado pela Aeronáutica, em agosto de 1954, para apurar a responsabilidade criminal no atentado e morte do major-aviador Rubens Florentino Vaz, no dia 5 de agosto de 1954, em Copacabana, Rua Toneleros, Zona Sul do Rio de Janeiro. Em decorrência desse assessoramento, elaborou instruções para orientação dos encarregados dos inquéritos policiais militares instaurados na Força Aérea Brasileira (FAB). Em junho de 1970, foi nomeado ministro do Superior Tribunal Militar.

Jacy Guimarães Pinheiro ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1970 a 1971. Em 1964, integrou a comissão encarregada de emitir parecer sobre o anteprojeto do CPM. Em 1971, foi nomeado ministro do Superior Tribunal Militar.

Ruy de Lima Pessôa ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1971 a 1977, ano em que foi nomeado ministro do Superior Tribunal Militar. Foi o 1º colocado no primeiro concurso de ingresso na carreira do MPM (1956 a 1959). Fundou, em 1974, a Revista de Direito Militar (atual Revista do Ministério Público Militar).

Milton Menezes da Costa Filho ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1977 a 1985 e no período de 1990 a 1994. No primeiro concurso de ingresso na carreira do MPM (1956 a 1959), foi aprovado na 3ª colocação. Exerceu a presidência de diversas bancas examinadoras de concurso público de provas e títulos para ingresso no cargo

inicial da carreira do MPM. Com o advento da Lei Complementar nº 75/93, foi o primeiro nomeado dentro da sistemática eleitoral/nominativa implantada pelo seu art. 121 (nomeado pelo procurador-geral da República, entre integrantes da instituição, com mais de trinta e cinco anos de idade e de cinco anos na carreira, escolhidos em lista tríplice mediante voto plurinominal, facultativo e secreto, pelo Colégio de Procuradores). Não concluiu seu biênio 1993/1995, pois se aposentou em 9 de fevereiro de 1994.

George Francisco Tavares ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar de 10 de abril de 1985 a 27 de dezembro de 1985. Foi indicado para o cargo pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no qual atuava como membro do Conselho Federal. Optou por voltar a advogar em seu escritório no Rio de Janeiro.

Francisco Leite Chaves ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar no período de 1986 a 1987. Em novembro de 1974, foi eleito senador na legenda do Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Em 1987, retornou ao Senado Federal como suplente do senador Álvaro Dias, que havia assumido o governo do Estado do Paraná. Permaneceu até o final da legislatura, em 1991.

Eduardo Victor Pires Gonçalves ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar de 25 de março de 1987 a 29 de março de 1990. Presidiu a banca examinadora do V concurso público para a carreira ministerial militar. Foi nomeado ministro do Superior Tribunal Militar e empossado em 30 de março de 1990.

Marco Antonio Pinto Bittar ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar de 1994 a 1995. Ingressou no MPM em 20 de agosto de 1981. Fez parte do Conselho de Redação da Revista de Direito Militar e da Revista do Ministério Público Militar. Foi eleito, por duas vezes consecutivas, em 1991 e 1993, presidente da Associação Nacional do Ministério Público Militar (ANMPM).

Kleber de Carvalho Coêlho ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar de 1996 a 2000. Ingressou no MPM em 11 de setembro de 1972. Em 12 de agosto de 1981, foi nomeado para cargo de procurador militar de 2ª categoria, depois de aprovado em concurso público, o primeiro realizado desde 1959. Como procurador-geral de Justiça Militar, determinou, em 1999, a reabertura do inquérito relativo à explosão de uma bomba no Riocentro, em 1981, um dos mais rumorosos casos julgados pela jurisdição no Brasil. Foi um dos principais entusiastas e articuladores do Acordo de Cooperação na área de Direito Penal e Militar e de Processo Penal Militar com a Angola, contribuindo para a formação de um laço de amizade entre juristas brasileiros e angolanos. Tal fato foi corroborado por João Maria Moreira de Sousa, procurador-geral da República de Angola no período de 2007 a 2017, por ocasião dos relatos do centenário do MPM brasileiro, tendo sido reconhecido como um verdadeiro artífice da diplomacia judiciária brasileira com as autoridades judiciárias angolanas. Faleceu em 8 de agosto de 2004, quando ainda estava no exercício de suas funções de subprocurador-geral de Justiça Militar.

A partir do ano 2000, a instituição foi chefiada sequencialmente por quatro mulheres, Adriana Lorandi, de 2000 a 2002; Marisa Terezinha Cauduro da Silva, de 2002 a 2004; Maria Ester Henriques Tavares, de 2004 a 2008; e Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz, de 2008 a 2012. Tal período, diante do ineditismo, será abordado mais detalhadamente em tópico próprio.

Marcelo Weitzel Rabello de Souza ocupou o cargo de procurador-geral de Justiça Militar de 2012 a 2016. Em 30 de setembro de 1992, ingressou na carreira do MPM, no cargo de procurador militar de 2ª categoria (denominado atualmente de promotor de Justiça Militar). Exerceu a presidência da ANMPM por cinco mandatos consecutivos, no período de 2003 a 2012. Em sua gestão foi realizado o XI concurso público para promotor de Justiça Militar, entre fevereiro e novembro de 2013. Em 2013,

234

foi criada a Comissão do Projeto Memória do Ministério Público Militar. Em sua primeira reunião, participaram o então subprocurador-geral Péricles Aurélio Lima de Queiroz, coordenador da Comissão; o procurador de Justiça Militar Antônio Pereira Duarte; o promotor de Justiça Jorge César de Assis; e o servidor da PJM Juiz de Fora Eduardo de Campos Bastos Neto, secretário da Comissão. O Centro de Memória do MPM (CMMPM) iniciou suas atividades em fevereiro de 2015; e, em março de 2016, foi inaugurado o espaço de exposições do CMMPM. Por ocasião da inauguração, o procurador-geral Marcelo Weitzel ressaltou o empenho e a dedicação da Comissão do Projeto Memória e dos servidores que trabalharam para a efetivação do referido Centro, cujos objetivos são sistematizar e conservar a história do MPM, o pensamento e a atuação dos seus integrantes, desde a sua criação, investigando as influências recíprocas entre a sua ação e o ambiente social de cada época; propiciar, por meio de historiografia do MPM, o debate em torno da sua identidade institucional; contribuir para informar a sociedade sobre o papel da instituição; auxiliar na preservação de seu patrimônio histórico e cultural; proporcionar uma visão ampla de natureza crítica sobre o MPM, no que diz respeito a sua atuação concreta nos diversos períodos da história nacional e suas relações com os demais organismos nacionais e internacionais. Em sua gestão, foi elaborado e implementado o Plano Estratégico do MPM 2016-2020, considerando indicadores e metas para avaliação do desempenho da instituição.

Jaime de Cássio Miranda ocupou o cargo de procurador-geral da Justiça Militar de 13 de abril de 2016 a 12 de abril de 2020 (reconduzido em 26 de março de 2018). Ingressou no MPM em 1999, após ser aprovado em primeiro lugar no IX concurso público para promotor de Justiça Militar. Exerceu o cargo de diretor-geral da Secretaria da Procuradoria-Geral de Justiça Militar, no período de 19 de abril de 2004 a 3 de novembro de 2005; e, posteriormente, de 11 de junho de 2012 até 13 de abril de 2016. Em janeiro

de 2007, com a criação dos Ofícios na PJM em Brasília-DF, foi lotado no 1º Ofício, onde acompanhou o IPM instaurado no CINDACTA I, em face da “ação grevista” praticada por controladores de voo da Aeronáutica, em 2 de abril. No Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), foi designado como representante titular no Comitê de Políticas de Segurança Institucional (CPSI), em 22 de maio de 2014. Em 29 de agosto de 2016, lançou o Sistema Eletrônico de Informações (SEI), meta de modernização administrativa, prevista no Plano Estratégico do MPM 2016-2020, que permite a produção, edição, assinatura e trâmite de documentos e processos eletronicamente. Além disso, o SEI ensejou diminuição de custos, entre os quais os de impressão em papel, e a celeridade no trâmite processual, principalmente por diminuir a distância entre as Procuradorias de Justiça Militar e a PGJM. Em 3 de novembro de 2016, criou a Ouvidoria do Ministério Público Militar com o objetivo de funcionar como um canal direto e desburocratizado dos cidadãos, servidores e membros com o MPM, com o objetivo de manter e aprimorar um padrão de excelência nos serviços e atividades públicos prestados pela instituição. Ainda no ano de 2016, a procuradora de Justiça Militar Ione de Souza Cruz, o promotor de Justiça Militar Jorge César de Assis e o subprocurador-geral de Justiça Militar Péricles Aurélio Lima de Queiroz se aposentaram (este último para assumir a vaga de ministro no Superior Tribunal Militar) após relevantes serviços prestados ao MPM e à difusão do conhecimento do Direito Judiciário Militar.

Em junho de 2019, ainda na sua gestão, foi lançado o Manual de Polícia Judiciária Militar com o objetivo de se disponibilizar um documento que concentrasse e unificasse os procedimentos para investigação criminal militar no âmbito das três Forças Armadas. Tal manual foi elaborado pelo Grupo de Estudos de Unificação dos Procedimentos de Polícia Judiciária, coordenado pelo MPM e formado por integrantes do Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército, Comando da Aeronáutica e

Advocacia-Geral da União. Os representantes do MPM foram: o subprocurador-geral de Justiça Militar Clauro Roberto de Bortolli (Coordenador); os promotores de Justiça Militar Adriano Alves-Marreiros e Cícero Robson Coimbra Neves; e o servidor Josué Senra Costa (Secretário). Recorde-se de que essa preocupação com a fase investigativa é antiga, o à época promotor militar Néelson Barbosa Sampaio, como visto linhas atrás, elaborou, após o atentado da Rua Toneleros em 5 de agosto de 1954, instruções para orientação dos encarregados dos inquéritos policiais militares da FAB. A inexistência de uma polícia judiciária militar institucionalizada era e ainda é motivo de preocupação para o MPM conforme será visto mais à frente.

Antônio Pereira Duarte é o atual procurador-geral de Justiça Militar (biênio 2020/2022).

236 Ingressou no MPM em 6 de novembro de 1995, no cargo de promotor de Justiça Militar, tendo sido inicialmente lotado na Procuradoria de Justiça Militar (PJM) em Brasília. Foi o representante do MPM no CNMP por dois mandatos consecutivos, nos biênios 2013/2015 e 2015/2017. Em outubro de 2017, foi eleito para a presidência da ANMPM, tendo cumprido mandato de dois anos.

Reeleito em outubro de 2019 para novo mandato (biênio 2019/2021), afastou-se da presidência da entidade para disputar o cargo de procurador-geral de Justiça Militar, em março de 2020, quando logrou encabeçar a lista tríplice escolhida pelo Colégio de Membros, sendo indicado pelo procurador-geral da República e empossado em 13 de abril de 2020. Já no início da sua gestão, mostrou-se favorável à profissionalização da Polícia Judiciária Militar da União, sugerindo ao ministro da Defesa a criação de grupo de trabalho, sob a coordenação daquele Ministério, com a participação do MPM e das três Forças, com vistas à regulamentação formal para atuação eficiente e técnica da Polícia Judiciária Militar da União. Tal iniciativa

certamente contribuirá para o aprimoramento e fortalecimento das ferramentas investigatórias e periciais por meio de quadro técnico com formação adequada. De acordo com Gorrilhas, Miguel e Barbosa (2017), uma polícia judiciária militar ineficiente contribui para o desprestígio de todos os órgãos que compõem o sistema criminal militar, vale dizer, Defensoria Pública da União, Ministério Público Militar e Justiça Militar da União. Acrescente-se, ainda que de forma não tão usual, a Advocacia-Geral da União, nos termos do inciso II, do §1º do art. 22 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995.

5 PERFIL CONSTITUCIONAL, PRINCÍPIOS, VALORES, PROJEÇÃO CONSTITUCIONAL E FORMAÇÃO IDENTITÁRIA

O Ministério Público é fruto do desenvolvimento do estado brasileiro e da democracia. Como salienta Slaibi Filho (1994) o Ministério Público brasileiro, com a moldura e a consistência que lhe foi dada pela Constituição de 1988, bem representa a contradição decorrente de tais influências, pois dos Estados Unidos herdou a desvinculação com o Poder Judiciário, a denominação de sua chefia, o controle externo de determinadas atividades administrativas ligadas ao Poder Executivo, a postura independente que aqui somente se subordina à consciência jurídica de seu membro, como, aliás, está na Lei Maior ao assegurar sua autonomia funcional e administrativa (art. 127); da Europa continental herdou a simetria da carreira com a magistratura, inclusive as prerrogativas similares, o direito de assento ao lado dos juízes, as vestes próprias e até mesmo o vezo de atuar como se magistrado fosse, embora devesse ter o ardor do advogado no patrocínio da causa. Daí se pode extrair sua formação identitária. O Ministério Público desenvolveu-se sob a influência do Novo e Velho Mundo, e dessa simbiose vem a sua força.

Oportuno trazer a lição de Calamandrei (1996), para quem, entre todos os cargos judiciários, o mais difícil é o Ministério Público. Este, como sustentáculo da acusação, deveria ser tão parcial quanto um advogado; como guarda inflexível da lei, deveria ser tão imparcial como um juiz. Advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade, tal é o absurdo psicológico no qual o Ministério Público, se não adquirir o sentido do equilíbrio, se arrisca, momento a momento, a perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor, ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado.

Valiosa é a análise feita por Mello Filho (2020) sobre o papel do Ministério Público brasileiro. Para ele a Constituição da República atribuiu ao Ministério Público posição de inquestionável eminência político-jurídica e deferiu-lhe os meios necessários à plena realização de suas elevadas finalidades institucionais, notadamente porque o Ministério Público, que é o guardião independente da integridade da Constituição e das leis, não serve a governos, ou a pessoas, ou a grupos ideológicos, não se subordina a partidos políticos, não se curva à onipotência do poder ou aos desejos daqueles que o exercem, não importando a elevadíssima posição que tais autoridades possam ostentar na hierarquia da República, nem deve ser o representante servil da vontade unipessoal de quem quer que seja, sob pena de mostrar-se infiel a uma de suas mais expressivas funções, que é a de defender a plenitude do regime democrático. E prossegue o ministro do STF dizendo que regimes autocráticos, governantes ímprobos, cidadãos corruptos e autoridades impregnadas de irresistível vocação tendente à própria desconstrução da ordem democrática temem um Ministério Público independente, pois o Ministério Público, longe de curvar-se aos desígnios dos detentores do poder – tanto do poder político quanto do poder econômico ou do poder corporativo ou, ainda, do poder religioso –, tem a percepção superior de que somente a preservação da ordem democrática e o respeito efetivo às leis desta República

laica revelam-se dignos de sua proteção institucional. Há que se considerar, por isso mesmo, que um Ministério Público independente e consciente de sua missão histórica e do papel institucional que lhe cabe desempenhar, sem tergiversações, no seio de uma sociedade aberta e democrática, constitui a certeza e a garantia da intangibilidade dos direitos dos cidadãos, da ampliação do espaço das liberdades fundamentais e do prevalecimento da supremacia do interesse social.

Sob essa perspectiva, necessário tratar da Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011, denominada de “PEC da impunidade”, que visava restringir o poder de investigação do MP. Após o engajamento popular e dos diversos ramos do MPU, dos Ministérios Públicos nos Estados, da Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP) e das Associações do Ministério Público, a Câmara dos Deputados rejeitou a proposta por 430 votos a 9 e 2 abstenções. Se aprovada, tal proposta invariavelmente limitaria a busca da verdade e afrontaria preciosos direitos dos cidadãos.

O posicionamento constitucional do Ministério Público sempre provocou intensos debates doutrinários, não só pelas constantes alterações no texto constitucional, conforme já visto, mas também pela transformação evolutiva jurídico-social que sofreu a instituição. Retomando brevemente a sua análise histórica, o Ministério Público não foi previsto na Constituição de 1891; na Constituição de 1934 foi previsto em capítulo fora dos Poderes (Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais); na Constituição de 1937 foi previsto timidamente no tópico relacionado ao STF; na Constituição de 1946 foi previsto em título próprio, sem vinculação aos Poderes Executivo ou Judiciário; na Constituição de 1967 foi previsto no capítulo destinado ao Poder Judiciário; e, com a Emenda Constitucional nº 1/1969, foi previsto no capítulo destinado ao Poder Executivo. Na atual Constituição, o Ministério Público é situado em capítulo especial – Das funções essenciais à justiça –, não faz parte da estrutura dos demais poderes da República.

240 Moraes (2016) cita a observação do então ministro do STF, Sepúlveda Pertence, de que a seção dedicada ao Ministério Público insere-se, na Constituição de 1988, ao final do título IV – Da organização dos Poderes, no seu Capítulo III – Das funções essenciais à justiça. A colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção revelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado, concluindo que o Ministério Público, desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania. E prossegue em sua análise dizendo que a razão subjacente à crítica contemporânea da integração do Ministério Público no Poder Executivo está, na verdade, na postulação da independência política e funcional do Ministério Público, pressuposto da objetividade e da imparcialidade de sua atuação nas suas funções sintetizadas na proteção da ordem jurídica. O então ministro do STF Rodrigues Alckmin entendia que a questão da colocação constitucional do Ministério Público entre os Poderes era uma questão de somenos, pois o verdadeiro problema é sua independência. Asseverava que o mal é que partimos de um preconceito de unipessoalidade e verticalidade hierárquica do Poder Executivo, que o Estado Moderno não conhece mais e que está desmentido pelos fatos, de que o direito comparado dá exemplos significativos. Garantida efetivamente a sua independência a colocação constitucional do Ministério Público é secundária, de interesse quase meramente teórico.

No trato específico do MPM, a partir do seu Plano Estratégico (2016 a 2020), o então procurador-geral de Justiça Militar, Marcelo Weitzel Rabello de Souza, apresentou como valores do MPM a conduta ética, a eficiência, a

eficácia, a efetividade, o comprometimento, a valorização das pessoas, a independência funcional, a probidade, a imparcialidade, a transparência, a credibilidade e a excelência, princípios que norteiam as decisões e as atitudes da instituição.

No que se refere aos princípios institucionais do Ministério Público, a Constituição Federal prevê: a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e, implicitamente, o princípio do promotor natural.

O princípio da unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só procurador-geral. Observe-se que só existe unidade dentro de cada Ministério Público, não existe unidade entre o Ministério Público Federal e os Ministérios Públicos dos Estados, nem entre o Ministério Público de um Estado e o de outro, nem entre os diversos ramos do MPU. De acordo com o princípio da indivisibilidade, o Ministério Público é uno porque seus membros não se vinculam aos processos nos quais atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros de acordo com as normas legais. Com base no princípio da independência funcional, o órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções, não ficando sujeito às ordens de quem quer que seja, somente devendo prestar contas de seus atos à Constituição, às leis e à sua consciência. A hierarquia existente é de índole administrativa e nunca funcional. Como forma de resguardar tal princípio, a Constituição Federal (art. 85, II) considera crime de responsabilidade do presidente da República a prática de atos atentatórios ao livre exercício da instituição.

Entende-se que o princípio do promotor natural está implicitamente previsto nos incisos LIII e LIV da Constituição Federal, ao dispor que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e também ao dispor que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Tal princípio consiste na existência de um órgão do Ministério Público anteriormente previsto pela lei para officiar nos

casos que sejam afetos à instituição, repelindo-se, assim, designações casuísticas efetuadas pela chefia da instituição, o que daria ensejo à figura do acusador de exceção. Entende-se, também, que o princípio do promotor natural ancora-se constitucionalmente na sua independência funcional (art. 127, §1º da CRFB) e na sua inamovibilidade (art. 128, §5º, I, “a” da CRFB).

6 DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

O MPM desde sua criação manteve-se restrito ao campo do processo penal militar, atuando perante as Auditorias e perante o STM. A partir da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público brasileiro, aí incluindo logicamente o MPM, recebeu um tratamento diferenciado, fortalecendo-se sobremaneira a instituição. Em seu art. 127, o Ministério Público foi previsto como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Os incisos II e III do art. 129 da Constituição Federal previram como funções institucionais do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia e 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.

A Lei Complementar nº 75/93, nos seus artigos 5º e 6º, trouxe as funções institucionais do MPU e os seus instrumentos de atuação. Dentro dos instrumentos de atuação do MPU, ou seja, de todos os quatro ramos do MPU, foi inserida a competência para promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos constitucionais; para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; para a proteção dos

interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor e para outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

No art. 5º, § 5º, da Lei Federal nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), consta a possibilidade, inclusive, de atuação litisconsorciada entre os Ministérios Públicos da União, no sentido dos ramos que o compõem, na defesa dos interesses e direitos de que cuida a referida lei.

Sobre essa atuação, Assis (2008) nos cita a instauração conjunta e pioneira de um inquérito civil público (ICP) pelo MPF e pelo MPM em exercício na cidade de Santa Maria/RS (Portaria Conjunta MPF/MPM nº 01/2007 publicada no DOU nº 83, de 02.05.2007, Seção 1, p. 104), já que o MPM detém a titularidade exclusiva para propor as ações penais perante a Justiça Militar da União e o MPF, a competência para identificar quais causas administrativas podem estar contribuindo para o quadro do expressivo número de deserções, no âmbito da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, ocorridas no biênio 2005/2006, atuando, judicialmente ou não, no sentido de afastá-las.

Em decorrência do citado ICP, MPF e MPM ajuizaram conjuntamente, no ano de 2008, ações civis públicas perante a Justiça Federal (e não perante a Justiça Militar da União em decorrência de incompetência absoluta em razão da matéria) objetivando a implementação do primado constitucional que determinou a atribuição do serviço alternativo aos cidadãos que aleguem imperativo de consciência para se escusarem de prestar serviço militar inicial e garantir ao jovem que está prestando o serviço militar obrigatório e às praças especiais o direito de não receber valor inferior ao salário mínimo vigente a título de remuneração mensal, conforme estabelecido no art. 73 da Lei nº 8.237, de 30.09.1991 (antes da alteração promovida pela Lei nº 8.640, de 16.09.1992, a qual acrescentou parágrafo

único ao art. 73 da Lei nº 8.237, de 1991, excluindo as praças prestadoras do serviço militar e as praças especiais desta proteção).

A juíza da 2ª Vara Federal de Santa Maria reconheceu a ilegitimidade do MPM para figurar no polo ativo da lide, ao argumento de que suas funções circunscrevem-se à atuação na Justiça Militar. Contra essa decisão, foi interposto recurso no Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao argumento de que nem a Constituição Federal e nem a Lei Federal nº 7.347/85 fazem qualquer ressalva a ramos do Ministério Público brasileiro, quanto à propositura da ação civil pública ou mesmo quanto à realização do inquérito civil. A Corte acolheu os argumentos e cassou a referida decisão.

Ao tratar do ajuizamento de ACP perante a Justiça Federal pelo MPM, Assis (2008) afirma que para o MPM, ainda acanhado em causas desse jaez, fica a certeza de efetivamente sair do campo restrito do processo penal militar para caminhar pelo campo amplo da garantia do exercício dos direitos assegurados constitucionalmente, valendo-se das ações coletivas em todas as áreas, desde que sob administração militar.

Em artigo publicado na edição nº 22 da Revista do MPM (A legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura da ação civil pública), Oliveira (2011) de forma bastante didática apresenta os argumentos favoráveis e contrários ao ajuizamento de ACP por parte do MPM. O articulista elenca os seguintes argumentos contrários: a questão da vinculação das atribuições do MPM à competência da JMU (o âmbito de atuação dos diversos órgãos dos ministérios públicos seria definido, indiretamente, pela competência do órgão jurisdicional perante o qual oficiam ordinariamente); a taxatividade do elenco de atribuições do MPM na Lei Complementar nº 75/1993; e a violação ao princípio federativo (ausência de previsão nos incisos do art. 116 de competência para promoção de inquérito civil ou ação civil pública por parte do MPM, não sendo admissível, sob pena de grave ruptura do sistema federativo e dos critérios determinantes da competência e

atribuições, a atuação indistinta do Ministério Público perante qualquer Órgão da Justiça).

Com relação aos argumentos favoráveis, elenca-se: a legitimidade do MPM para a ACP como única interpretação possível do artigo 129, III, da Constituição Federal (o dispositivo se dirige à instituição ministerial como um todo, não fazendo qualquer ressalva quanto à promoção do ICP e da ACP); a necessidade de atuação do MPM em ACP como mecanismo preventivo à ocorrência de ilícitos penais militares. De acordo com Luz (2010), 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 e a legitimidade do MPM para a ACP como decorrência da teoria dos poderes implícitos (a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade).

Registre-se também a ação civil por ato de improbidade administrativa nº 0026302-61.2015.4.01.3400/DF ajuizada, em 7 de maio de 2015, perante a Justiça Federal em desfavor de quatro militares e quatro civis por intermédio de três membros da PJM em Brasília (Maria Ester Henrique Tavares, Claudia Marcia Ramalho Moreira Luz e Angela Montenegro Taveira). O juiz da 21ª Vara Federal decidiu que o MPM não ostentava legitimidade para ajuizar ação civil por ato de improbidade administrativa perante a Justiça Federal e o excluiu da relação processual (ilegitimidade ativa), entendendo que deveria figurar no polo ativo o MPF. Contra essa decisão foi interposta apelação, tendo a 3ª Turma do TRF/1ª, em 10 de setembro de 2019, recebida a apelação como agravo de instrumento e dado-lhe provimento e, por conseguinte, reincluído o MPM ao polo ativo. Destaca-

se no v. acórdão que a Turma entendeu que o inciso IX do art. 129 da Constituição prevê a possibilidade de ampliação das funções institucionais do Ministério Público, desde que compatíveis com sua finalidade. E que as atribuições dos artigos 116 e 117 da Lei Complementar nº 75/73 podem, como estabelece a Constituição, ser dilatadas para permitir o aprimoramento das funções compatíveis com o dever maior da proteção do patrimônio público e social.

Mais recentemente, em 14 de agosto de 2019, a Promotoria de Justiça Militar de Bagé/ RS ajuizou uma ACP na Justiça Federal em desfavor da União (Comandos da Marinha, Exército e Aeronáutica e Receita Federal), objetivando a proibição de aquisição de bebidas alcoólicas por parte de Organizações Militares das Forças Armadas. Na ACP nº 5001552-12.2019.4.04.7109, também é requerida a suspensão de doações, por parte da Receita Federal, de bebidas alcoólicas às Forças Armadas. O MPF, com vista, sustentou a necessidade de atuação conjunta de ambos os ramos do Ministério Público no presente feito, tendo em vista o objeto da ação, e com vistas a maior efetividade jurisdicional. Requereu seu ingresso no feito como parte autora, o que foi deferido. Ainda não havia prolação de sentença até a data de fechamento deste artigo.

Importante destacar ainda que é na atividade de investigação e também na ação penal que normalmente surgem fatos carecedores de melhor análise do ponto de vista do ICP e da ACP.

Assim, o MPM, ramo do MPU que trata diretamente com as questões penais e processuais penais militares, é quem detém maior legitimidade para promovê-los nos assuntos relacionados às Forças Armadas.

No que se refere à atuação preventiva do MPM, verifica-se que o perfil demandista tem cedido espaço para o perfil resolutivo, com a inevitável valorização da atuação preventiva, consensual e proativa do Ministério Público. Tem-se no ajuizamento de ações civis públicas de tutela inibitória

uma forma de evitar a ocorrência do ilícito, sua continuidade ou até mesmo sua repetição. A ACP citada anteriormente ajuizada perante a Justiça Federal de Santa Maria é um bom exemplo dessa mudança de atuação institucional. Na oportunidade, com objetivo principalmente de se prevenir a prática do crime de deserção, o MPM detectou a necessidade de maior divulgação e conscientização por parte da União sobre o direito de escusa de consciência do serviço militar obrigatório, com a determinação a atribuição de serviço alternativo. Mas não é só, como exemplo dessa louvável atuação preventiva, no âmbito da PJM em Curitiba, pode-se citar o projeto social “Navegando com a Assistência Integrada”. Referido projeto, sob coordenação do promotor de Justiça Militar Alexandre Reis de Carvalho, desenvolve ações preventivas ao uso de substâncias entorpecentes por jovens militares. Pode ser destacado ainda, dentro do objetivo estratégico do MPM de aperfeiçoar a prestação judicial e extrajudicial, o projeto “MPM Resoluto: conheça, previna, resolva”. Tal projeto, também sob gestão do promotor de Justiça Militar Alexandre Reis de Carvalho, visa promover ações educativas sobre as consequências jurídicas dos crimes militares recorrentes, com base na análise das possíveis causas da criminalidade e proposições de ações preventivas e resolutivas adequadas.

247

7 A REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 criou o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). O inciso II do art. 130-A da Constituição Federal inseriu o MPM como um dos representantes do MPU no referido Conselho. De outro lado, a citada emenda criou também o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mas não foi previsto no art. 103-B da Constituição Federal um representante da Justiça Militar, o que causou grande estranheza no mundo jurídico. O professor e subprocurador-geral de Justiça Militar

248

aposentado José Carlos Couto de Carvalho é quem elucida essa questão. Em entrevista constante de livro publicado pelo Centro de Memória do Ministério Público Militar, ao ser indagado sobre a não representação da Justiça Militar no CNJ, o professor informou que, num dos períodos em que presidiu a ANMPM, percebeu que havia uma certa má vontade em relação à Justiça Militar e que essa má vontade se dirigia também ao MPM. Aqui vale uma pausa para tratar um pouco dessa relevante associação. A ANMPM, fundada em 30 de novembro de 1978, em Brasília, é uma entidade representativa de classe, de âmbito nacional, com a finalidade de congregar os integrantes do MPM (membros da ativa, aposentados e pensionistas) de todo país em torno de objetivos e interesses comuns. Além da promoção da cooperação e solidariedade entre seus associados, estão entre os objetivos da ANMPM colaborar com os Poderes Públicos, com o desenvolvimento da Justiça, na defesa dos interesses sociais e no estudo e solução de problemas que se relacionem com o Ministério Público e seus membros. A entidade busca consolidar os espaços de discussão dos problemas nacionais, principalmente daqueles relacionados ao MPM, garantindo aos seus associados a integração necessária e o acesso às práticas democráticas.

Prosseguindo com a entrevista do professor Couto, ele nos revela que, a partir da filiação à CONAMP, a relação do MPM com os outros ramos e com os demais colegas foi melhorando. A CONAMP, uma entidade de classe de âmbito nacional, é uma sociedade civil, integrada pelos membros do MPU e dos Estados, ativos e inativos, que tem por objetivo defender as garantias, prerrogativas, direitos e interesses, diretos e indiretos, da instituição e dos seus integrantes, bem como o fortalecimento dos valores do Estado Democrático de Direito. Graças a essa relação, o professor tomou conhecimento em uma reunião com o colega Jorge Augusto Lima Melgaço (atualmente procurador de Justiça Militar), que além de a Justiça Militar não possuir qualquer representante no projeto de criação do CNJ, o MPM

também não possuía qualquer representante no projeto de criação do CNMP. Após árduo trabalho e conversas com o Fernando Grella Vieira, relator pela CONAMP das sugestões ao projeto inicial do governo, foi possível conseguir o assento do MPM no CNMP. Atualmente, essa cadeira é preenchida pelo Sr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza (procurador-geral de Justiça Militar no período de 2012 a 2016).

Rosa Filho e Simão Neto (2016) fazem um apanhado histórico da proposta de inclusão da Justiça Militar da União na composição do CNJ. A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 112/95, iniciada na Câmara dos Deputados, buscava instituir o sistema de controle do Poder Judiciário e foi verificado que a JMU não constava da relação de membros desse Conselho. O Presidente do STM à época tentou inserir um representante da JMU na PEC nº 112/95 em trâmite na Câmara dos Deputados, mas não obteve êxito. Foram feitas tentativas também no Senado Federal (PEC nº 29/2000), mas também não logrou sucesso e a Emenda Constitucional nº 45/2004 foi publicada sem previsão de representante da JMU. No Senado Federal, por meio da PEC nº 21/2014, tentou-se a inclusão de representante da JMU no CNJ, mas, sem êxito, foi arquivada, em 21 de dezembro de 2018, ao final da legislatura, nos termos do § 1º do art. 332 do respectivo Regimento Interno. A tentativa mais recente de desarquivamento da PEC nº 21/2014 ocorreu em 2019, por meio do Requerimento nº 250, de 2019, mas igualmente não houve sucesso na empreitada, pois, em 18 de dezembro de 2019, o Plenário do Senado Federal reconheceu a prejudicialidade do Requerimento nº 250, de 2019, de desarquivamento, nos termos do art. 334, I, do RISF, tendo a matéria retornada ao Arquivo.

Para Duarte e Carvalho (2020), causa estranheza a ausência de representatividade da Justiça Militar no âmbito do CNJ. Com efeito, o primeiro órgão especializado do Poder Judiciário nacional, de tão vetusta existência, não integra aquele alto órgão constitucional fiscalizatório. De fato,

se não figura no CNJ e não participa dos processos decisórios pertinentes ao modelo de justiça delineado por tal órgão de controle, como o lançamento de metas e a definição de práticas uniformes, fica por isso mesmo marginalizada, desprestigiada e completamente levada a reboque, sem dialogar com os demais componentes da estrutura do Judiciário pátrio e que se fazem, condignamente, representar perante tão expressivo órgão da República.

A ausência de representatividade da JMU no CNJ acaba por repercutir inexoravelmente na esfera de atuação do MPM, uma vez que as demandas de ampliação de competência acabam ficando prejudicadas. O ideal seria que todos os fatos jurídicos militares (administrativo, disciplinar, previdenciário etc.) e não só os penais fossem de competência da Justiça Militar. Some-se a isso o fato de a Emenda Constitucional nº 45/2004 ter ampliado a competência da Justiça Militar estadual, mas não a da JMU, em grave ofensa ao primado da simetria constitucional.

8 A ATUAÇÃO DAS MULHERES NO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Ponto de relevo na sua trajetória institucional, foi o MPM o segundo ramo do MPU a realizar concurso público e já contemplando o acesso de mulheres, conforme relatado por Axt (2020). O primeiro a realizar concurso público foi o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (nos anos 30). Já o MPF realizou seu primeiro concurso público nos anos 70, não contemplando o ingresso de mulheres.

O primeiro concurso de ingresso na carreira do MPM foi convocado em 14 de agosto de 1956, pelo Decreto nº 39.787, assinado pelo presidente Juscelino Kubitschek no início de seu governo. Inscreveram-se, no concurso, um total de 66 candidatos, sendo duas mulheres. O primeiro concurso exclusivo de acesso à carreira do MPM aprovou 22 candidatos. Lourdes

Maria Pereira da Costa Celso, 18ª colocada, foi nomeada segunda substituta de promotor da 1ª Auditoria da 1ª Região Militar, sem estabilidade, em 9 de fevereiro de 1962. Marly Valle Monteiro, 5ª colocada no concurso, tomou posse como promotora efetiva em setembro de 1964 (a Auditoria da 10ª Região Militar ainda não havia sido instalada em Fortaleza). A nomeação de Marly Valle Monteiro foi manchete no Jornal do Brasil, do dia 15 de setembro de 1963, ao tratar do início da presença feminina no Ministério Público Militar. Para fins de contextualização temporal, importante destacar que, somente em 27 de agosto de 1962, com a edição da Lei nº 4.212/1962 (denominada de Estatuto da Mulher Casada), as mulheres casadas passaram a não mais precisar de autorização dos maridos para trabalhar.

Uma curiosidade da época, a nomeação efetiva de Marly Valle Monteiro lhe garantiu os direitos e vantagens inerentes ao posto de capitão do Exército. Em tópico próprio, será abordada a questão do comissionamento de membros da Justiça Militar e do MPM em postos militares na segunda guerra mundial.

A nomeação de uma mulher para exercer a chefia da instituição somente ocorreu em 31 de março de 2000. A então subprocuradora-geral de Justiça Militar Adriana Lorandi entrou para a história como a primeira mulher a ocupar o cargo de procuradora-geral de Justiça Militar, para um mandato de dois anos. Adriana Lorandi ingressou no MPM em 4 de fevereiro de 1985, nomeada para exercer o cargo de procuradora militar de 2ª categoria, depois de aprovação no IV Concurso Público para promotor de Justiça Militar, em que obteve a 6ª colocação. Em 11 de setembro de 1996, foi promovida a subprocuradora-geral de Justiça Militar, por merecimento. Digno de registro também o fato de ter determinado, no ano 2000, a abertura dos primeiros inquéritos civis de âmbito nacional no MPM para apurar a sistemática do pagamento de verbas de indenização a militares por ocasião da transferência para a reserva, quando se declarava local de residência distante

daquele onde serviam, frequentemente mediante fraude (Adriano Alves-Marreiros chama esses casos similares de Operação Tabatinga). Coube ao membro Edmar Jorge de Almeida a atuação no ICP relacionado à Marinha e ao Exército; e ao membro Roberto Coutinho a atuação no ICP relacionado à Aeronáutica.

Em outubro de 2005, recebeu o título de *Master in International Cooperation against International and Transnational Crime*, pela *Università degli Studi di Teramo*, Itália. Em parceria com o então procurador de Justiça Militar Giovanni Rattacaso, organizou, em 2007, o livro *Tribunal Penal Internacional – Implementação do Estatuto de Roma no Brasil*, obra que serviu como referência para o processo de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma, que estabeleceu a Corte Penal Internacional.

Foi diretora do Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário (IBDMH) e vice-presidente da ANMPM; neste, de 26 de setembro de 1997 a 4 de julho de 2001. Faleceu na cidade do Rio de Janeiro, em 27 de novembro de 2011.

Em 26 de março de 2002, Marisa Terezinha Cauduro da Silva foi nomeada procuradora-geral de Justiça Militar. Marisa Terezinha nasceu em Porto Alegre e concluiu seu curso de Direito na Universidade Federal do Amazonas, em 1978. Advogou e foi aprovada em concurso para técnico judiciário da Justiça Militar. Nesse cargo, ajudou a instalar a secretaria da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, em Manaus, inaugurada em outubro de 1979. Em 1984, prestou concurso público para ingresso na carreira do MPM e na carreira da Defensoria Pública, sendo aprovada em ambos. Optou pelo MPM, assumindo o cargo de procuradora militar de 2ª categoria (atualmente denominado de promotora de Justiça Militar). Foi promovida, em 21 de fevereiro de 1995, por antiguidade, a procuradora de Justiça Militar, ocasião em que foi transferida para o Rio de Janeiro. Em 8 de

fevereiro de 1996, também por antiguidade, foi promovida a subprocuradora-geral de Justiça Militar.

Entre várias atividades desenvolvidas, Marisa Terezinha Cauduro da Silva foi responsável pela criação da Assessoria de Comunicação Institucional (ASCOM), que, por sua vez, procurou divulgar informações de interesse do MPM, interna e externamente; e promover ações na busca do fortalecimento da imagem institucional perante a sociedade brasileira. Em 18 de junho de 2010, aposentou-se voluntariamente depois de completar 25 anos no MPM.

Em abril de 2004, Maria Ester Henriques Tavares foi nomeada para o cargo de procuradora-geral de Justiça Militar, para mandato de dois anos, e reconduzida em abril de 2006. Maria Ester Henriques Tavares nasceu em 24 de janeiro de 1951, em Lisboa, Portugal e naturalizou-se brasileira em 1973. Em setembro de 1992, ingressou na carreira do MPM, nomeada para o cargo de procuradora militar de 2ª categoria (atualmente denominado de promotora de Justiça Militar). Em março de 1997, foi promovida ao cargo de procuradora de Justiça Militar.

Em 2008, em virtude do término do mandato, retornou ao 4º Ofício da PJM no Rio de Janeiro para reassunção do cargo de procuradora de Justiça Militar. Em 2009, foi eleita e indicada para compor o CNMP, como conselheira, representante do MPM, para o biênio 2009/2011. Em 2011, foi reconduzida ao cargo para o biênio 2011/2013. Atualmente está lotada na 1ª PJM em Brasília.

Em 12 de abril de 2008, Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz foi nomeada procuradora-geral de Justiça Militar, para mandato de dois anos, e reconduzida em abril de 2010. Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz ingressou no MPM em dezembro de 1995, em virtude de sua aprovação no VII Concurso Público para promotor de Justiça Militar, em que obteve a 8ª

colocação. Exerceu, no período entre 10 de maio de 2002 e 29 de maio de 2003, a função de diretora de comunicação da ANMPM.

Durante sua gestão, o Centro de Apoio à Investigação (CPADSI), assessoria de apoio fundamental na atividade-fim, recebeu investimentos em recursos humanos e em equipamentos e *softwares*. Foi criado um centro de processamento de dados e desenvolvidos diversos programas para facilitar a análise de elementos necessários a investigações que envolvem fraudes e desvio de dinheiro público.

254 Também na sua gestão foi concebido o símbolo do novo estandarte do MPM, após pleito do qual participaram os integrantes do Colégio de Procuradores de Justiça Militar. O símbolo foi idealizado pelo promotor de Justiça Militar Adriano Alves-Marreiros e sua arte final foi elaborada pela *designer* Alessandra Pereira, da ASCOM. O novo símbolo do MPM é formado por um campo de *gules* (vermelho) redondo, cor heráldica do Ministério Público, envolto por folhas de louros – tradicionalmente usadas nos símbolos do Ministério Público brasileiro – sobre o qual estão as seguintes figuras: a espada *rapier*, de duelo, simbolizando o *dominus litis*; a balança, simbolizando o *custos legis*; o castro (antiga fortificação romana que deu origem aos termos castelo e castrense), representado por suas ameias, significando a atuação ministerial na Justiça Militar; a constelação do Cruzeiro do Sul com a estrela Intrometida à esquerda, representando o Brasil e o caráter federal da instituição (como se fosse vista por um observador externo ao globo celeste e como aparece na Bandeira do Brasil).

Em 16 de junho de 2012, foi promovida, por antiguidade, ao cargo de procuradora de Justiça Militar, e por conseguinte removida para a PJM em SP. Atualmente está lotada na 1ª PJM em Brasília.

9 O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

A declaração do estado de guerra, em 31 de agosto de 1942, e o ingresso do Brasil com o envio da Força Expedicionária Brasileira (FEB), a partir de 30 de junho de 1944, ensejaram a instalação de órgãos da Justiça Militar no palco da beligerância, precisamente na Itália. Foi autorizado o comissionamento de membros da Justiça e do MPM em postos militares, para aplicação das normas penais militares em tempo de guerra, bem como fiscalização do respeito às normas do Direito das Gentes e das Convenções de Genebra, de 27 de julho de 1929, que dispunham quanto ao tratamento de prisioneiros, feridos e enfermos em campanha.

O MPM acompanhou a FEB ao teatro de operações bélicas, atuando em centenas de processos alusivos a crimes militares em tempo de guerra, Foi a primeira, e roga-se que seja a última, incursão do MPM em um conflito de proporção mundial.

Em 1º de abril de 1944, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 6.396, destinado a organizar e regular o funcionamento da Justiça Militar durante a campanha da Itália. No que diz respeito ao direito material, porém, aplicou-se, nessa ocasião, o CPM de 1944 (Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944).

O MPM esteve presente na Itália para denunciar, fiscalizar e processar crimes militares. Na segunda instância, constituída pelo Conselho Supremo de Justiça Militar, atuava, pelo MPM, o procurador-geral, a quem competia, privativamente, intentar ações penais contra oficiais-generais e coronéis (Art. 10, I do Decreto-Lei nº 6.396, de 1º de abril de 1944) que praticassem crimes militares, bem como emitir pareceres nos recursos interpostos contra as decisões da primeira instância.

O Decreto-Lei nº 6.509, de 18 de maio de 1944, criou um quadro especial para os integrantes da Justiça castrense perante a FEB. Juízes,

membros do Ministério Público e escreventes da Justiça Militar faziam parte do quadro especial de oficiais na reserva de 1ª classe do Exército, passando a usar uniforme de acordo com seus postos. Assim, o procurador-geral de Justiça Militar Waldemiro Gomes Ferreira, que era do Conselho Supremo de Justiça, ostentava o posto de general de brigada; os auditores ostentavam o posto de tenentes-coronéis. Aos advogados cabiam os postos de 1º e 2º tenente, conforme a entrância em que funcionassem (Bento Costa Lima Leite de Albuquerque, promotor de 1ª categoria que, na época, atuou como advogado, foi comissionado no posto de 2º tenente) ao passo que os promotores de 1ª e 2ª entrância tinham, respectivamente, os postos de major e capitão (Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, Amador Cysneiros do Amaral e Clovis Bevilacqua Sobrinho, promotores da Justiça Militar foram comissionados no posto de capitão).

256

Ao analisar o comissionamento em postos militares por ocasião do tempo de guerra, Assis (2017) nos recorda que o CPPM, ao tratar das disposições especiais relativas à Justiça Militar em Tempo de Guerra, dispõe em seu art. 710 que os auditores, procuradores, advogados de ofício e escrivães da Justiça Militar que acompanhem as forças em operações de guerra serão comissionados em postos militares, de acordo com as respectivas categorias funcionais, e que a Lei de Organização da Justiça Militar da União (LOJMU) foi omissa quanto ao tema. Importante atualizar a terminologia em razão das inovações trazidas pela LOJMU, pela LC nº 75/93 e pela LC nº 80/94. Os auditores atualmente são os juízes federais da Justiça Militar, os procuradores se referem aos cargos de promotor de Justiça Militar, procurador de Justiça Militar e subprocurador-geral de Justiça Militar. Os advogados de ofício são os defensores públicos federais e as tarefas desempenhadas pelos escrivães da Justiça Militar agora são desempenhadas pelos serviços auxiliares (diretor de secretaria, analistas

judiciários, técnicos judiciários, oficiais de justiça e demais servidores integrantes da JMU).

Aquele articulista entende cabível o comissionamento de juízes-auditores, membros do MPM e DPU para acompanhar as forças em operação durante o estado de guerra, mas desde que isso não interfira nas garantias constitucionais e infraconstitucionais a eles asseguradas. Deste modo, eventual comissionamento do juiz federal da Justiça Militar, de membro do MPM e de defensor público federal, deverá ser no posto de general de exército, a fim de que possam compor os Conselhos Superiores de Justiça, que é órgão de 2ª instância, e destinados a processar e julgar originariamente os oficiais-generais. No que se refere ao Conselho de Justiça, que possui competência para o julgamento dos oficiais até o posto de coronel ou de capitão de mar e guerra (Art. 9º do Decreto-lei n.º 6.396 com a redação dada pelo art. 2º do Decreto-Lei n.º 7.057, de 20 de novembro de 1944), o comissionamento do juiz federal da Justiça Militar e de membro do Ministério Público Militar e de defensor público federal deve igualmente se nortear pelo posto do acusado, não podendo haver comissionamento em posto inferior ao daquele, no mínimo devem estar no mesmo grau hierárquico daqueles que irão processar, julgar ou defender. Nesse sentido, o art. 19 da Lei Complementar n.º 75/93 dispõe que o procurador-geral da República terá as mesmas honras e tratamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal; e os demais membros da instituição, as que forem reservadas aos magistrados perante os quais oficiem.

Isso se daria por motivos de hierarquia e de paridade entre órgão de acusação e de defesa, já que o acusado não poderia ser hierarquicamente superior ao seu julgador ou ao seu acusador. De igual modo, para se manter o equilíbrio necessário entre as partes e o juiz, o defensor público federal também deverá estar com a mesma igualdade hierárquica, caso contrário não

poderá exercer sua função com independência, nem a ampla defesa com os recursos a ela inerentes poderá ser alcançada.

No livro *Memória Histórica do Ministério Público Militar*, Duarte, Bortolli e Freitas (2012) narram o episódio em que dois militares foram condenados à pena de morte na Segunda Guerra Mundial. Em 9 de janeiro de 1945, dois soldados do Pelotão de Defesa do Quartel-General do 1º DIE deslocaram-se armados até a residência de uma família italiana e, chegando ao local, puseram todos em fuga, mediante disparos seguidos de rajadas de metralhadoras, e ficaram em poder de uma menina de 15 anos que foi por eles estuprada. Na ocasião, enquanto um dos militares cometia a violência sexual o outro vigiava a entrada da casa, revezando-se em seu procedimento criminoso. Em determinado momento, percebendo que um dos familiares da inditosa vítima se aproximava do local do crime, um dos militares não hesitou em matá-lo.

Em 18 de janeiro de 1945, foi instaurado o IPM, cuja solução data de 21 de janeiro. A denúncia foi oferecida em 25 de janeiro, tendo sido recebida no dia seguinte. Os acusados foram citados em 29 de janeiro, interrogados juntamente com as testemunhas em 1º de fevereiro e julgados e condenados no dia 7 do mesmo mês. Tendo recorrido da sentença, a apelação foi julgada, em 7 de março de 1945, pelo Conselho Supremo de Justiça Militar no Rio de Janeiro, vindo a ser mantida a decisão de 2ª instância.

Por interferência do poder civil, a sentença não veio a ser executada. Tal possibilidade encontrava-se expressamente prevista pelo artigo 41 do CPM de 1944, que estipulava que a sentença definitiva condenatória que importasse na imposição da pena capital deveria ser comunicada ao presidente da República logo após o seu trânsito em julgado, só podendo ser executada depois de cinco dias da referida comunicação (atualmente, o art. 57 do CPM prevê que a sentença definitiva de condenação não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação ao presidente da

República). Registre-se que o parágrafo único do mencionado artigo previa que se a pena fosse imposta em zona de operações de guerra, poderia ser imediatamente executada, quando o exigisse o interesse da ordem e da disciplina militares. Por outro lado, o Decreto nº 6.396, de 1º de abril de 1944, estipulava a obrigatoriedade da apelação, pelo advogado de ofício, de todas as sentenças condenatórias.

Em consequência, ao ser comunicado do trânsito em julgado da pena de morte, o presidente da República Getúlio Vargas, deixando claro que o fazia unicamente por ato de graça, comutou ambas penas de morte, fixando-as na pena máxima de reclusão, ou seja, 30 anos. Em sua justificativa anotou que se o Comandante da FEB não considerou necessário mandar executar desde logo a pena, como lhe permitia o parágrafo único do artigo 41 do CPM, se o exigisse o interesse da ordem e da disciplina militar, logo, era de se concluir que, esse interesse e essa ordem não seriam afetados com a comutação da pena.

Por sua vez, o marechal Mascarenhas de Moraes, Comandante da FEB, ao ter ciência dos motivos da comutação da pena, manifestou em radiograma lamentar que por má interpretação das leis não tenha sabido usar das atribuições que lhe competiam, mandando executar, por interesse da ordem e da disciplina, logo após julgamento do auditor, os dois condenados, assassinos confessos, nocivos ao prestígio, disciplina, honra e dignidade da tropa brasileira perante Exércitos Aliados e população italiana. Posteriormente, os sentenciados foram beneficiados com nova comutação, que redundou na redução de suas penas para 6 anos de reclusão pelos crimes praticados no dia 9 de janeiro de 1945 na Itália.

10 O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NAS MISSÕES DE PAZ DAS NAÇÕES UNIDAS

O Decreto-Lei nº 24.803, de 14 de Julho de 1934, foi o marco normativo que fixou as atribuições do MPM inerentes ao zelo na observância das regras gerais de Direito das Gentes e Convenções de Genebra, de 27 de julho de 1929. Atualmente cabe à instituição a fiscalização da aplicação das regras do Direito Internacional Humanitário em hipótese de conflito, e a esse fato soma-se, igualmente, as atribuições criminais que envolvem integrantes das Forças Armadas brasileiras.

Além disso, na forma do art. 91 do CPPM, Brasília é o foro jurisdicional para processar e julgar os crimes militares cometidos no exterior. Desse modo, a PJM em Brasília tem a atribuição de investigar e processar eventuais crimes cometidos por militares brasileiros integrantes de Missões de Paz no exterior (*peacekeepers*). Adverte Lobão (2010), no entanto, que o STM já excepcionou essa regra contida no CPPM, desafiando para a Auditoria mais próxima (e não para Auditoria da 11ª CJM) na hipótese de o crime ter sido praticado próximo aos limites territoriais do Brasil. Um bom exemplo disso seria a prática de crime militar cometido durante a Operação Ágata. De acordo com Figueredo (2017), a Operação Ágata é uma ação militar, de natureza episódica, conduzida pelas Forças Armadas em pontos estratégicos da Faixa de Fronteira terrestre e molhada brasileira, instituída no âmbito das políticas do Governo Federal, criadas com o objetivo de reduzir a incidência dos crimes transfronteiriços e ambientais e as ações do crime organizado, além de intensificar a presença do Estado brasileiro na região das divisas e de incrementar o apoio à população local. Em suas edições, a Operação Ágata já atuou nas regiões de fronteira com os seguintes países: Colômbia, Paraguai, Argentina, Uruguai, Peru, Bolívia, Venezuela, Guiana, Suriname e Guiana Francesa. Na advertência feita por Lobão, verifica-se facilmente a possibilidade de, no âmbito da citada

operação, haver o cometimento de crime militar fora do território nacional e o desaforamento, em caráter excepcional, para uma Auditoria que não integre a 11ª CJM.

O MPM tem envidado esforços na implementação e na fiscalização dos tratados internacionais ratificados pelo país, bem como na observância do Direito Internacional Humanitário. Referido esforço passa pela regular participação dos membros da instituição na formação de militares, brasileiros e estrangeiros, que irão compor as missões de paz das Nações Unidas, promovida pelo Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil – Centro Sérgio Vieira de Mello – CCOPAB, no Rio de Janeiro. Nos últimos anos, o país assumiu posição de destaque no cenário mundial com a coordenação de operações na Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti – MINUSTAH – e na Força Interina das Nações Unidas no Líbano – UNIFIL e essa atuação extrajudicial do *Parquet* das Armas, no sentido preventivo, colabora com tal posição de destaque do país.

261

11 A ATUAÇÃO PERANTE A MISSÃO DE VERIFICAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS EM ANGOLA (UNAVEM)

No período de 12 a 17 de fevereiro de 1997, o então procurador-geral de Justiça Militar Kleber de Carvalho Coêlho, acompanhado de comitiva integrada pelos, à época, subprocuradores-gerais de Justiça Militar Adriana Lorandi e Luiz Antonio Bueno Xavier e pelo então procurador de Justiça Militar Giovanni Rattacaso (atualmente subprocurador-geral de Justiça Militar e corregedor-geral do MPM), fez visita às tropas brasileiras em operações de paz atuantes na República de Angola. Nesta ocasião, foram dados os primeiros passos no sentido de estabelecer uma linha de compromisso de mútuo auxílio institucional.

No período de 18 a 26 de outubro de 1998, o então procurador-geral de Justiça Militar recebeu convite simultâneo do Ministério da Defesa

Nacional da República de Angola, do Estado-Maior general das Forças Armadas Angolanas (FAA) e da Procuradoria Militar das FAA para realizar visita a Angola. A comitiva, chefiada por Kleber de Carvalho Coêlho, contava ainda com o então vice-procurador-geral de Justiça Militar, Péricles Aurélio Lima de Queiroz (atualmente ministro do Superior Tribunal Militar), e os então subprocuradores-gerais de Justiça Militar Mário Sérgio Marques Soares e Marisa Terezinha Cauduro da Silva. Tal visita aprofundaria o estudo relativo às possibilidades de cooperação entre o MPM e o seu congêneres angolano, reforçando-se, assim, os laços entre os dois países.

Em 2009, por meio de projeto desenvolvido pela Escola Superior do Ministério Público da União, em parceria com a Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional (ASCJI), foi levada a cabo pesquisa com vistas à produção de relatório sobre o Ministério Público Militar de Angola, o que se insere no contexto maior do Projeto de Pesquisa “O Ministério Público Militar nos Países de Língua Portuguesa”. Coordenado pela procuradora de Justiça Militar Claudia Rocha Lamas, o estudo sobre Angola foi realizado pelo pesquisador Antônio Pereira Duarte (atual procurador-geral de Justiça Militar).

Em 2014, dando continuidade aos trabalhos de auxílio à República de Angola, foi instituída uma comissão para elaborar o anteprojeto de Código Penal Militar daquele país. No ano de 2017, a comissão formada por Antônio Pereira Duarte (Coordenador), José Carlos Couto de Carvalho, subprocurador-geral de Justiça Militar aposentado e professor; Luciano Moreira Gorrilhas, procurador de Justiça Militar; Najla Nassif Palma, promotora de Justiça Militar; Jorge César de Assis, promotor de Justiça Militar aposentado; Cláudio Amin Miguel, juiz-auditor Substituto da Justiça Militar (denominado atualmente de juiz federal substituto da Justiça Militar); e os advogados e professores universitários Cláudia Aguiar Silva Britto e

Alexander Jorge Pires (integrou a equipe como convidado) concluiu a estruturação do Código Penal Militar de Angola.

Para o Coordenador da Comissão, Antônio Pereira Duarte, a Comissão buscou um ponto de equilíbrio, propondo um anteprojeto que reflita as contribuições do direito penal militar de outros países, especialmente o brasileiro, mas sem perder de vista, as mudanças introjetadas no anteprojeto da lei penal comum angolano. A perspectiva é que se obtenham grandes avanços, viabilizando-se um sistema de normas apto a corresponder aos desafios do jovem Estado Democrático de Direito angolano, inclusive no que tange à assimilação das regras e princípios do Direito Internacional Humanitário.

12 A ATUAÇÃO PERANTE A MISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ESTABILIZAÇÃO DO HAITI (MINUSTAH)

263

No período de 18 a 22 de maio de 2005, foi realizada uma visita do MPM à Brigada Brasileira de Força de Paz no Haiti. O procurador de Justiça Militar Giovanni Rattacaso e a então vice-procuradora-geral de Justiça Militar Adriana Lorandi integraram a comitiva. A MINUSTAH foi criada pelo Conselho de Segurança da ONU, em 2004, com o objetivo de estabilizar o país, restabelecendo a ordem institucional e econômica, além de pacificar e desarmar grupos guerrilheiros e rebeldes após a crise que levou à saída do país do ex-presidente Jean-Bertrand Aristide e que desencadeou uma onda de violência. Em seu relatório, a comitiva identificou que a MINUSTAH alcançava, plenamente, seus objetivos e até superava as expectativas da ONU e do povo local, propiciando um ambiente favorável à futura normalização das instituições haitianas.

No período de 8 a 10 de janeiro de 2006, Jaime de Cássio Miranda se deslocou para integrar a comissão técnica brasileira a fim de colher elementos para elucidar a morte do general de divisão Urano Teixeira da

Matta Bacellar, comandante da Força de Paz na Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti (MINUSTAH). De acordo com o então procurador de Justiça Militar Antônio Pereira Duarte, na questão envolvendo o suicídio do oficial que comandava as tropas brasileiras no Haiti, restou categoricamente afastada qualquer hipótese de homicídio ou mesmo de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, conforme perícia muito bem conduzida, com atuação efetiva de membro do MPM.

No período de 5 a 9 de junho de 2013, a promotora de Justiça Militar, Najla Nassif Palma, integrou comitiva do Ministério da Defesa (MD) em viagem de ativação do 18º Contingente Brasileiro na MINUSTAH. Segundo a Promotora, a importância da iniciativa da viagem era conhecer, vivenciar as condições dessas Missões de Paz no próprio terreno onde são desenvolvidas.

264

13 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR PERANTE A FORÇA INTERINA DAS NAÇÕES UNIDAS NO LÍBANO (UNIFIL)

Em novembro de 2013, a promotora de Justiça Militar Najla Nassif Palma esteve no Líbano acompanhando o trabalho desenvolvido pela tropa brasileira na Força-Tarefa Marítima (FTM), da Força Interina das Nações Unidas no Líbano (UNIFIL). A UNIFIL foi criada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, em março de 1978, com a finalidade de efetivar a retirada israelense do Líbano, restaurar a paz e a segurança e assistir o governo libanês no restabelecimento da autoridade na área. Na ocasião, eram aproximadamente 300 militares brasileiros na região, a maioria deles tripulantes da Fragata União, navio capitânia da esquadra responsável pela vigilância da costa libanesa. De acordo com a promotora, o trabalho realizado pela Marinha na Força Tarefa Marítima da UNIFIL contribuiu para a consolidação da posição brasileira no cenário internacional, destacando nosso país como um importante ator na Manutenção da Paz. Atualmente Najla

Nassif Palma é Secretária de Direitos Humanos e Direito Humanitário do MPM e Diretora-Geral do IBDMH.

14 A ATUAÇÃO DO MPM PARA COMPATIBILIZAÇÃO DAS NORMAS INTERNAS AOS PRINCÍPIOS DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Em 17 de julho de 1998, foi assinado o Estatuto de Roma, tratado internacional que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI), organização internacional permanente e independente que tem competência para julgar indivíduos por crime de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crime de agressão. O Brasil depositou seu instrumento de ratificação em 14 de junho de 2002 (sem, todavia, operar mudanças constitucionais ou legislativas). No plano interno, o tratado foi promulgado, em 25 de setembro de 2002, por meio do Decreto nº 4.388/2002.

Digna de destaque a participação do MPM, em 23 de maio de 2002, na reunião da Comissão de Reforma do ordenamento jurídico brasileiro com vistas à ratificação do Estatuto de Roma. O grupo de trabalho foi criado em 2001 com o objetivo de analisar e propor inserções e modificações de leis nacionais para compatibilizar o contexto jurídico aos princípios do TPI. Em 25 de outubro de 2002, o Grupo de Trabalho Estatuto de Roma finalizou o anteprojeto de lei federal. O documento foi entregue ao então ministro da Justiça, Paulo de Tarso Ribeiro, pela comissão de juristas que elaborou a proposta, na qual se destacaram os representantes do MPM, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, subprocurador-geral de Justiça Militar e Adriana Lorandi, subprocuradora-geral de Justiça Militar. Ocorre que lamentavelmente esse processo ainda não foi concluído, em razão de mudanças de governo, de instalação de outro grupo pra rever o anteprojeto e também de embaraços legislativos. O projeto de lei nº 4.038/2008 – que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os

crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências – ainda está em tramitação na Câmara dos Deputados (último andamento em 16 de fevereiro de 2016).

A Emenda Constitucional nº 45/2004 incluiu o § 4º no art. 5º prevendo a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. Apesar disso, ainda não há uma lei de implementação do TPI no ordenamento jurídico interno.

15 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR EM GRANDES EVENTOS ESPORTIVOS INTERNACIONAIS, EM OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM E EM INTERVENÇÃO FEDERAL

266

Na última década, o Brasil foi palco de grandes eventos esportivos e também de grandes operações de segurança e de enfrentamento à criminalidade. Segundo dados do Ministério da Defesa, de 1992 a 2020, foram realizadas 142 operações de garantia da lei e da ordem, com base na Lei Complementar nº 97/99 que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Nesse cenário, a atuação do MPM de forma preventiva e repressiva e integrada com outros órgãos se demonstrou imperativa.

No ano de 2014, as Forças Armadas ocuparam o Conjunto de Favelas da Maré, no Rio de Janeiro, na denominada Operação São Francisco (operação de garantia da lei e da ordem). A Maré é o maior conjunto de favelas do Rio de Janeiro, com uma população de aproximadamente 130 mil pessoas, distribuídas por 15 comunidades. O Conjunto de Favelas da Maré é uma das regiões mais pobres e perigosas da cidade. A intervenção das Forças Armadas foi solicitada pelo governo do Estado, após uma onda de ataques de

traficantes às bases policiais de comunidades pacificadas. A Força de Pacificação iniciou a sua participação com 2.700 homens (2.050 da Brigada de Infantaria Paraquedista do Exército/RJ; 450 da Marinha e 200 da Polícia Militar) e também uma equipe da 21ª Delegacia de Polícia.

Diante desse cenário, o MPM criou um grupo de trabalho para dar apoio e acompanhar a atuação da Força de Pacificação na Maré. Sob coordenação da procuradora de Justiça Militar Maria de Lourdes Sanson, o referido grupo exerceu o controle externo da atividade policial desempenhada pelas Forças Armadas, atuando preventivamente na identificação de eventuais abusos das tropas e garantindo os direitos individuais dos cidadãos da comunidade e também dos próprios militares. Para facilitar o recebimento de informações ou de relatos de ocorrências acerca da Operação São Francisco, o MPM disponibilizou um serviço de atendimento ao cidadão.

No período, foram abertos 76 processos para apurar a prática de crimes cometidos por militares ou contra militares. Os crimes mais comuns foram: desacato, resistência, desobediência e lesão corporal. Ao todo, 27 militares foram feridos e 1 foi morto (a primeira morte de um militar das Forças Armadas desde o início do processo de pacificação nos morros cariocas). A vítima fatal foi o soldado do Exército Michel Augusto Mikami, de 21 anos, que era de Vinhedo, no interior de São Paulo. Ele foi alvejado por traficantes durante um patrulhamento na localidade, em 28 de novembro de 2014.

Ainda no ano de 2014, o país recebeu a Copa do Mundo FIFA e as Forças Armadas foram acionadas para atuar na segurança pública durante o torneio. Criou-se um Grupo de Apoio ao Gabinete de Crise com a função de integrar a atuação do Ministério Público durante a Copa e facilitar sua articulação com outros órgãos de Estado envolvidos no evento. O gabinete de crise foi coordenado pelo procurador-geral da República e composto pelos procuradores-gerais de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e

Territórios, do Ministério Público Militar e dos Ministérios Públicos dos Estados que sediaram a Copa do Mundo, além de um conselheiro do CNMP. O ministro da Justiça integrou o gabinete como convidado.

No período, foi importante contar com a experiência obtida pelo Exército Brasileiro na organização da segurança dos grandes eventos internacionais ocorridos no país em passado recente e também em operações de garantia da lei e da ordem, como os Jogos Panamericanos em 2007; Jogos Mundiais Militares em 2011, Operação Arcanjo nos Complexos do Alemão e da Penha no período de 2010 a 2012; a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, em 2012; a Copa das Confederações e a Jornada Mundial da Juventude em 2013.

Em 2016, o país recebeu os jogos olímpicos e paralímpicos. Para tanto, aproximadamente 25 mil homens foram empregados nos locais de competição e no seu entorno. Os militares atuaram em patrulhas de segurança, fiscalização de explosivos, proteção de estruturas estratégicas como linhas de transmissão, usinas nucleares, subestações de energia e de abastecimento de água, e proteção contra ataques cibernéticos. Em decorrência dos jogos, o MPM criou um Grupo de Apoio às Olimpíadas, composto pela procuradora de Justiça Militar Maria de Lourdes Souza Gouveia Sanson (coordenadora) e pelos promotores de Justiça Militar Jorge Augusto Lima Melgaço, Irabeni Nunes de Oliveira e Max Brito Repsold, todos lotados na PJM no Rio de Janeiro. Esse Grupo integrou a Assessoria Especial para Grandes Eventos do Ministério da Defesa (MD), a quem competia facilitar a coordenação das ações do MD com os demais órgãos participantes dos Grandes Eventos, bem como orientar a integração das ações de defesa e de segurança pública.

Em 16 de fevereiro de 2018, por meio do Decreto nº 9.288, o presidente da República Michel Temer decretou intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave

comprometimento da ordem pública. Para tanto, por meio da Portaria nº 21/PGJM, de 16 de fevereiro de 2018, o procurador-geral de Justiça Militar designou a procuradora de Justiça Militar Maria de Lourdes Souza Gouveia Sanson e o promotor de Justiça Militar Jorge Augusto Lima Melgaço para acompanhar os trabalhos das Forças Armadas na chamada Operação Carioca. O objetivo foi prestar apoio e acompanhar os trabalhos das Forças Armadas no desempenho das atribuições estabelecidas pelo presidente da República, sobretudo em razão das atribuições constitucionais do *Parquet* Militar de controle externo da atividade policial e de persecução de crimes militares.

À época, o MPM expediu recomendação para que os militares que atuassem na intervenção federal, sempre que possível, utilizassem câmeras nos capacetes com o objetivo de registrar a atuação da tropa, o que auxiliaria na construção de um conjunto probatório consistente para verificação de irregularidades ou indícios de crimes. Outra medida adotada pelo MPM foi a expedição de ofício ao general de exército Walter Souza Braga Netto, Interventor Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, para informá-lo da preocupação do MPM quanto à necessidade de fixação de regras objetivas em relação às abordagens realizadas pelos militares das Forças Armadas que participam de operações durante a Intervenção Federal. Recomendou-se que fossem adotadas providências para elaboração de um protocolo de abordagem da população, a fim de se garantir a segurança, a regularidade e a uniformização dos procedimentos; bem como a observância dos direitos humanos em ações dessa natureza. Tal protocolo foi aprovado em 10 de janeiro de 2019 pelo Chefe do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas Almirante de Esquadra Ademir Sobrinho.

16 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o prazeroso passeio pela história do MPM, foi possível verificar neste primeiro centenário a grandiosa evolução da instituição. De 1920 até hoje, membros, servidores e demais colaboradores do MPM, os Ministérios Públicos de outros Ramos e dos Estados, os órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a sociedade civil contribuíram com o crescimento e fortalecimento do MPM na promoção da justiça, da democracia e da cidadania, sem se descuidar das especificidades das Forças Armadas.

O fecho de direitos e garantias atribuídos ao Ministério Público e aos seus membros conferidos pela Constituição de 1988 foi um divisor de águas para a instituição.

Muito já foi feito, grandes desafios já foram superados, mas ainda há outros tantos a superar. Aperfeiçoar a prestação judicial e extrajudicial; ampliar as atribuições constitucionais e legais; ampliar a capacidade institucional em inteligência e investigação; e aumentar a projeção institucional na mídia e na sociedade são certamente alguns dos próximos desafios dessa centenária instituição.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. O Parquet e o chão do Fórum. *Blog do Vlad*, 2013. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2013/12/31/o-parquet-e-o-chao-do-forum/> . Acesso em: 24 jul. 2020.

ASSIS, Jorge Cesar de. Comissionamento em postos militares, de Juízes-Auditores, membros do Ministério Público Militar e da Defensoria Pública da União, por ocasião do tempo de guerra. *Jus Militar*. Em 6 de maio de 2017. Disponível em:

<https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/ComissionamentoEmpostosMilitares.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2020.

ASSIS, Jorge Cesar de. Legitimidade do Ministério Público Militar para a interposição de ação civil pública. *Jus Militaris*. Em 6 de julho de 2008. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/legitmpmpmacp.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2020.

ASSIS, Jorge Cesar de. Uma visão crítica sobre o Ministério Público Militar durante o período da República Velha. *Jus Militaris*. Em 11 de agosto de 2011. Disponível em: https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/mpm_rep_velha.pdf. Acesso em: 3 ago. 2020.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. *Histórico*. Disponível em: http://www.anmpm.org.br/index3a.jsp?pagina_site=50. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Reclamação para Preservação da Autonomia do Ministério Público nº 1.00348/2019-79* (Rel. Leonardo Accioly). Brasília/DF. Disponível em: <https://elo.cnmp.mp.br/pages/consulta.seam?tipoJurisprudencia=1&numeroSequencia=&ano=&digitoVerificador=&isJurisprudencia=true&ementa=&nuProcesso=-&Search=#>. Acesso em: 1º ago. 2020.

BRASIL. *Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição (1934) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição (1937) Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição (1946) Constituição dos Estados Unidos do Brasil.*

Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição (1967) Constituição da República Federativa do*

Brasil. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm

m. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.* Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm.

Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do*

Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso

em: 24 jul. 2020.

BRASIL. *Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de*

dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99,

102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129,

134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A

e 130-A, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm.

Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002.* Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.388%2C%20DE%2025,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018.* Decreta intervenção

federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave

comprometimento da ordem pública. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9288.htm.

Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920*. Manda observar o Código de Organização Judiciária e Processo Militar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14450-30-outubro-1920-502847-republicacao-95110pe.html#:~:text=O%20Presidente%20da%20Republica%20dos,com%20o%20disposto%20no%20art.&text=Rio%20de%20Janeiro%2C%2030%20de,Independencia%20e%2032%20BA%20da%20Republica>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 15.635, de 26 de agosto de 1922*. Manda observar o Código de Organização Judiciária e Processo Militar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-929/decreto-15635-26-agosto-1922-517488-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=O%20Presidente%20da%20Republica%20dos,com%20o%20disposto%20nos%20arts.&text=Rio%20de%20Janeiro%2C%2026%20de,Independencia%20e%2034%20BA%20da%20Republica>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 17.231-A, de 26 de fevereiro de 1926*. Manda observar o Código da Justiça Militar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-929/decreto-17231-a-26-fevereiro-1926-517634-norma-pe.html>. Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 73.173, de 20 de novembro de 1973*. Dispõe sobre a estrutura administrativa do Ministério Público da União junto à Justiça Militar e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-979/decreto-73173-20-novembro-1973-421603-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 76.387, de 2 de outubro de 1975*. Dispõe sobre a Estrutura Básica do Ministério da Justiça e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-76387-2-outubro-1975-424988-norma-pe.html>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 267, de 28 de fevereiro de 1967*. Introduz alteração no Ministério Público da União junto a Justiça Militar e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del0267.htm#:~:text=DECRETO%20LEI%20N%C2%BA%20267%2

C%20DE,o%20% C2% A7% 202% C2% BA% 20do% 20art. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938*. Estabelece o Código de Justiça Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del0925.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%20925%20C%20DE%202%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201938.&text=Estabelece%20o%20C%C3%B3digo%20da%20Justi%C3%A7a%20Militar . Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm . Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm . Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.003, de 21 de outubro de 1969*. Lei da Organização Judiciária Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1003.htm . Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 6.227, de 24 de janeiro de 1944*. Institui o código penal militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6227.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%206.227%20C%20DE,Institui%20o%20c%C3%B3digo%20penal%20militar . Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 6.396, de 1º de abril de 1944*. Organiza a Justiça Militar junto às Forças Expedicionárias e regulariza seu funcionamento. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6396-1-abril-1944-452608-publicacaooriginal-1-pe.html> . Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 6.509, de 18 de maio de 1944*. Cria, na Reserva de 1ª Classe do Exército, um Quadro Especial para os Membros da Justiça Militar da Força Expedicionária Brasileira. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6509-18->

maio-1944-451914-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3A-,DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%206.509%2C%20DE%2018%20DE%20MAIO%20DE%201944,Militar%20da%20For%C3%A7a%20Expedicion%C3%A1ria%20Brasileira.&text=Rio%20de%20Janeiro%2C%2018%20de,Independ%C3%Aancia%20e%2056%C2%BA%20da%20Rep%C3%Bablica
Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 24.803, de 14 de Julho de 1934*. Modifica diversos artigos do Código de Justiça Militar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24803-14-julho-1934-499670-publicacaooriginal-140885-pe.html#:~:text=O%20Chefe%20do%20Gov%C3%A3o%20Provis%C3%B3rio,Estados%20Unidos%20do%20Brasil%2C%20considerando%3A&text=1%C2%BA%20O%20atual%20C%C3%B3digo%20de%20Justi%C3%A7a%20Militar%20anexo%20ao%20decreto%20n.> Acesso em: 16 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936*. Institue, como órgão da Justiça Militar, o Tribunal de Segurança Nacional, que funcionará no Distrito Federal sempre que fôr decretado o estado de guerra e dá outras providencias. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-244-11-setembro-1936-503407-norma-pl.html#:~:text=Lei%20n%C2%BA%20244%2C%20de%2011,guerra%20e%20d%C3%A1%20outras%20providencias.> Acesso em: 18 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951*. Lei orgânica do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1341.htm. Acesso em: 20 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 4.212, de 27 de agosto de 1962*. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm#:~:text=LEI%20No%204.121%2C%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201962.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADica%20da%20mulher%20casada.&text=%E2%80%9CArt.,relativamente%20a%20certos%20atos%20\(a](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4121.htm#:~:text=LEI%20No%204.121%2C%20DE%2027%20DE%20AGOSTO%20DE%201962.&text=Disp%C3%B5e%20s%C3%B4bre%20a%20situa%C3%A7%C3%A3o%20jur%C3%ADica%20da%20mulher%20casada.&text=%E2%80%9CArt.,relativamente%20a%20certos%20atos%20(a) rt. Acesso em: 5 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

(VETADO) e dá outras providências. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992*. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995*. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9028.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp75.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 97/99, de 9 de junho de 1999*. Dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em: 4 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica. *Manual de polícia judiciária militar*. Brasília, DF: MPM, 2019. 59 p. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/06/manual-pjm.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Portaria nº 746, de 17 de dezembro 1975*. Aprova o Regimento Interno do Ministério Público Militar. Diário Oficial União. 18 dez 1975; Seção 1:1.

Histórias de vida / Coordenação: Centro de Memória do MPM; organização: Gunter Axt. – Brasília, 2016.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Centro de Memória*. Jaime de Cássio Miranda. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/cmmpm-centro-de-memoria/jaime-de-cassio-miranda-2016-2020/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Centro de Memória*. Museu e Arquivo. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/cmmpm-centro-de-memoria/museu-e-arquivo/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Centro de Memória*. Relatos do centenário: minha experiência com o MPM – Edmar Jorge de Almeida. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2020/07/edmar-jorge.mp4> . Acesso em: 3 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. Centro de Memória. Relatos do centenário: minha experiência com o MPM - Gunter Axt. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/relatos-do-centenario-gunter-axt/>. Acesso em: 28 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Centro de Memória*. Relatos do centenário: minha experiência com o MPM - João Maria Moreira de Sousa. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2020/07/joao-maria.mp4/>. Acesso em: 1º ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Enunciado nº 20 da CCR/MPM, de 23 de maio de 2019*. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/enunciados-ccr/>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Gestão e Realizações - 2016*. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2018/03/2016-gestao-realizacoes.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Procurador-Geral de Justiça Militar*. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/pgjm/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. Procuradoria-Geral da Justiça Militar. *Planejamento Estratégico do Ministério Público Militar (2011 a 2015)*. Brasília, 2010.

BRASIL. Ministério Público Militar. Procuradoria-Geral de Justiça Militar. *Planejamento Estratégico do Ministério Público Militar* (2016 a 2020). Brasília, 2015. p. 9.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Últimas notícias*. Comissão conclui estruturação do anteprojeto de Código Penal Militar de Angola. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/comissao-conclui-estruturacao-do-anteprojeto-de-codigo-penal-militar-de-angola/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Últimas notícias*. Jaime de Cássio Miranda – Palavras de despedida. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/jaime-de-cassio-miranda-palavras-de-despedida/>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Últimas notícias*. Procurador-Geral Antônio Duarte tem encontro com Comandante da Aeronáutica. Brasília, 2020. Disponível em <https://www.mpm.mp.br/procurador-geral-antonio-duarte-tem-encontro-com-comandante-da-aeronautica/>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Últimas notícias*. Reunião com a assessoria para grandes eventos do MD. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/reuniao-com-a-assessoria-para-grandes-eventos-do-md/>. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. 6ª Vara Federal de Porto Alegre. *Ação Civil Pública nº 5001552-12.2019.4.04.7109*. Disponível em: <https://www2.jfrs.jus.br/consulta-processual/>. Acesso em 1º ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 160.902/RJ*. Relatoria da Min. Laurita Vaz, julgamento em 12/12/2018, DJe de 18/12/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=160902&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 31 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Agência de Notícias*. De modo virtual, ministro Péricles realiza palestra em painel de Direito Militar. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/10579-ministro-pericles-realiza-palestra-em-painel-de-direito-militar>. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Agência de Notícias*. Na operação militar na Maré foram abertos 76 processos criminais. Um deles para apurar a morte de um soldado. Brasília, 2015. Disponível em: <https://stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/4983-na-operacao-militar-na-mare-foram-abertos-76-processos-criminais-um-deles-para-apurar-a-morte-de-um-soldado> . Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Manifestação de Ministros*. Sessão plenária de 30/10/2019. DJe de 5/11/2019, p. 1. Disponível em: https://www2.stm.jus.br/pesquisa/dje/prod/2019/11/pje_dje_05_11_2019.pdf Acesso em: 15 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na Petição nº 9.067*. Requerente: Deltan Martinazzo Dallagnol. Requerido: União. Relator: Min. Celso de Mello, 17 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/katia-abreu-celso-concede-liminar.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). *Apelação cível nº 0026302-61.2015.4.01.3400/DF*. Apelante: MPM. Apelado: Sergio de Lima Alves e outros. Relator: Desembargador Federal Hilton Queiroz, 10 de setembro de 2019. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00263026120154013400&pA=&pN=263026120154013400>. Acesso em: 5 ago. 2020.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1996.

CARVALHO, José Carlos Couto de. O Ministério Público Militar. *Revista do Ministério Público Militar*, ano XI, número 14, Brasília, 1992, p. 24-25.

DUARTE, Antônio Pereira. Histórico do Ministério Público Militar. *Ministério Público Militar*, 2020. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/cmmmpm-centro-de-memoria/historico-do-mpm/> . Acesso em: 14 de jul. de 2020.

DUARTE, Antônio Pereira. Pesquisa sobre o Ministério Público Militar nos países de Língua Portuguesa. *Relatório sobre o Ministério Público Militar de Angola*. Juiz de Fora, 2009. Disponível em: https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2016/10/20090000_duarte-antonio.-mpm-paises-l-portuguesa.pdf. Acesso em: 29 jul. 2020.

DUARTE, Antônio Pereira; CARVALHO, José Carlos Couto de. A reinvenção da Justiça Militar brasileira. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 39, n. 24, p. 39-58, nov. 2014.

FIGUEREDO, Safira Maria de. *Operação Ágata: O Poder de Polícia das Forças Armadas*. 2017. 98 f. Dissertação (Mestrado em Estudos Fronteiriços) - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Corumbá, 2017. Disponível em:

<https://dspace.stm.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/66850/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20Mestrado%20Dra%20SAFIRA%20MARIA%20E%20FIGUEREDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 4 ago. 2020.

FREITAS, Ricardo. *et al. Memória histórica do Ministério Público Militar – Brasília: MPM*, 2012.

GORRILHAS, Luciano Moreira; MIGUEL, Claudio Amin *et al.* A institucionalização da polícia judiciária militar: uma necessidade premente. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5060, 9 maio 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56972>. Acesso em: 4 ago. 2020.

LOBÃO, Célio. *Direito processual penal militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2010. p. 168.

LORANDI, Adriana; RATTACASO, Giovanni. *Relatório da visita do MPM à Brigada Brasileira de Força de Paz no Haiti (Missão das Nações Unidas para a estabilização no Haiti – MINUSTAH)*. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/relatoriodavisita.pdf> . Acesso em 29 jul. 2020.

LUZ, Cláudia Márcia Ramalho Moreira. Legitimidade do Ministério Público Militar para a defesa dos direitos coletivos nas áreas sob administração militar. *Revista do Ministério Público Militar*, ano 36, nº 21, p. 9-14, abr. 2010.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 1.705.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. Volume único. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 144.

OLIVEIRA, Rodrigo Ladeira de. A legitimidade do Ministério Público Militar para a propositura de ação civil pública. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, ano 37, n° 22, p. 351-407, nov. 2011.

ROSA FILHO, Cherubim; SIMÃO NETO, Antonio. Proposta de inclusão da Justiça Militar da União na composição do Conselho Nacional de Justiça: um apanhado histórico. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. – v. 26, n. 1 (jul./dez. 2016). – Brasília: Superior Tribunal Militar, 2017. p. 17-23.

VITORELLI, Edilson. O Ministério Público e a palavra parquet. *Edilson Vitorelli Direito e Concursos Jurídicos*, 2017.

Disponível em: <http://www.edilsonvitorelli.com/2017/01/o-ministerio-publico-e-palavra-parquet.html>. Acesso em: 24 jul. 2020.

Ministério Público Militar através do Tempo: 100 anos de história

Marianna Vial Brito

Especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes.

Advogada.

ORCID: 0000-0001-5205-3823

E-mail: vialmarianna@gmail.com

3º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2020

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: Completando 100 anos de sua criação, o Ministério Público Militar permanece inexplorado por grande parte da sociedade brasileira, incluindo a comunidade acadêmica, que, devido às raras abordagens dentro das instituições de ensino, contribui em parte para ser a Justiça Militar, no geral, pouco divulgada. Desse modo, dedicando o merecido prestígio ao seu centenário, o presente artigo tem como escopo demonstrar toda sua trajetória; e conectar passado, presente e futuro. Para tanto, será contextualizada sua origem, analisando a evolução histórica, estrutura e função institucional; a abordagem trazida pelas Constituições e as alterações normativas que afetaram suas atividades; os efeitos de sua atuação no Estado Democrático Direito no interesse social; e, por fim, uma breve análise de sua *performance* no combate à pandemia do vírus SARS-CoV-2 e as suas perspectivas.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público Militar; Justiça Militar; Ministério Público da União; contexto histórico; Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; Estado Democrático de Direito; Lei nº 13.491/17; Lei nº 13.774/18; Lei Pacote Anticrime; pandemia SARS-CoV-2.

ENGLISH

TITLE: Military Public Prosecutor's Office through Time: 100 Years of History.

ABSTRACT: Completing 100 years of its creation, the Public Prosecutor's Office remains untapped by a large part of Brazilian society, including the academic community, which, due to the rare approaches within educational institutions, contributes in part to being the Military Justice, in general, little publicized. In this way, dedicating the deserved prestige to its centenary, the present article aims to demonstrate its entire trajectory; and connect past, present and future. For that, its origin will be contextualized, analyzing the historical evolution, structure and institutional function; the approach brought by the Constitutions and the normative changes that affected their activities; the effects of its performance in the Democratic Right State on the social interest; and, finally, a brief analysis of its performance in combating the SARS-CoV-2 virus pandemic and its prospects.

KEYWORDS: Military Public Ministry; Military Justice; Federal Prosecutor's Office; historical context; 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil; democratic state; Law n°. 13,491/17; Law n°. 13,774/18; Anti-Crime Package Law; SARS-CoV-2 pandemic.

284

SUMÁRIO

1 Da criação, evolução e atualidade – 1.1 A organização judiciária militar no início da república brasileira – 1.2 A criação do Ministério Público Militar – 1.3 A atuação do Ministério Público Militar – 1.3.1 Da atuação internacional do Ministério Público Militar em missões de paz – 1.3.2 O controle externo nas atividades da Polícia Judiciária Militar – 2 Das alterações legislativas impactantes na justiça castrense – 2.1 A Lei n° 13.491 de 2017 e a alteração do Código Penal Militar – 2.2 A Lei n° 13.774 de 2018 e a alteração da lei de organização judiciária militar – 2.3 A Lei 13.964 de 2019 – Pacote “Anticrime” – 3 A atuação do MPM diante de um novo mundo – 4 Conclusão.

1 DA CRIAÇÃO, EVOLUÇÃO E ATUALIDADE

Seria impossível abordar o tema: “A história do Ministério Público Militar” sem, de antemão, deixar de contextualizar a criação da Justiça Militar no Brasil, oriunda do Direito Lusitano, que ao chegar ao “Novo Mundo” foi, forçosamente, adaptado às novas circunstâncias. Por consequência, o sistema jurídico nacional filiou-se ao denominado grupo continental europeu.

Sabe-se que, seus primeiros passos foram dados, entre os séculos XVI e XVIII, tendo suas raízes históricas fincadas, na Península Ibérica, compreendendo três períodos: o Colonial, o Imperial e o Republicano.

Sendo que, nos dois primeiros períodos se caracterizava por inúmeras leis, decretos, regulamentos e afins.

Com a vinda da Família Real e a corte portuguesa para o Rio de Janeiro, em 1807, tornou-se imperiosa a criação de uma Justiça Militar própria. Com essa finalidade, em 1º de abril de 1808, o Príncipe-Regente D. João VI, por meio de Alvará com força de lei, criou o denominado Conselho Supremo Militar e de Justiça, tornando-se o “embrião” do atual, Superior Tribunal Militar.

Sediado, na cidade do Rio de Janeiro, suas funções jurisdicionais eram cumuladas com as administrativas. Desse modo, o Conselho contribuía com o governo, em questões referentes a promoções, cartas-patentes, soldos e funções, puramente, judiciárias. Desta forma, foi o primeiro órgão com jurisdição em todo o País, bem como, o primeiro Tribunal Superior de Justiça.

Durante o Período Imperial, os Conselhos eram divididos em: Conselhos de Disciplina, que tinham como encargo verificar as deserções de praças; Conselhos de Investigação, cuja finalidade era analisar atos

criminosos e deserções cometidas por oficiais e Conselhos de Guerra, que possuíam a incumbência de julgar os processos.

Insta salientar, que os referidos Conselhos constituíam a primeira instância, tendo em vista que, nos casos de interposição de recursos, o segundo grau de jurisdição ficava a cargo do Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Todavia, é curioso observar que, mesmo com o surgimento do referido Conselho seu próprio alvará de criação estabelecia uma ligação direta entre o Conselho brasileiro e o Conselho de Guerra de Lisboa, seu congêneres português, uma vez que, conforme o teor do inciso III, o novo órgão era regido pelo Regimento de 22 de dezembro de 1643 e, concomitantemente, pelas normas que regiam o Conselho de Guerra português.

286

No tocante aos fundamentos legais usados nos julgados, o Conselho se baseava nas Ordenações Filipinas, nos Artigos de Guerra do “Regulamento de Wilhelm Schaumburg Lippe”, também conhecido como Regulamento do Conde de Lippe, e na Provisão 359, diante da inexistência de um ordenamento jurídico específico para os crimes militares.

Posteriormente, com o advento da República, o Conselho Supremo Militar foi substituído pelo Supremo Tribunal Militar, por meio do Decreto Legislativo nº 149 de 1893. O STM era composto por quinze ministros distribuídos da seguinte forma: oito do Exército, quatro da Armada e três juízes togados, com a mesma dupla funcionalidade dos, outrora, Conselheiros.

Contudo, é importante destacar que, embora o Supremo Tribunal Militar tenha sido criado em 1893, os Tribunais Militares e seus juízes apenas passaram a integrar o Poder Judiciário, quando da promulgação da Constituição da República, em 1934.

Nota-se que, durante todo esse período, várias modificações legislativas se deram, devido a inúmeros processos de transição político-institucional, em adequação a regimes políticos e formações estatais até chegar ao que, atualmente, conhecemos como Justiça Castrense.

1.1 A organização judiciária militar no início da república brasileira

Conforme, anteriormente, narrado, o Decreto nº 149, que deu origem ao Supremo Tribunal Militar, foi omissivo ao tratar do Ministério Público Militar, tendo em vista que, até o ano de 1920, as legislações vigentes à época preconizavam que caberia aos oficiais pré-selecionados a função de fiscal da lei, sendo-lhes delegado o poder de promover a ação penal.

Todavia, foram inúmeras as tentativas de introduzir o Ministério Público Militar dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Uma delas ocorreu, em 1850, com o projeto de lei de Nabuco de Araújo, no qual pretendia-se formar uma Promotoria Pública para atuar, juntamente, com os Conselhos de Justiça.

Já em 1907, o então Deputado Dunshee de Abranches apresentou o Projeto de Lei nº 475, que, em seus artigos 35 e 36, criava os cargos de Procurador-Geral, bem como, os de Promotores da Justiça Militar.

Mais adiante, durante a vigência do Governo do Presidente Prudente de Moraes, em 1895, o Supremo Tribunal Militar redigiu seu próprio Regulamento Processual Criminal Militar (RPCM). Em seu preâmbulo, havia a declaração tácita de que ele estava fundamentado, na faculdade prevista, no artigo 5º, inciso 3º, do Decreto que o criara. No escopo de seu texto ficou estabelecido que a Justiça Castrense seria dirigida pelos Conselhos de Investigação, os Conselhos de Guerra e o Supremo Tribunal Militar.

Destaca-se que o Conselho de Investigação era composto por autoridades militares com função de direção ou comando e integrado por três

oficiais de patente, nomeados por uma escala preestabelecida e, a exemplo do que ocorre atualmente, os oficiais deveriam ter posto superior ou equivalente ao indiciado. O que se repetia, na análise dos crimes militares, em tempo de guerra praticados por civis ou em lugares sob a direção militar; nos crimes comuns praticados por militares, em terreno inimigo e no proferimento de pronúncia ou impronúncia ao indiciado.

Nos artigos 7º e 8º do Código Processual Penal e nos artigos 33 a 36 do Regulamento Processual Criminal Militar, estabeleceram-se as funções a serem exercidas pela polícia judiciária militar, sendo uma delas instruir o processo criminal para o Conselho, como nos exames de corpo de delito, buscas, oitivas de testemunhas, indiciado e do ofendido, por exemplo. Atribuições estas, muito similares às exercidas pelo Auxiliar de Justiça, dentro do nosso ordenamento jurídico atual.

288

Nos julgamentos de crimes militares envolvendo oficiais militares, a composição dos Conselhos de Guerra era alterada para sete juízes, sendo um deles o Presidente, obrigatoriamente, mais graduado ou mais antigo do que o Réu; o Auditor togado, que tinha como atribuição a relatoria com o voto; e mais cinco oficiais gerais, tendo um deles a função de interrogar.

Um fato interessante é que os oficiais gerais não possuíam foro privilegiado, logo, eram julgados pela prática de seus crimes na primeira instância, assim como seus subordinados.

Via de regra, a formação dos Conselhos de Guerra era realizada com o mesmo número de juízes, com destaque para o Presidente que, obrigatoriamente, era um Oficial Superior. Entretanto, os demais deveriam ser apenas oficiais com graduação maior ou igual ao Réu; e o auditor togado, relator com direito a voto. De modo que o auditor togado, que era civil, então aliava o seu estudo forense com a vivência castrense – o escabinado.

No tocante à formação da culpa, é notório o enorme contraste entre a ação criminal militar e a ação penal comum existente à época, já que,

conforme o artigo 57 do Regulamento Processual Criminal Militar, de 1895, dispunha que “a acção criminal militar é sempre pública, será exercitada *ex-officio* e terá lugar em virtude de: a) ordem superior; b) parte oficial”; e poderia ser iniciada de ofício, mediante ordem superior ou parte oficial, demonstrando a conexão direta entre o dirigente da ordem e quem devia cumpri-la.

Ressalta-se ainda, que o Conselho de Investigação, ao mesmo tempo, que tinha a função de investigar, semelhante ao Inquérito Policial Militar atual, possuía também a função judicialiforme e ministerial denunciando os fatos, em forma de pronúncia, ao Conselho de Guerra.

Outro aspecto curioso com relação a ação penal militar refere-se ao fato de que, independentemente se era iniciada por denúncia ou queixa, ela sempre era pública. Logo, podemos verificar que a ação criminal militar do final do Século XIX, mesmo em menor número, ainda apresentava requisitos muito similares ao atual, tendo como principal distinção, o fato de não ser uma peça privativa ao Promotor da Justiça Militar, uma vez que ainda não havia esse cargo.

Todavia, somente os casos envolvendo Ministros do então Supremo Tribunal Militar, exigiam denúncia do Procurador da República à Corte. Desse modo, diante da exceção trazida pelo próprio Regulamento Processual Criminal Militar aos Ministros da daquela Corte, entendemos que se tratava de um foro privilegiado, uma vez que inexistia o ramo especializado.

Nota-se que, diferentemente, do que ocorria, no processo penal comum, era prevista participação do Ministério Público, em todas as fases processuais estabelecidas no artigo 5º do Código Processual Criminal de Primeira Instância, de 1832.

Sendo preconizada, ainda a presença de um promotor público, em cada termo ou julgado, juntamente, com o Conselho de Jurados, além de, um

juiz municipal¹, um escrivão das Execuções e mais quantos oficiais de justiça os juízes julgassem necessários.

Em meio a ausência do Parquet Militar, em decorrência das disputas internas, diversas revoltas armadas ocorreram no período conhecido como República Velha, o que configurou uma enorme instabilidade social. Entre elas, revoltas marcantes, como a Revolução Federalista, a Revolta da Chibata e a Guerra do Contestado.

Como sabemos, todas as revoltas, por terem envolvimento das Forças Armadas, foram julgadas pelo Supremo Tribunal Militar e, devido à inexistência do Ministério Público Militar, a carência dentro dos processos penais militares foi enorme, considerando que uma das funções principais do Ministério Público é zelar pelo devido processo legal e pelo direito humanitário. Destarte, podemos concluir que, a ausência injustificada do Ministério Público Militar, na Organização Judiciária Militar, foi prejudicial não só às partes envolvidas, como também, à própria Justiça Castrense.

1.2 A criação do Ministério Público Militar

Transcorridos os 112 anos da criação da Justiça Militar da União, conforme anteriormente narrado, chegamos ao dia 30 de outubro de 1920, data em que o presidente Epitácio Pessoa assinou o Decreto nº 14.450, que introduziu o artigo 5º no Código de Organização Judiciária e Processo Militar, originando o Ministério Público Militar.

Inicialmente, a instituição foi concebida devendo, de certa maneira, subordinação à Justiça Militar e ao Poder Executivo, uma vez que era determinado que fosse observado o Código supracitado. Tal situação fica ainda mais nítida quando o artigo 29 qualifica os promotores de justiça como

¹ Juiz Municipal: Escolhidos de acordo com uma lista tríplice formada pelas Câmaras Municipais, dentre os advogados ou habitantes com bacharéis em Direito com notório saber jurídico.

auxiliares da justiça militar, o mesmo fato ocorre quando lemos os artigos 30, que estipulava que o Procurador-Geral deveria ser um dos auditores de 2º instância, do que se entende que o chefe do Ministério Público era membro do Poder Judiciário; e o 59, no qual se declarava que tanto os cargos dos promotores militares quanto o do Chefe do Ministério Público Militar eram demissíveis *ad nutum*, tendo em vista que ocupavam cargos, segundo o entendimento do Governo.

Salienta-se que o procurador-geral tomava posse prestando compromisso de bem servir, perante o presidente do Supremo Tribunal Militar; e os promotores, diante do procurador-geral, que, no caso, era chefe do Ministério Público e seu órgão, em face do Supremo Tribunal Militar.

Nesse entendimento, o ilustre professor Jorge Cesar de Assis² defende que o Código de Organização Judiciária e Processo Militar, que determinou o surgimento do Ministério Público Militar, está entranhadamente ligado ao Poder Judiciário pelos motivos acima narrados. Baseia-se, ainda, no modo de nomeação do promotor militar e do procurador-geral ser feito por livre escolha do presidente da República, tendo como único requisito a formação jurídica e, em caráter preferencial, os aspirantes aos cargos terem sido militares. Ou seja, nenhum outro requisito, a não ser a diplomação em ciências jurídicas e sociais.

No entanto, embora o artigo 31 alvitrasse pela independência do exercício das funções do Ministério Público e o de ordem judiciária, o próximo artigo versava sobre a distribuição dos serviços dos promotores da 6ª circunscrição, que deveriam ficar sob responsabilidade do auditor mais antigo, no Exército e na Armada, respectivamente.

² ASSIS, Jorge Cesar de. Uma Visão Crítica sobre o Ministério Público Militar Durante o Período da República Velha. *Jusmilitaris*. Disponível em: https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/04/200908_mpm-durante-rep.-velha_dr.-jorge-cesar-de-assis.pdf . Acesso em: 28 ago. 2020.

De tal modo, o artigo ainda afirma que, nos casos de necessidade, o procurador-geral nomearia o promotor interno, no tempo em que o auditor ou o presidente do Conselho de Justiça, que também era um militar, nomeava, nessa hipótese, o promotor *ad hoc*, sempre que possível, entre os cidadãos diplomados em direito.

Nota-se que o Código de 1920 também recebeu novos preceitos para a administração judiciária, tendo em vista que foi abolido o modelo estruturado nos Conselhos de Investigação e de Conselhos de Guerra para criar o Conselho de Justiça Militar, cuja existência era de consecutivos seis meses, sendo composto por quatro juízes militares, de patente igual ou superior ao réu, que eram sorteados entre os oficiais em serviço ativo do Exército e da Armada nas respectivas circunscrições, mais o auditor, civil, conforme estabelecia os artigos 14 e 15.

292

Alterações trazidas pelo Código também modificaram a competência do órgão que receberia ou não a ação penal militar, a partir desse momento, somente o Conselho de Justiça, conforme o artigo 41. Contudo, o envio da peça acusatória ao Conselho passou a ser função do auditor. Desse modo, é nítido que a denúncia, com tais exigências processuais, deixava como preconizava o Regulamento Processual Criminal Militar. Assim, o rito processual surgia pela pronúncia do acusado, e a escolha de pronunciar ou não o réu ficava a encargo do antigo Conselho de Investigação.

Diante das funções concentradas do Conselho de Justiça, o processo penal militar tornou-se bifásico, sendo composto pela fase de instrução e julgamento. Contudo, ressalva-se que, nesse momento, o processo já constava com a participação do *parquet* militar. Em vista disso, a denúncia só prosseguia nos casos em que houvesse pleno conhecimento do delito, bem como indícios incontestáveis de quem fosse o autor da prática delituosa; e, posteriormente, o Conselho, se entendesse que a acusação era procedente, pronunciava o acusado, na tipificação da conduta delituosa.

Outro ponto de destaque é referente à divisão territorial feita pelo Código, em doze circunscrições, para fins da administração judiciária militar em tempos de paz, no qual até o presente momento são mantidas, mesmo após as atualizações feitas pelo Código da Justiça Militar. No entanto, no que tange às autoridades judiciárias e seus auxiliares, ficou preconizado, no artigo 2º, que a jurisdição militar seria desempenhada pelos auditores e pelos Conselhos de Justiça Militar em suas respectivas circunscrições e, em âmbito nacional, pelo Supremo Tribunal Militar.

Em suma, o mais importante a ser frisado, nesses primeiros anos de criação do Ministério Público Militar, gira em torno da subordinação e ingerência na qual a instituição era regida, o que ainda se repetiria nos futuros dispositivos legais, como ocorreu nos artigos no artigo 106, letra *b*, do Código da Justiça Militar de 1926, em que foi criado o cargo de Subprocurador, cuja função era de consultor jurídico do Ministério da Guerra; e no artigo 10 da Lei 1.341 de 1951, estatuto que estruturou o Ministério Público da União e estabeleceu que o procurador-geral da República, o procurador-geral da Justiça do Trabalho e o procurador-geral da Justiça Militar tomariam posse perante o ministro da Justiça e dos Negócios Interiores, do ministro do Trabalho e do ministro da Guerra, respectivamente.

Entretanto, somente com a chegada da Constituição de 1934, atribuíram-se à instituição ministerial as garantias e prerrogativas derivantes da independência da função e a devida autonomia administrativa que até hoje caracteriza o Ministério Público.

Com a outorga da Constituição de 1937, também conhecida como “Constituição Polaca”, que recebeu esse nome por ter sido influenciada pelo modelo semifascista polonês, foi abordada de maneira breve a instituição, inserindo-a no título do Poder Judiciário.

Dessa maneira, podemos concluir que a participação do Ministério Público, dentro da Carta Magna, foi abreviada, tendo em vista que parte de

sua autônoma foi anteriormente dada. O ministro Alexandre de Morais³ destacou, em seu livro *Direito Constitucional*, sobre a investidura do cargo de chefia do Ministério Público Federal no artigo 99; bem como os casos de interposição de recurso do *parquet* no artigo 101; e a cláusula estipulada, no artigo 105, sobre o “*quinto constitucional*”. Fica evidente que o retrocesso democrático vivido nesse período afetou a independência da instituição, tirando a sua independência.

Totalmente diferente do que ocorreu na Constituição de 1946, que não só se mostrou mais democrática, como desvinculou o Ministério Público dos demais Poderes Estatais, e lhe deu total autonomia. Contudo, na Carta de 1967, mais uma vez, retrocedeu-se na liberdade anteriormente concedida, e a instituição voltou a integrar o Poder Judiciário, sendo posteriormente transferida ao Poder Executivo no Diploma Constitucional de 1969, acoplado ao Ministério da Justiça, na esfera federal; e, em âmbito estadual, às Secretarias de Justiça.

Porém é incontestável que não existe nenhuma Carta Constitucional tão revolucionária, ao que se refere ao Ministério Público, quanto a Constituição “Cidadã” de 1988, que dedicou um capítulo próprio para a instituição. No texto, ficou compreendido que o órgão seria permanente e essencial à função jurisdicional do Estado. Sendo assegurada autonomia funcional e administrativa.

Ao lermos o artigo 128, vemos que foi estabelecido que o Ministério Público abrangeria os Ministérios Públicos dos Estados e Ministério Público da União, que se compreende como Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed., Editora Atlas. São Paulo, 2014, p. 615.

Enaltece-se o quanto essa Constituição assegurou garantias aos promotores, antes nunca previstas, tais como: vitaliciedade, inamovibilidade e a irredutibilidade dos vencimentos, por conseguinte, tornou a instituição forte e independente.

Sobre o tema, Edilson Gonçalves⁴ destacou que tamanhas mudanças fizeram com que a instituição ressurgisse, tendo em vista que agora o Ministério Público tornou-se independente não apenas de maneira funcional, como também administrativa e financeiramente. Destaca ainda a importância das alterações que viabilizaram o órgão a trabalhar de forma mais atuante em causas que antes eram pouco protegidas, como por exemplo, os índios, deficientes físicos e afins.

Nas Constituições anteriores, o Ministério Público era limitado a atuar apenas nas perseguições penais e em determinadas ações na esfera cível, como fiscal da lei. Logo, a atual Carta Magna ampliou a atuação do *Parquet* na tutela dos direitos transindividuais. A nova gama de poderes dada moldou um novo perfil para entidade e incumbiu tutelar valores vitais para a sociedade. Nesse sentido, o Ministério Público Militar, nas questões castrenses, virou base indispensável à manutenção do Estado Democrático de Direito.

295

1.3 A atuação do Ministério Público Militar

Sabemos que a ciência do direito gera uma expectativa sobre a matéria abstrata de exposição diretiva que colabora a interpretação do direito. Logo, a função do direito é fazer um elo entre a norma abstrata e a realidade social.

⁴ GONÇALVES, Edilson Santana. *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*. 1. ed., Curitiba: Juruá, 2000, p. 37.

Nesse sentido, o jurista dinamarquês Alf Ross⁵ defendeu que os operadores do direito não são motivados apenas pela legislação, mas por uma associação entre as normas previamente estabelecidas e os fins sociais, discernindo a teoria das conexões sociais relevante para atingir esse fim.

Isto é, ao observarmos criticamente o texto constitucional, torna-se indiscutível a importância dada ao Ministério Público pelo constituinte de 1988, uma vez que tornou a instituição permanente e figura essencial, não só para a defesa da ordem jurídica e do regime democrático, bem como para interpretar o ordenamento jurídico e garantir a efetiva justiça.

Dando ênfase ao Ministério Público Militar, ramo do Ministério Público da União, previsto pelo artigo 128, alínea “c” da Constituição da República; e pelo artigo 24, inciso III, da Lei Complementar nº 75 de 1993, este possui como uma das principais funções proteger não só os direitos humanitários, mas também proteger o patrimônio público militar, incluindo os bens históricos e culturais, o meio ambiente e os direitos individuais indisponíveis na seara castrense. Contudo, salienta-se que as referidas funções ficam limitadas ao tamanho das ofensas relativas à vida militar, ao bem e as áreas sujeitas à administração militar, conforme preconizado pelo artigo 9º e seus incisos do Código Penal Militar.

No que tange ao direito humanitário, uma das derivações do Direito Internacional Público que tem como função regular conflitos armados internacionais ou não internacionais, ele refere-se a um conjunto legislativo internacional, elaborado de maneira convencional ou consuetudinária, que estipula os limites dos meios e métodos aplicáveis nas guerras usados pelos conflitantes, alicerçando-se nos direitos fundamentais. No entendimento de

⁵ ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed., São Paulo: Edipro, 2000, p. 28.

Ferreira da Cunha⁶, nada seria mais absurdo do que uma democracia em que se ferem os valores da dignidade humana.

Nesse sentido, o Ministério Público Militar, na figura de fiscal do cumprimento legal, deve assumir a defesa das normas, respeitando os tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como manter-se atualizados nas matérias pertinentes em que o Estado processa e julga crimes internacionais, sempre que houver a participação de alguma das Forças, Marinha, Exército e Aeronáutica.

Desta feita, recebeu a incumbência, pela Fundação Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário – IBDMH, instituição fundada pela Associação Nacional do Ministério Público Militar – ANMPM, de reunir todos que possuam interesse em debater problema e teses jurídicas no âmbito militar, como direito dos refugiados, direito dos conflitos armados, direito penal militar, direito internacional público, direito processual penal militar, direito administrativo militar, entre outros que abrangem o tema.

Com efeito, a fundação surgiu com o princípio de conscientizar a sociedade dos seus respectivos direitos, logo, difundir o conhecimento jurídico seria uma das principais formas para que os direitos humanos tenham alcance máximo.

A discussão, em torno do Direito Humanitário reveste-se de maior relevância, por trazer em seu bojo aspectos relacionados às violações cometidas em grandes conflitos armados, a exemplo das perpetradas na Segunda Guerra Mundial, que deixaram marcas tão profundas que perdurarão, ao longo dos tempos.

Em suma, o Ministério Público Militar passou a propagar e participar, juntamente com as instituições educacionais, de curso de

⁶ CUNHA, Paulo Ferreira da. Da Fundamentação dos Direitos Humanos: Sentimento, Vontade, Razão ou Natureza?. Coimbra: *Revista Portuguesa de Filosofia* – Filosofia Social e Política na Era da Globalização, 2003, v. 59, n. 1, p. 239 -240.

aprimoramento, congresso e outras atividades correlacionadas, estabelecendo vínculos com as instituições congêneres, como forma de conscientizar a sociedade dos seus direitos. Logo, vemos que a real intenção das referidas funções é coordenar a promoção do tema entre a comunidade acadêmica, política e sociológica.

No que se refere à atuação da instituição, em prol da defesa do meio ambiente e dos bens históricos e culturais, trata-se de uma ação conjunta, em que todas as esferas governamentais cooperam. Esse importante trabalho foi instituído pelo artigo 225, e seus parágrafos, da Constituição da República de 1988, e, basicamente, tem como objetivo resguardar nossa qualidade de vida, proteger nosso patrimônio genético, florestal, incluindo o mineral e o paisagístico, bem como, o cultural e artístico nacional.

298

De acordo com a Carta Magna, todos temos direito ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, como também de uso comum à população, salvaguardando a qualidade de vida. Logo, é imposta ao Poder Público e à sua coletividade a obrigação de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse passo, o Ministério Público Militar identificou todas as áreas militar-ambiental que se encontravam abrigadas, parcial ou totalmente, dentro de espaço de preservação ambiental e assegurou que o ecossistema da região fosse conservado.

Destaca-se que, nos casos de violação de proteção ambiental, nas áreas que estão sob administração militar, a referida responsabilização será realizada conforme a legislação específica da Força atingida: Marinha, Exército ou Aeronáutica. Em especial, aos campos de instrução, que devem analisar seus treinamentos calculando o impacto ambiental que será gerado por conta daquelas atividades, uma vez que são usadas armas pesadas que podem causar danos à fauna e à flora que ali existem, como também uma eventual contaminação das águas fluviais e marítimas.

Por outro lado, a previsão constitucional, artigo 216, parágrafo primeiro, impõe a proteção do Poder Público aos bens histórico e culturais brasileiros, desse modo, todos os bens, museus, fortes, fortins, fortalezas tombadas, existentes nas áreas de administração públicas militares, bem como todo o acervo das bibliotecas das Forças Militares Brasileiras ficam sob a supervisão do Ministério Público Militar.

Ante ao narrado, as Forças Armadas atuam sempre com o amparo do Ministério Público Militar, na medida de sua necessidade e usando os devidos instrumentos legais disponíveis, para a efetividade da ação.

Noutro giro, observa-se uma junção entre a defesa dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos com a defesa dos direitos da Constituição da República, sendo obvio que tal proteção também ocorra na esfera jurisdicional castrense.

Acerca dos direitos indisponíveis, o doutrinador Elton Venturini⁷ defendeu, mesmo sem a devida conceituação legal, que se trataria de uma categoria de direitos cujo interesse público de concreta proteção se tornariam irrenunciáveis, inalienáveis e intransferíveis por parte de seus próprios titulares.

Contudo, insta diferenciar dos direitos difusos, os quais são direitos amplos, tendo em vista que são destinados às pessoas indeterminadas, ao contrário dos direitos coletivos que especificam a categoria do grupo beneficiário. Ao passo que a doutrina opta pela expressão “no âmbito da jurisdição militar” em desfavor da “em áreas sob administração militar”, em virtude de a primeira ser mais ampla, o que facilitaria a atuação do Ministério Público Militar; de modo que, no caso do uso da segunda expressão, restringiria apenas a esses locais e, conseqüentemente, nos casos de violação

⁷ VENTURINI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251/2016 - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod_resource/content/0/TRANSACAO_DE_DIREITOS_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf . Acesso em: 28 ago. 2020.

dos direitos constitucionais ocorridas em uma aeronave militar, por exemplo, não poderia ter o amparo do *parquet* militar por essa mera nomenclatura.

Em uma análise *en passant* pela Carta Magna, são observados diversos dispositivos que abordam o tema dos direitos individuais e coletivos, entre eles, o ilustre artigo 5º e seus incisos, garantindo, desde o primeiro parágrafo, sua aplicação imediata.

Entretanto, em especial, no tocante às Forças Armadas e seus integrantes, o artigo 142 preconiza sobre o regime diferenciado da categoria, definido em lei especial, porém, sendo resguardados direitos sociais como: férias, licença gestante e paternidade, salário e outros.

Assim, como forma exemplificativa das atividades prestadas pela instituição, sem a pretensão de esgotar tais atribuições, o Ministério Público Militar possui diversas funções relativas aos direitos e garantias dos militares: fiscalizar os direitos dos presos disciplinarmente ou à disposição da jurisdição militar; analisar os direitos do corpo discente dos ensinos fundamental e médio nos Colégios Militares das Forças Armadas; verificar se as leis garantidoras da saúde estão sendo cumpridas nos hospitais sob a administração militar; bem como o controle externo das atividades realizadas pela polícia judiciária militar.

1.3.1 Da atuação internacional do Ministério Público Militar em missões de paz

Muito se fala sobre as atividades exercidas pelo *parquet* militar no tocante aos inquéritos e processos militares, contudo, são poucas as abordagens destacando sua atuação dentro das missões de paz internacionais. No decorrer do centenário do Ministério Público Militar, diversos foram os momentos marcantes no qual a instituição trabalhou, contudo, uma das mais significativas foi durante a Segunda Guerra Mundial, quando os militares

brasileiros foram para o teatro de guerra enfrentar as potências do Eixo, quando dois promotores do Ministério Público Militar se deslocaram junto a eles, atuando nos anos de 1944 e 1945.

Inicialmente, é importante destacar todo o amparo dado Ministério Público Militar que busca sempre estar presente nos locais de atuação também como forma de conhecimento ambiente e costumes locais, como forma de contribuir, implementar, sedimentar e fiscalizar todos os tratados firmados pelo País.

No decorrer dos anos, foram inúmeros convites realizados pela Organização das Nações Unidas para que o Brasil atuasse na resolução pacífica dos conflitos armados ocorridos ao redor do mundo. Consta-se ainda que, antes mesmo da criação da instituição, mais precisamente em 1945, o nosso país já mediava conflitos que ocorriam dentro da América do Sul.

Segundo os dados disponibilizados pelas Forças Armadas, aproximadamente 50 mil militares brasileiros atuaram em cerca de 50 missões gerenciadas pelas Nações Unidas, entre elas, sua atuação na missão do Haiti e no Líbano acarretou ao Brasil uma posição de destaque como mediador de conflitos armados.

Importante salientar que a atuação do Ministério Público Militar nas referidas missões possui viés muito mais preventivo do que repressivo, uma vez que é ínfima a incidência de crimes militares nessas missões. Além disso, a instituição busca contribuir com a formação dos contingentes militares, conscientizando em como executar suas atividades, respeitando todo o aparato normativo vigente, sendo elas, nacionais e internacionais, como também demonstrar a importância e os desafios dentro de uma investigação criminal militar nos locais que existem conflitos armados.

Ainda sobre as funções realizadas, o Ministério Público Militar, desde 2015, vem buscando dialogar com as Forças Armadas, visando estabelecer novas maneiras de prestação de contas às Nações Unidas, em

virtude da responsabilidade criminal (*accountability*). Para isso, o Ministério Público, junto com o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério da Defesa e a Justiça Militar da União contribuem na resposta do Estado Brasileiro às demandas do Secretário Geral da ONU, a fim de que haja a devida responsabilização criminal dos atos cometidos por integrantes de operações de manutenção de paz.

Ainda na seara internacional, o Ministério Público Militar tem participado de diversos debates com a Embaixada Britânica sobre as atuações em missões de paz, bem como, no tocante à responsabilização criminal em crimes sexuais em locais de conflitos armados.

Por fim, não menos importante, a atuação repressiva do MPM. De acordo com o Código Penal Militar, compete à Justiça Militar nacional processar e julgar crimes praticados por integrantes de missões de paz, sendo eles, os crimes internacionais, crimes militares e, até mesmo, crimes comuns. Nesse sentido, o Ministério Público Militar busca dar maior celeridade e mobilidade aos operadores do Direito Militar, durante as investigações.

Em suma, como podemos analisar, o Ministério Público Militar visa, cada vez mais, avançar no tocante a capacitação jurídica dos operadores do direito que ingressam nessas operações, focando em uma abordagem mais integrativa e elaborando programais mais centralizados no que se refere às investigações em lugares vulneráveis.

1.3.2 O controle externo nas atividades da Polícia Judiciária Militar

É inegável que a atividade policial é uma das formas mais visíveis do poder do Estado sobre a população, uma vez que é empregada sua força e coercitividade derivantes de sua supremacia, podendo atingir os bens, a liberdade e a vida dos indivíduos. Como já mencionado, em um Estado

Democrático de Direito, direitos e garantias constitucionais devem ser resguardados.

Por essa razão, o artigo 129, inciso VII, da Constituição da República atribui ao Ministério Público a função de fiscalizar a atividade estatal exercida pelas Polícias Judiciárias cabendo, do mesmo modo, ao Ministério Público Militar a competência, quanto ao controle externo das atividades relativas à Polícia Judiciária Militar.

Ressalta-se que a expressão “dever-poder”, cunhada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, configura que o Ministério Público possui natureza administrativa do exercício do controle externo e representa a submissão do poder ao dever, tendo o caráter finalístico da atividade administrativa.

Grande parte dos doutrinadores defendem que tal controle tem como princípio o fato de o Ministério Público ser o titular da ação penal pública. Nesse sentido, Eduardo Sabo Paes⁸ arguiu ante a imparcialidade do órgão, devido ao fato de ser o encarregado de ajuizar a persecução penal em juízo, no exercício do *jus puniendi* do Estado e que o faz com exclusividade em relação aos crimes de ação penal pública. Outra razão, agora apontada por Hugo Mazzilli⁹, é que se refere a um sistema comum de freios e contrapesos, logo, seria uma forma de vigilância e verificação administrativa que resultaria uma melhor coleta dos elementos de convicção, no qual se forma a *opinio delicti*, fim último do inquérito policial.

Nesse diapasão, a ação do Ministério Público seria mais que um mero fiscal das atividades referentes à persecução penal, que visa reprimir os abusos, com os devidos instrumentos de responsabilização pessoal (penal, cível e administrativamente); seria também garantir que as instituições

⁸ PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 75.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do Promotor de Justiça*. 2. ed., Editora Saraiva. São Paulo, 1991, p. 18.

controladas tenham disponíveis todos os meios materiais, a fim de que haja um bom desempenho de suas atividades, e até mesmo, nos casos de necessidade, buscando as vias judiciais. A função controladora é estendida a todos os órgãos que, pela Constituição, possuem atividades policiais e de segurança pública, sejam elas as polícias civil, militares, legislativas, federal, rodoviária, guardas municipais e corpos de bombeiros.

Na seara militar, o Ministério Público Militar tem como função atender não apenas as atividades da polícia judiciária militar, na apuração de infrações penais militares, como também o exercício das funções policiais que sejam feitas por alguma das Forças, quando usadas na garantia da Lei e da Ordem.

Contudo, salienta-se que, nos casos de emprego das Forças Armadas fundados no artigo 142 da Constituição e na Lei Complementar nº 97/99, o presidente da República, chefe supremo das Forças Armadas, assume toda a responsabilidade. Destaca-se ainda que, mesmo nos referidos casos, as Forças Armadas continuam mantendo sua característica militar.

Destarte, não restam dúvidas que o Controle Externo da atividade policial militar realizado pelo Ministério Público Militar, bem como as operações de garantia da lei e da ordem, serão realizados dentro da legalidade.

2 DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS IMPACTANTES NA JUSTIÇA CASTRENSE

Na ânsia desenfreada das produções legislativas, da inflamação política, bem como do populismo penal, o legislador ordinário aprovou diversas normas nos últimos anos que atingiram de maneira significativa a esfera castrense.

Em especial, desde 2017, as mudanças legislativas têm sido ainda mais intensificadas, em especial, após a ruptura da sequência de anos sob administrações de uma mesma linha ideológica. Sendo, por sua vez, um explicativo para que as mencionadas alterações ocorram e, conforme for, seja o sinal de que muitas outras virão.

Nesse passo, destacam-se três normas que impactaram o sistema judiciário militar e, conseqüentemente, o Ministério Público Militar, senão vejamos.

2.1 A Lei nº 13.491 de 2017 e a alteração do Código Penal Militar

Conforme podemos analisar, a Justiça Militar brasileira foi deixada, por muitos anos, em segundo plano. Contudo, em 2017, após o acionamento das Forças Armadas pelo governo federal, em algumas unidades federativas, na esfera da segurança pública, fundado na destinação em garantir a lei e a ordem preconizada no artigo 142 da Constituição da República, visou-se necessário atualizar a legislação castrense.

Dessa maneira, no dia 13 de outubro do referido ano, o então presidente da República Michel Temer, sancionou a Lei Complementar nº 13.491, que alterou a clássica redação dada ao artigo 9º do Decreto-Lei nº 1.001/1969, o Código Penal Militar, que, até o presente momento, sofrera apenas três modificações desde sua criação.

Na referida norma, buscou-se disciplinar o conceito de crime militar, adequando-o nas atuais situações, vez que, anteriormente, a classificação de crimes militares era somente dos que estavam exclusivamente previstos no ordenamento castrense, também nomeados como crimes militares próprios e os crimes impróprios, os quais estão os estabelecidos em ambos os Códigos, o Código Penal Comum e o Código Penal Militar.

Após a modificação feita, a redação do artigo 9º passou a prever que serão processados e julgados pela Justiça Militar da União os crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por militar das Forças Armadas, nas seguintes situações: em cumprimento de atribuições determinadas pelo presidente da República ou pelo ministro de Estado da Defesa e nas ações que envolvam a segurança pública ou de missões militares; nas operações de paz; garantia da lei e da ordem, ou em atribuições dela decorrente, executada nos termos do artigo 142 da Constituição da República, em conformidade com o Código Brasileiro de Aeronáutica, da Lei Complementar nº 97 de 1999, que dispõe sobre o emprego e o preparo das Forças Armadas, do Código de Processo Penal Militar e do Código Eleitoral.

Na leitura do inciso II é visto que o legislador transcendeu os limites anteriormente trazidos, ampliando as possibilidades da configuração dos crimes militares. Dessa maneira, a partir da mudança legislativa, caso um civil ou um militar venham a praticar algum crime na forma das alíneas “a” à “d”, ambos responderão perante a Justiça Castrense, mesmo que não haja tipificação expressa, no Código Penal Militar.

Importante destacar que a nova redação não tem o condão de revogar os crimes previstos na parte especial não abordados pelo inciso I do artigo 9º do Código Penal Castrense, uma vez que, nos casos de conflito de normas, prevalecerá o “Princípio da Especialidade”.

Frisa-se que, preliminarmente, muito se foi discutido a respeito da constitucionalidade das modificações trazidas. Por intermédio da Nota Técnica 08/2017, o Ministério Público Federal manifestou-se contrário às alterações, sob o argumento de que não haveria possibilidade de qualquer crime ser tipificado como crime militar, uma vez que os crimes militares, segundo o próprio ordenamento, seriam predefinidos em lei. Logo, deveria haver uma interpretação restritiva da norma.

Ao contrário do entendimento do Ministério Público Federal, a Nota Técnica nº 02/2017, emitida pelo Ministério Público Militar, defendeu a constitucionalidade da alteração normativa. Em síntese, arguiu que o mandamento constitucional das Forças Armadas não se limita à defesa da pátria e do território nacional, mas também abrange à garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, e que, pelo fato de as Forças Armadas estarem, a cada dia mais, presentes no contexto social, o Código Penal Militar estaria se adaptando às novas realidades que se apresentam.

Vale frisar que, embora não haja um conceito constitucional a respeito desse crime militar, uma vez que o artigo 124 e 125, §4º, da Constituição da República estabelece que os crimes militares são aqueles definidos em lei, direcionando a função ao legislador ordinário, autores como Ênio Luiz Rossetto¹⁰ defendem que o crime ser militar estabelece a competência da Justiça Militar, desse modo não julgaria o agente militar, mas sim o crime em si, quando preenchidos os requisitos para classificá-lo como crime militar.

Nesse diapasão, devemos, de plano, nos atentar na dicotomia na classificação dada até 2017, os crimes propriamente militares e os impropriamente militares, que passou a ter mais uma classificação, uma vez que se permitiu a adesão de crimes não previstos pelo Código Penal Militar na esfera castrense.

A partir de então, passou-se a ter três classificações dada pelos doutrinadores, a primeira delas, defendida por Cícero R. Coimbra Neves¹¹,

¹⁰ ROSSETTO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 128 e 129.

¹¹ NEVES, Cícero R. Coimbra. *Inquietações na Investigação Criminal Militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/26/Inquieta%C3%A7%C3%B5es-na-investiga%C3%A7%C3%A3o-criminal-militar-ap%C3%B3s-a-entrada-em-vigor-da-Lei-n-13491-de-13-de-outubro-de-2017> . Acesso em: 28 ago. 2020.

que trata de crimes militares *extravagantes*, uma vez que estão fora do Código Penal Militar e, desse modo, segundo a teoria clássica, devem ser conhecidos como crimes impropriamente militares, a fim de que, ante a uma condenação transitada em julgado, haja a possibilidade de indução à reincidência em outro crime que seja cometido pelo réu, antes do curso do período depurador, com supedâneo do artigo 64, inciso II do Código Penal Comum.

Contudo, tal tese é contestada por Jorge Cesar de Assis¹², em virtude de o significado do vernáculo utilizado tratar daquilo que está fora do uso comum, o que, por sua vez, não ocorre no narrado caso, tendo em vista que suas tipificações se ligam, por extensão, no artigo 9º, inciso II do Código Penal Militar. No tocante à indução à reincidência, antes do período depurador, também não é compatível, uma vez que o Código Penal Comum não considera, para efeitos de reincidência, os crimes militares próprios, bem como os crimes militares impróprios; e os, agora, crimes por extensão não serão aproveitados.

Outra parte da doutrina¹³ classifica como crimes militares *por equiparação à legislação penal comum*, com o fundamento de que para se denominar um ato como crime militar não é o tipo incriminador, mas sim, as normas de extensão do artigo 9º, inciso II do Código Penal Militar. Dessa forma, as tipificações refletiriam parcialmente a essência dos atos atentatórios aos princípios básicos das organizações militares. Todavia, a referida definição também é rebatida, tendo em vista que a Lei nº 13.491 de 2017 não

¹² Assis, Jorge Cesar de. *Crime Militar & Processo* – Comentários à Lei 13.491/2017. 1. ed. Curitiba: Editora Juruá. 2018, p. 37-38.

¹³ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos. Palestra proferida no Workshop sobre a atuação do MP na Justiça Militar, ocorrido em Brasília-DF, em 20 e 21 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

veio com o intuito de equiparar crimes comuns aos crimes militares, logo, a classificação não se sustenta.

Por fim, a classificação mais aceita pela doutrina e utilizada pelo Superior Tribunal Militar são os crimes militares *por extensão*, dada pelo Juiz Ronaldo Roth¹⁴, que entendeu se tratar de crimes existentes na legislação penal comum e que, ocasionalmente, podem constituir-se em crimes militares, quando preenchidos os requisitos preconizados pelo artigo 9º do Código Penal Comum.

É certo que a dilação da competência da Justiça Castrense trouxe enormes reflexos não só nos processos e julgados, como também no inquérito policial militar, que agora passou a ser atribuição da Polícia Judiciária Militar e do Ministério Público Militar. Nesse contexto, as investigações e os processos em andamento na esfera da Justiça Comum que forem classificados como crimes militares por extensão serão encaminhados aos respectivos responsáveis: os inquéritos policiais, à polícia judiciária militar; e os processos, à Justiça Castrense, salvo os casos em que já tenham sentença proferida.

Vale destacar que o rito processual deverá, necessariamente, observar os princípios penais e processuais penais específicos que acompanham o ato. Não se considerando somente os diplomas legais do Código Penal Militar e o Código Processual Penal Militar, em proteção ao princípio da especialidade genuína, em virtude de essa característica ter sido sensivelmente mitigada pela Lei 13.491 de 2017.

Pode-se concluir que a referida lei modificou substancialmente não só a atuação do Ministério Público Militar, que agora recebeu uma nova gama de ações e inquéritos que anteriormente não era previstos, como

¹⁴ ROTH, Ronaldo. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/2017). *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 126, p-29-36.

também o Direito Castrense de maneira geral, vez que se passou a discutir questões de alta relevância.

2.2 A Lei nº 13.774 de 2018 e a alteração da lei de organização judiciária militar

Conforme mencionado, diversas modificações na Justiça Castrense foram realizadas nos últimos anos, entre elas, tratou-se de alterar a Lei de Organização da Justiça Militar. Todavia, faz-se necessário destacar que, antes da referida mudança, o legislador, na emenda constitucional nº 45/2004, já havia remodelado a Justiça Militar na esfera Estadual e do Distrito Federal, incluindo, entre outras alterações, a figura do juiz monocrático nas ações judiciais contra atos disciplinares e dos atos ilícitos contra civis, exceto nos crimes dolosos contra vida. Nesse diapasão caminhou o legislador, que determinou, assim como é nas esferas militares estaduais, que a Presidência dos Conselhos Especiais e Permanentes de Justiça fosse exercida pelo Juiz Federal da Justiça Militar da União.

Cícero Coimbra¹⁵ destaca que, mesmo a lei não tendo alterado, expressamente, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, sua interpretação deve ser ampliada aos referidos Códigos. Um exemplo apontado é o caso da nomenclatura do Juiz Federal da Justiça Militar, no artigo 23 e nas menções feitas sobre as funções do presidente do Conselho de Justiça, no artigo 385, ambos do CPPM que, após as modificações, entender-se-ão às atribuições do Juiz Federal da Justiça Militar.

Entretanto, não ocorreu somente a alteração da nomenclatura do Juiz Federal. Outra mudança significativa tem correlação com a reestruturação das atividades da correição, na qual passou a ser direcionada pelo ministro-corregedor; e, anteriormente, era realizada na Auditoria de Correição, pelo

¹⁵ NEVES, Cícero R. Coimbra. *Manual de Processo Penal Militar*. 4. ed., Salvador: Editora JusPODIVM. 2020, p. 33.

juiz-auditor corregedor. Nesse passo, nos termos do artigo 1º, inciso II, da Lei de Organização da Justiça Militar da União, a função passou a ser exercida, na Corregedoria da Justiça Militar, pelo, agora, ministro-corregedor, ambos originados pela norma, que terá o amparo do juiz-corregedor auxiliar.

Nota-se que as alterações trazidas também seguiram no mesmo sentido que a Lei Complementar nº 97 de 1999, em que foi estabelecido que os oficiais de gabinete dos comandantes das Forças e os oficiais capelães não poderiam concorrer para o sorteio do Conselho de Justiça.

Em seguida, deparamo-nos com o artigo 469 do Código Processual Penal Militar, no qual era previsto que apenas o Superior Tribunal Militar tinha competência para processar e julgar os pedidos de *habeas corpus*. Dessa forma, ainda que a autoridade responsável pelo ato fosse autoridade da polícia judiciária militar, a competência seria da Suprema Corte Castrense. Todavia, em decorrência da referida lei, tal função passou a ser do juiz federal da Justiça Militar. Assim sendo, o juiz de primeira instância pode processar e julgar os *habeas corpus*, *habeas data* e mandados de segurança contra atos de autoridade militar praticados em função da existência de crime militar, exceto nos atos praticados por oficiais-generais, conforme preconiza o artigo 30, inciso I-C, da Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Ainda a respeito da competência de tais remédios constitucionais, existe a possibilidade, conforme estabelece o artigo 6º, alínea C, da Lei nº 8.457 de 1992, de se impetrar *habeas data* ou *habeas corpus* em face de ato praticado por juiz Militar Federal da União, juiz federal substituto da Justiça Militar, do Conselho de Justiça e os de oficial-general.

Por fim, o que para muitos foi a alteração mais aguardada pelos operadores do direito castrense, a introdução do juiz monocrático na Justiça Militar para, em tempos de paz, processar e julgar réus praças e civis. Insta

salientar que já havia a mencionada previsão legal em tempos de guerra, no artigo 97, inciso II, da Lei de Organização da Justiça Militar da União.

No atual texto da mencionada lei, o artigo 30 estabelece que o juiz monocraticamente irá processar e julgar os crimes cometidos por civis e militares, quando estiverem em concurso de agentes, como previsto no artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar. Contudo, no que concerne a competência dos Conselhos de Justiça, para o processamento e julgamento de oficiais, ainda está prescrito no artigo 27, inciso I e II, da Lei nº 8.457 de 1992, excetuando nos casos de oficiais gerais, conforme anteriormente mencionado.

Ressalta-se que alguns doutrinadores, como Cícero Coimbra¹⁶, tecem algumas críticas, sustentando que, devido ao texto normativo, ficou estabelecido que no envolvimento de militar inativo e ao civil, estes somente responderão se houver o devido enquadramento das hipóteses do inciso III do artigo 9º do Código Penal Militar. Logo, ainda que o ato ilícito incorra na forma do inciso I, o enquadramento somente será realizado nas hipóteses do inciso III do citado artigo.

O doutrinador ainda destaca a ausência de clareza e imprecisão no texto, que gera, por sua vez, inúmeras discussões no meio jurídico, ao estabelecer a competência para processar e julgar militares inativos e os ex-militares. Nesse sentido, aduz que o artigo menciona militares e não praças, diferentemente do artigo anterior que, ao falar do Conselho Especial de Justiça, é preciso ao destacar os oficiais, o que abriria a possibilidade de se compreender que se trataria de todos os oficiais que, na ativa ou na inatividade, ao cometerem um ato criminal militar, seriam julgados pelo Conselho Especial de Justiça; e, no caso dos praças, somente os em atividade

¹⁶ NEVES, Cícero R. Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. Salvador: Editora JusPODIVM. 2020, p. 33-34.

seriam julgados pelo Conselho Permanente de Justiça, isso se utilizarmos o artigo 22 do Código Penal Militar.

Todavia, é contestável tal entendimento, uma vez que a mencionada competência é restritiva ao civil, logo, obviamente não alcançaria o praça inativo. Ademais, ainda que haja a menção do militar, esta sempre é entendida para os militares em atividade.

Em suma, foram grandes mudanças ocorridas dentro da Organização Judiciária Militar em decorrência da lei em questão. Logo, infinitas são as questões que hão de ser revistas. Contudo, é evidente que tais modificações são necessárias, tendo em vista que o Judiciário sempre se deverá reinventar, atualizando-se para atender os anseios da sociedade.

2.3 A Lei 13.964 de 2019 – Pacote “Anticrime”

Finalmente, a mais recente alteração realizada na Justiça Castrense, a polêmica lei 13.964 de 2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, que entrou em vigor em janeiro de 2020, pela aprovação parcial pelo Congresso Nacional do projeto elaborado pelo até então ministro da Justiça Sérgio Moro.

Alvo de inúmeras críticas, desde as primeiras audiências na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e mesmo após a sanção presidencial, ainda é altamente questionada, vez que, o ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux suspendeu três pontos importantes da lei: as novas regras aplicadas aos arquivamentos de inquéritos; a ilegalidade das prisões, cujos detidos não tenham passado pela audiência de custódia no prazo máximo de 24 horas; e a vedação de julgamento nos casos em que as provas sejam consideradas inadmissíveis.

Como demonstrado, a lei modificou diversos pontos relativos ao início da ação criminal comum, contudo, as alterações não se limitaram

apenas à esfera penal comum, alcançaram também a esfera penal militar, na qual foi acrescido o dispositivo no artigo 16, com a seguinte redação:

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

Assim como ocorreu no artigo 14-A do Código Processual Penal, o artigo 16-A recebeu os mesmos seis parágrafos da Justiça Comum, mas os parágrafos 3º, 4º e 5º sofreram o veto presidencial. Todavia, nota-se uma pequena alteração na expressão aplicada pelo legislador que em vez de utilizar “servidores vinculados às instituições dispostas no artigo 144 da Constituição Federal”, foi usado “servidores policiais militares e dos corpos de bombeiros militares”.

Nesse passo, entende-se que a norma pretende alcançar os membros da Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícia Civil, Polícias Militares, os Corpos de Bombeiros Militares e as Polícias Penais Federais, Estaduais e Distrital. Entretanto, não somente os membros das instituições citadas, mas também são inclusos os Guardas Municipais, conforme preconiza a Lei 13.022 de 2014 – Estatuto Geral das Guardas Municipais, vez que o entendimento de segurança pública é aplicado no conceito amplo.

Preliminarmente, insta salientar que os termos referentes a Garantia da Lei e da Ordem estão fundados na Lei Complementar nº 97 de 1999 e no Decreto nº 3.897 de 2001. Os casos do emprego dos militares nas referidas ações somente ocorrem nos casos de esgotamento das forças tradicionais de segurança pública e em situações que haja grave perturbação da ordem.

Assim sendo, as Forças Armadas somente serão acionadas de forma específica, com área delimitada e por um período preestabelecido, a fim de que seja preservada a ordem pública, a integralidade da população, garantindo o regular funcionamento das instituições.

Ante ao esclarecimento realizado, a primeira observação recai sobre o emprego do termo “uso de força letal”, que deve estar claro que se trata das possibilidades de homicídio, sendo ele consumado ou tentado, quando praticado por agente no exercício da sua atividade profissional. A lei aduz sobre o inquérito policial e o inquérito policial militar, todavia, abrange ainda os outros procedimentos extrajudiciais; para alguns doutrinadores, como Jorge Cesar de Assis¹⁷, diz respeito ao Procedimento Investigatório Criminal – PIC, que é desempenhado pelo Ministério Público.

Ao lermos o parágrafo primeiro, encontramos a primeira falha, uma vez que o texto exige que o investigado seja citado na instauração da investigação, sendo facultada a ele a constituição de um defensor em prazo estabelecido de até 48 horas. Oras, como se sabe, o investigado não pode ser citado em uma investigação, tendo em vista que o termo citação se refere ao chamamento do réu ao processo, portanto, o ideal seria que o legislador tivesse utilizado a nomenclatura notificação ou comunicado. Entretanto, as falhas não se limitam ao termo utilizado, vemos que todo o parágrafo incorre em erro, considerando que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, já prevê a garantia do contraditório e da ampla defesa dentro dos processos judiciais e administrativos, aplicando-se a todos os investigados.

Nesse passo, o Ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, leciona que a ampla defesa refere-se ao “asseguramento” que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os

¹⁷ ASSIS, Jorge Cesar de. A lei anticrime e a inserção do art. 16-a no Código de Processo Penal Militar. *Migalhas*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/320000/a-lei-anticrime-e-a-insercao-do-art-16-a-no-codigo-de-processo-penal-militar> . Acesso em: 28 ago. 2020.

elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

Assim, logicamente, sabemos que não há contraditório na fase inquisitorial, todavia, não podemos dizer a mesma coisa no tocante à ampla defesa dentro de uma investigação, visto que, em determinados momentos, pode ser que é acolhida a possibilidade de defesa, como nos casos de aceitação de prova sugerida ou produzida pelo indiciado, como bem exemplificou o doutrinador Cícero Coimbra Neves¹⁸. Ademais, vale destacar que o direito de acompanhamento do inquérito por um defensor é constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso XXXIV.

Outra crítica levantada é referente a redação dada pelo legislador que, no *caput* do artigo, faculta-se ao indiciado de constituir um defensor para o acompanhamento do inquérito, entretanto, ao continuarmos a leitura do parágrafo primeiro, deparamo-nos com a imperatividade imposta seguindo o mencionado artigo, determinando que haja um defensor, mesmo que o indiciado não tenha constituído no prazo de 48 horas, logo, não há disponibilidade alguma.

Ainda sobre o parágrafo segundo, o texto recebe duras críticas referente a sua aplicabilidade, uma vez que, nos inquéritos policiais militares, os oficiais da unidade designados para dirigir o inquérito, de acordo com o mencionado parágrafo, deverão intimar seu comandante para que indique um defensor; e, nos casos dos inquéritos policiais, as autoridades policiais do caso intimariam seus respectivos diretores.

¹⁸ NEVES, Cícero R. Coimbra. *Manual de Processo Penal Militar*. 4. ed., Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 374.

Percebe-se um excesso de selo do legislador quanto à garantia dos direitos constitucionais do investigado, contudo, tal preocupação se torna totalmente desnecessária, uma vez que, nas hipóteses de o investigado ter excedido algum de seus poderes, a própria instituição possui autonomia para corrigi-lo, ante o princípio constitucional da autotutela e da eficiência.

Alguns doutrinadores ainda expõem seu posicionamento contrário à norma, no sentido da presunção dada, com a criação do juiz de garantias, de que os membros do Judiciário (juízes, promotores, defensores e advogados) necessitassem de um agente garantidor das normas constitucionais. Contudo, é explícito na Constituição da República que todos devem garantir a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais, conforme preconiza, por exemplo, os artigos 127, 133 e 134.

Por fim, entre os pontos abordados no veto presidencial, um deles refere-se à defesa dos investigados. O projeto de lei estipulava que os agentes investigados por fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício da função seriam defendidos, prioritariamente, pela Defensoria Pública; e, nos casos de impossibilidade, a própria União ou Unidade Federativa correspondente custearia um profissional para esse fim. Todavia, o Presidente para a imposição do veto sustentou que tal dispositivo “viola a previsão constitucional do artigo 5º, inciso LXXIV combinado com os artigos 134, 131 e 132, ambos da Constituição da República”.

Nesse sentido, nota-se que é ilógico, uma vez que considerando a Resolução CSDPU 133/2016, na qual foi estabelecido que haja a presunção de necessidade econômica para assistência jurídica integral e gratuita de até 2 mil reais, a partir de 1º de janeiro de 2017, logo, todos os servidores não seriam beneficiários da assistência.

Acerca do tema, o Centro de Apoio Operacional Criminal – CAOCrim – do Ministério Público de São Paulo divulgou a Nota Técnica nº 9, a fim de esclarecer as mudanças trazidas pela lei. De plano, a nota vem

indicar que não há implantação do contraditório nos inquéritos policiais, dessa forma, não será imposto que, a cada momento da investigação, a autoridade comunique o investigado, mas tão somente uma garantia da defesa e do exercício da advocacia.

Entre os diversos pontos levantados na nota lançada, vale destacar alguns tópicos: o apontamento da inconstitucionalidade da lei, em virtude da afronta direta aos princípios constitucionais como os da isonomia e da eficiência; o desrespeito à cláusula constitucional de prévia dotação orçamentária, bem como, o desvio de finalidade, na assistência judiciária gratuita e a lesão à autonomia dos entes federativos.

No tocante à notificação do indiciado trazida pela lei, é salientado que tal chamamento só poderá ser exigido assim que for caracterizada a condição jurídica da pessoa em investigado, uma vez que, antes disso, trata-se apenas de um suspeito.

Conforme anteriormente narrado, a lei não garante a ampla defesa e o contraditório na fase extrajudicial, pois ensejaria em um tratamento diferenciado aos demais investigados, ferindo o princípio da isonomia.

Quanto à ausência de um defensor acompanhando o inquérito, a nota sugere que haja relatório parcial do inquérito, que deverá ser elaborado pelo seu presidente, e o posterior encaminhamento dos autos para a análise do *parquet*, que deverá, ao seu entendimento, oferecer denúncia, promover o arquivamento, propor, no caso de ação penal comum, o acordo de não persecução penal, quando preenchidos os requisitos exigidos pelo artigo 28-A do Código Processual Penal ou por devolver à autoridade policial responsável pelo inquérito, afim de que haja mais diligências, nos termos do dispositivo em questão.

Dessa maneira, a nota, bem como diversos doutrinadores, está de acordo que as referidas mudanças trazidas pela lei, seja na esfera penal comum ou na castrense, deverão ser declaradas inconstitucionais, pelas

razões acima apresentadas. Tendo em vista o verdadeiro descompasso com todo o andamento inquisitorial e total incompatibilidade com os fundamentos trazidos pela Carta Magna. Logo, ante todos os pontos narrados, nota-se que se trata de uma norma incoerente, que não possui base para se sustentar no presente ordenamento.

3 A ATUAÇÃO DO MPM DIANTE DE UM NOVO MUNDO

No final do ano de 2019, na cidade Wuhan, capital da província de Hubei – China, houve a primeira manifestação de uma pneumonia, até então, por causas desconhecidas. Em decorrência da rápida contaminação do vírus SARS-CoV-2, diversos países foram rapidamente afetados, e a Organização Mundial de Saúde – OMS decretou situação de pandemia em março de 2020. Houve, desse modo, um dos maiores desafios sanitários em escala global deste século.

É evidente que nenhum país estava preparado para enfrentar tal epidemia, tendo em vista que os impactos se refletem, não só no sistema de saúde público, como também na economia, segurança pública entre outros setores sociais.

Infelizmente, o Brasil também foi atingido pela disseminação do vírus, fazendo com que inúmeras medidas fossem tomadas pelos Governos (Federal, Estaduais e Municipais), a fim de que o contágio fosse diminuído e, por conseguinte, controlado. Contudo, ao tratarmos de políticas públicas e medidas políticas relativas ao combate e tratamento da doença, as instituições de justiça passaram a ter um destaque ainda maior, vez que passaram a complementar e auxiliar os demais poderes.

Nesse passo, o Ministério Público, em razão das suas funções jurisdicionais, como a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, estabelecidas pela Constituição da República, adotou, em

consonância com as mencionadas ações, uma atuação coordenada de controle e gestão de políticas públicas. Coordenados pelo Ministério Público Federal, foi determinado alguns planos de ação que deverão ser seguidos pelos estados e membros da instituição.

Em nota emitida no dia 26 de fevereiro, o Ministério Público Federal e o Conselho Nacional direcionaram as unidades e ramos do Ministério Público, bem como os Centros de Apoio Operacional a trabalharem de forma especializada nas áreas de saúde. Nas palavras do Conselho Nacional do Ministério Público, “o objetivo é contribuir para que o país possa, de forma integrada, dar respostas eficientes à epidemia do novo coronavírus no território nacional”.

320 Visando adaptar-se à nova realidade, o Ministério Público Militar também adotou novas ações para que houvesse prosseguimento de suas funções. Um exemplo destacável foram as orientações dadas pela Procuradoria da Justiça Militar em Curitiba, que, visando cumprir seu dever institucional, resguardou a saúde dos presos judiciais e disciplinares enquanto durar a situação de pandemia.

No ofício nº 61, foi estipulado que houvesse campanhas informativas acerca do tema, além disso, a adoção de procedimento de triagem por um profissional médico nas entradas de unidades prisionais, adoção de novas medidas de higiene dentro das Organizações Militares, isolamento dos presos maiores de sessenta anos e os portadores de doenças crônicas e o deslocamento de indivíduos que apresentem sintomas da doença. Outro ponto ressaltado foi em relação aos presos à disposição da justiça que, nos casos de ausência de espaço de isolamento adequado, teriam suas penas reanalisadas pelo juízo responsável, visando uma pena mais branda que o regime fechado, entre outras medidas.

Como podemos observar, ainda que precocemente, a presente crise sanitária demonstrou a importância que os órgãos jurisdicionais possuem nas

ações de cooperação com os governos. Desse modo, faz-se necessário aprendermos a trabalhar de maneira mais eficaz e conjunta, a fim de que os benefícios gerados por conta referida atuação sejam ainda maiores para a sociedade, em especial em situações de calamidade como a atualmente vivida.

4 CONCLUSÃO

Diante do narrado, constata-se que a Constituição da República de 1988 é, por diversas formas, a mais democrática já existente em nosso país, tendo em vista que, além do fato de sua elaboração ter contado com o auxílio da população, a atual Carta Magna preocupou-se em preservar diversos direitos como fundamentais e invioláveis, dotados de plena eficácia jurídica.

Apropriando-me das palavras usadas pela brilhante Marisa Terezinha Cauduro da Silva¹⁹, ex-procuradora-geral do Ministério Público Militar, “o estado de direito é essencial para a existência e manutenção do regime democrático, sendo o Ministério Público, por destinação constitucional, o garante desse regime, impondo-se com independência para efetivar o real controle jurídico sobre os poderes públicos.”

Nesse passo, de acordo com muitos doutrinadores, o Ministério Público pode ser nomeado como o verdadeiro Advogado do Povo. Tal fato foi ratificado pelo legislador ao expor os motivos que fundamentaram a primeira lei tratando do Ministério Público, decreto nº 848 de 1890, no qual estabeleceu que se trata de uma “instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça”. Logo, é incontestável o tamanho da importância ofertada ao órgão e os seus respectivos membros.

¹⁹ SILVA, Marisa Terezinha Cauduro da. Ministério Público e Estado Democrático de Direito. *Revista do Ministério Público Militar*, ed. 18. Brasília, 2002, p. 17.

O Ministério Público Militar, em especial, conforme preconiza a própria norma do Processual Penal Castrense, em seu artigo 55, é o garantidor do devido cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases da organização das Forças Armadas. Contudo, como vimos, sua atuação vai muito além do controle externo da atividade policial, em requisitar diligências investigatórias ou instaurar inquéritos policiais militares, uma vez que age na preservação da soberania nacional, na promoção da justiça, da democracia e da cidadania.

Por certo, inúmeros foram os obstáculos ultrapassados, entre Revoltas, Revoluções e Guerras, para que hoje pudéssemos ter essa instituição com bases tão sólidas, tornando-se parte altamente relevante para o nosso país ao contribuir na consolidação das leis e na garantia dos direitos constitucionais. Afinal, são 100 anos de luta buscando, corajosamente, junto com os promotores, servidores, estagiários e assistentes, combater ilegalidades, dentro e fora das Forças Armadas. Desse modo, fica essa singela homenagem pelo trabalho que vem sendo realizado no decorrer dos anos e por seu compromisso com a nação brasileira.

322

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Celeste Maria Pacheco de. Ministério Público Militar: exercício do poder num Regime de Exceção. XXIV *Simpósio Nacional de História*.

Disponível em:

<http://snh2007.anpuh.org/resources/content/anais/Celeste%20Maria%20P%20Andrade.pdf> . Acesso em: 28 ago. 2020.

ASSIS, Jorge Cesar de. A Lei Anticrime e a Inserção do art. 16-a no Código de Processo Penal Militar. *Migalhas*. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/320000/a-lei-anticrime-e-a-insercao-do-art-16-a-no-codigo-de-processo-penal-militar>. Acesso em: 28 ago. 2020.

ASSIS, Jorge Cesar de. Bases Filosóficas e Doutrinárias acerca da Justiça Militar. *Revista Eletrônica do CEAJ*. Porto Alegre – RS. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Vol. 1, n. 1. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/biblioteca/arquivos/revista/edicao_01/vol1no1art6.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime & Processo Militar, Comentários à Lei 13.491/2017*. Editora Juruá. Curitiba, 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de. Funções Institucionais do Ministério Público Militar na Defesa da Ordem Jurídica. Do Regime Democrático e dos Interesses Sociais e Individuais Indisponíveis. *Revista Eletrônica AMAJME*. Florianópolis – SC. Disponível em: <http://www.amajme-sc.com.br/livro/4-Jorge-Cesar-de-Assis.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

ASSIS, Jorge Cesar de. Uma Visão Crítica sobre o Ministério Público Militar Durante o Período da República Velha. *Jusmilitaris*. Disponível em: https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/04/200908_mpm-durante-rep.-velha_dr.-jorge-cesar-de-assis.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

ASSIS, Jorge Cesar de; ARPINI, Soel; Zanchet, Dalila Maria. *Legitimidade do Ministério Público Militar Para a Interpretação da Ação Civil Pública*. Curitiba: Editora Juruá, 2011.

BASTOS, Paulo Cesar. *Superior Tribunal Militar, 173 anos de história*. Disponível em: <https://dspace.stm.jus.br/handle/123456789/344> . Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htmhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2020.

CORRÊA, Univaldo. A Evolução da Justiça Militar no Brasil e Alguns Dados Históricos. In: CORRÊA, Getúlio (Org.). *Direito Militar: Artigos*

Inéditos. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Ministério Público: Advogado do Povo. *In: LIVIANU, Roberto. Justiça, Cidadania e Democracia*. Centro Edelstein. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/ff2x7>. Acesso em: 28 ago. 2020.

FERREIRA, Vieira. Juizes e Tribunaes do Primeiro Império e da Regencia. *Boletim do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*. Rio de Janeiro – Imprensa Nacional – 1937. Disponível em: <http://www.arquivopublico.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/JT.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

GONÇALVES, Edilson Santana. *O Ministério Público no Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Editora Juruá, 2000.

HENRIQUE, Heitor Esperança. As Relações Internacionais entre Brasil e Estados Unidos na Segunda Guerra Mundial. *Revista Eletrônica Discente História.com*. Cachoeira, v.5, n.10. Centro de Artes, Humanidades e Letras (CAHL) da Universidade Federal do Recôncavo da Bahia – UFRB. Disponível em: <https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/historiacom/article/view/941>. Acesso em: 28 ago. 2020.

LEMOS, Renato Luís do Couto Neto e. A Justiça Militar e a implantação da ordem republicana no Brasil. *SciELO*. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/topoi/v13n24/1518-3319-topoi-13-24-00060.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. 4. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na Investigação Criminal Militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Observatório da Justiça Militar*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/26/Inquieta%C3%A7%C3%B5es-na>

investiga%C3%A7%C3%A3o-criminal-militar-ap%C3%B3s-a-entrada-em-vigor-da-Lei-n-13491-de-13-de-outubro-de-2017. Acesso em: 28 ago. 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. *Observatório da Justiça Militar*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/03/24/Lei-n-1377418-e-a-incompet%C3%A2ncia-absoluta-do-ju%C3%ADzo-monocr%C3%A1tico-para-ex-militares>. Acesso em: 28 ago. 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. Editora Salvador: JusPODIVM, 2020.

PRADO, Sidnei. *Justiça Militar da União: estrutura, importância e atuação*. Trabalho de Conclusão. Escola Superior de Guerra - Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia (CAEPE). Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.esg.br/images/Monografias/2013/PRADO.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

PROCURADORIA DE JUSTIÇA MILITAR EM CURITIBA. Ofício nº 61/SEC/PJM/CWB/PR/MPM de 02 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2020/04/curitiba.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. 2. ed. São Paulo: Editora Edipro, 2000.

SEIXAS, Alexandre Magalhães. *A justiça militar no Brasil: estrutura e funções*. 2002. 152p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/281899>. Acesso em: 28 ago. 2020.

SILVA, Marisa Terezinha Cauduro da. Ministério Público e Estado Democrático de Direito. *Revista do Ministério Público Militar*. Ed. 18. Brasília, 2002.

SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. O Ministério Público Militar e o Acesso à Justiça Militar da União. In: OLIVEIRA, Artur Vidigal de; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. *A Justiça Militar da União e a História Constitucional do Brasil*. São Paulo: Editora Migalhas, 2016.

SWINARSKI, Christophe. *O Direito Internacional Humanitário como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26313.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2020.

VENTURINI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis? *Revista de Processo*. Vol. 251/2016 - Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4597236/mod_resource/content/0/TANSACAO_DE_DIREITOS_INDISPONIVEIS%20-%20Elton%20Venturi.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

**3ª Edição Prêmio Professor
José Carlos Couto de
Carvalho**

É possível o delito de lavagem de dinheiro ser enquadrado como crime militar?

Caroline de Paula Oliveira Piloni

Mestranda do Mestrado Profissional em Direito do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Promotora de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7099219074348854>

E-mail: caroline.piloni@mpm.mp.br

1º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2023

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente artigo abordou sobre a possibilidade de o delito de lavagem de dinheiro ser considerado crime militar após a entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017, que modificou o inciso II, do artigo 9º, do Código Penal Militar. Para tanto, este trabalho tratou do contexto histórico do crime de branqueamento de capitais, da definição jurídica, das fases do delito, do bem jurídico protegido, dos impactos causados com a edição da Lei nº 13.491/2017 na ampliação do conceito de crime militar, entendendo, ao final, que, por ser o delito de lavagem de dinheiro pluriofensivo, é plenamente possível, a depender do caso concreto, enquadrá-lo como crime militar, sujeito a processamento e julgamento perante a Justiça Militar.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 13.491/2017; crime militar por extensão; Lei nº 9.613/1998; lavagem de Dinheiro.

ENGLISH

TITLE: Can the crime of money laundering be classified as a military crime?

ABSTRACT: The present article addressed the possibility of money laundering offenses being considered military crimes after the enactment of Law No. 13.491/2017, which modified Article 9, Section II of the Military Penal Code. In order to do so, this work discussed the historical context of money laundering crimes, the legal definition, the phases of the offense, the protected legal interest, and the impacts caused by the enactment of Law No. 13.491/2017 in expanding the concept of military crimes. Ultimately, it concluded that, due to money laundering being a multifaceted offense, it is fully possible, depending on the specific case, to classify it as a military crime, subject to prosecution and trial before the Military Justice.

KEYWORDS: Law No. 13,491/2017; military crime by extension; Law No. 9,613/1998; money laundering.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O crime de lavagem de dinheiro: contexto histórico e definição jurídica – 3 As fases do crime de lavagem de capitais – 4 O bem jurídico tutelado (ou os bens jurídicos tutelados) no delito de lavagem de dinheiro – 5 Os impactos causados com a edição da Lei nº 13.491/2017 na ampliação do conceito de crime militar – 6 É possível o delito de lavagem de dinheiro ser enquadrado como crime militar? – 7 Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

Até a entrada em vigor da Lei nº 13.491 em 16 de outubro de 2017, norma que alterou o inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar (CPM), o **crime de lavagem de dinheiro** e as controvérsias que o rodeiam, tais como natureza jurídica e bem jurídico tutelado sempre passaram ao largo da Justiça Militar.

Isso porque, até a mencionada alteração legislativa, consideravam-se crimes militares tão somente aqueles tipos penais previstos no CPM, que cumprissem algum dos critérios de tipificação indireta, definidos no já mencionado artigo 9º.

Todavia, com a edição da Lei nº 13.491/2017, o conceito de crime militar foi demasiadamente ampliado, ao passo que existem, desde 16 de outubro de 2017, **novos crimes castrenses**. Estes foram denominados pela doutrina como *crimes militares por extensão*¹, *extravagantes*² ou *por equiparação à legislação penal comum*³, já que se tornou possível o enquadramento de condutas típicas previstas no Código Penal Brasileiro - CP (Decreto-Lei nº 2.848/1940) e na legislação penal extravagante no conceito de crime militar, desde que preenchessem a tipificação indireta de uma das hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 9º, do CPM.

Dessa forma, entendeu-se por relevante abordar, nesse trabalho, as implicações causadas pela mudança do conceito de crime militar quando se analisa o delito de lavagem de dinheiro, capitulado no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, alterada pela Lei nº 12.683/2012, focando o estudo na análise do bem jurídico protegido no referido delito para, ao final, demonstrar que é possível o delito de lavagem ser enquadrado no conceito de crime militar e, portanto, ser processo e julgado pela Justiça Castrense.

331

2 O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO: CONTEXTO HISTÓRICO E DEFINIÇÃO JURÍDICA

A lavagem de capitais, antes considerada apenas como um dano colateral da prática de outro crime, sem capacidade destrutiva, a partir da década de 1980, ganhou novos contornos, passando a ser considerada uma verdadeira ameaça à ordem econômica de diversos países, haja vista a

¹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 39.

² NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 126, p. 23-28, set./dez. 2017.

³ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos*. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2023.

capacidade transnacional desse fenômeno criminoso advinda da globalização⁴.

A criminalização da lavagem de dinheiro no Brasil foi fruto das obrigações assumidas pelo Estado Brasileiro em face da adesão, por intermédio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, à Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, a denominada Convenção de Viena.

Em que pese essa Convenção não tenha feito menção expressa ao crime de lavagem de dinheiro, ela, sem dúvida, incentivou a criação de uma política criminal de repressão ao proveito do crime de tráfico de drogas.

Sendo assim, no dia 3 de março de 1998, foi publicada a Lei nº 9.613, que logo em seu artigo 1º, define a lavagem de dinheiro como sendo a prática das condutas de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime”, cuja pena é de reclusão de 3 anos a 10 anos, e multa.

Importante ressaltar que a redação originária da Lei nº 9.613/98 somente permitia a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro se houvesse um crime antecedente que estivesse elencado no rol taxativo por ela indicado (tráfico de entorpecentes, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, crimes contra a Administração Pública, contra o Sistema Financeiro Nacional, organização criminosa, crimes praticados por particular contra administração pública estrangeira).

Em 12 de março de 2004, por intermédio do Decreto nº 5.015, o Brasil ratificou a sua adesão à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transacional, a denominada “Convenção de Palermo”, que, efetivamente, tratou da criminalização da lavagem de capitais advindos de

⁴ CODEVILA, Francisco. *A criminalização da lavagem de capitais no Brasil: a ausência de controle judicial do caráter subsidiário da tutela penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023. p. 53.

produtos do crime, bem como instituiu medidas de combate a essa prática delituosa.

Em 2012, com a entrada em vigor da Lei nº 12.683, o artigo 1º da Lei nº 9.613/98 foi bastante modificado, haja vista que a expressão “crime” na parte final da cabeça do dispositivo foi substituída pelo termo “infração penal” e o rol em *numerus clausus* foi revogado.

Em outras palavras, a partir da referida modificação legislativa, para que se configure o delito de lavagem de dinheiro, basta a ocultação ou a dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores, seja direta ou indiretamente provenientes de qualquer tipo de crime (comum, eleitoral, militar, ambiental, licitatório, etc) ou de contravenção penal (por exemplo, o jogo do bicho, previsto no artigo 58 da Lei de Contravenções Penais).

Ultrapassada essa contextualização histórica, Badaró e Bottini definem o crime de lavagem de dinheiro como “o ato ou sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos e origem delitiva convencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude”⁵.

Lavagem de dinheiro, para Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, é “o processo pelo qual valores ilicitamente ganhos sejam disfarçados de forma a parecerem legítimos – facilitando a atividade ilícita ao ocultá-la. Essas atividades ilícitas incluem corrupção, crime organizado, contravenções e terrorismo”⁶.

Por fim, para o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o crime de lavagem de capitais é:

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique e BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 5. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 25.

⁶ ROSE-ACHERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupção e governo: causas, consequências e reformas*; trad. Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020, p. 372-373.

Um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita e que se desenvolvem por meio de um processo dinâmico que envolve, teoricamente, três fases independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente⁷.

Após a definição jurídica do delito de branqueamento de capitais, no tópico a seguir, serão objetos de estudo as fases da lavagem de dinheiro, que são as etapas (não cumulativas) para a caracterização do referido crime.

3 AS FASES DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITAIS

De modo geral, a doutrina aponta que o modelo tradicional do crime de lavagem de dinheiro é “o conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça.”⁸

Por ser o delito de branqueamento de capitais “um processo dinâmico que tem por objetivo final a integração do capital à economia lícita”, nem sempre essas etapas podem ser reconhecidas de forma precisa, sendo que, comumente, há uma sobreposição entre as fases e é difícil identificar o término de uma etapa e o início de uma outra⁹.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou, na Tese nº 166/2021-item 5, que o crime de lavagem de dinheiro é delito de “ação múltipla ou

⁷ BRASIL. Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. <https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/o-que-e-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-ld>. Acesso em: 2 jun. 2023.

⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas* – com comentários. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 92.

⁹ *Idem, ibidem*. Ver BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012, p. 26.

plurinuclear, consumando-se com a prática de qualquer dos verbos mencionados na descrição típica e relacionando-se com qualquer das fases do branqueamento de capitais (ocultação, dissimulação, reintrodução), não exigindo a demonstração da ocorrência de todos os três passos do processo de branqueamento”¹⁰.

O Grupo de Ação Financeira (GAFI/FATF), órgão intergovernamental criado em 1989 em Paris, durante a reunião do G7¹¹ e que tem, como objetivos, “a proteção do sistema financeiro e da economia em geral contra ameaças de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo e da proliferação das armas de destruição em massa”¹², descreve que o crime de lavagem de capitais possui três fases.

A primeira fase da lavagem de dinheiro é denominada de **ocultação, colocação ou conversão** (*placement*). É a etapa em que ocorre a introdução dos valores ilícitos no sistema econômico-financeiro com o claro objetivo de dificultar a identificação da procedência criminosa desses valores.

Para Badaró e Bottini, a ocultação:

Trata-se do movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, com a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente, ou de outras condutas similares. É a fase de maior proximidade entre o produto da lavagem e a infração penal que o origina¹³.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição 166, Tese 5.

Diponível em:

[¹¹ Países que compõem o G7: Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão e Reino Unido.](https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?tipo=JT&livre=lavagem&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=20&i=2&operador=E&ordenacao=MAT,@NUM. APn 923/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 23/09/2019, DJe 26/09/2019. Acesso em: 29 jun. 2023.</p></div><div data-bbox=)

¹² GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO (GAFI/FATF). Acesso em: <https://www.fatf-gafi.org/en/home.html>. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹³ *Idem*, *ibidem*. Ver BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012, p. 25.

Rose-Ackerman e Palifka, ao seu turno, demonstram, na prática, como é realizada a etapa da colocação:

Na fase da colocação, os fundos ilícitos são introduzidos no sistema financeiro. Os fundos podem ser depositados (em espécie) em um banco ou investidos em outra instituição financeira, ou transferidos de uma conta para outra. Os esforços da AML [*Anti Money Laundering*] têm identificado certas *red flags* e persuadido alguns países a limitar o valor das transferências permitidas sem o fornecimento de identificação [...] ¹⁴.

Além dessa prática de o agente dividir “o dinheiro em quantias pequenas, no limite permitido pela legislação, fazendo vários depósitos bancários em contas diversas (mesmo em nome de terceiros) para depois, oportunamente, reuni-los de volta”¹⁵, conhecida como *structuring* ou *smurfing*, a conversão dos bens ilícitos em moeda estrangeira ou ativos digitais, com remessas ao exterior, especialmente, para lugares conhecidos por serem paraísos fiscais é também um mecanismo de ocultação da origem ilícita desses recursos¹⁶.

A segunda fase da lavagem de dinheiro é denominada de **dissimulação** ou **mascaramento** (*layering*). Nesta etapa, o agente realiza diversas movimentações financeiras ou outras transações negociais, muitas vezes, com uso de documentos falsos, com o mote de impedir o rastreamento da origem oculta dos valores ilícitos.

Para Baltazar Júnior, na fase da dissimulação:

[...] multiplicam-se as transações anteriores, com várias transferências por cabo (*wire transfer*) através de muitas empresas e contas, de modo a que se perca a trilha do

¹⁴ *Idem, ibidem*. Ver ROSE-ACHERMAN; Susan. PALIFKA; BONNIE, J. *Corrupção e governo: causas, consequências e reformas*. 2020, p. 373-374.

¹⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Lavagem de dinheiro*. Tomo Direito Penal. Ed. 1. Agosto de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/436/edicao-1/lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 29 jun. 2023.

¹⁶ MAIA *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012, p. 27.

dinheiro (*paper trail*), constituindo-se na lavagem propriamente dita, que tem por objetivo fazer com que não se possa identificar a origem ilícita dos valores ou bens¹⁷.

O saque de dinheiro em espécie e o depósito em outras contas bancárias para pulverizar esses valores no sistema financeiro, a destruição dos registros de determinada operação bancária em conluio com a instituição financeira ou o envio de dinheiro convertidos em moeda estrangeira, via cabo, para o exterior são os exemplos mais comuns de mascaramento de valores e bens ilícitos.

Percebe-se que, na prática, as fases da ocultação e da dissimulação de valores ilícitos, em muitos casos, estão imbricadas entre si. Embora isso ocorra, evidentemente, o agente responderá por um crime único, já que o delito tipificado no artigo 1º da Lei nº 9.613/98 é misto alternativo.

A terceira fase da lavagem de dinheiro é denominada de **integração** (*integration/recycling*). Nesta etapa, os valores e os bens adquiridos ilicitamente são reintroduzidos na economia formal com a aparência de licitude.

Para Mendroni, nesta última fase, “o agente cria justificações ou explicações aparentemente legítimas para os recursos lavados e os aplica abertamente na economia legítima, sob forma de investimentos ou compra de ativos. O dinheiro é incorporado formalmente aos setores regulares da economia”¹⁸.

As técnicas mais conhecidas pelos agentes lavadores para a incorporação de valores ilícitos no sistema financeiro, com um falso aspecto de idoneidade, são a aquisição de bens, tais como, metais preciosos, joias, obras de arte, veículos automotores, aeronaves, etc.; os investimentos no

¹⁷ BALTAZAR JÚNIOR *apud* NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes militares extravagantes* – Volume Único. Obra coletiva, Coordenador: Cícero Robson Coimbra Neves, Salvador: Jus PODVM, 2022, p. 884.

¹⁸ *Idem, ibidem*. Ver MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Lavagem de dinheiro*. Tomo Direito Penal. Ed. 1. Agosto de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/436/edicao-1/lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 29 jun. 2023.

mercado imobiliário, a realização de operações de importação/exportação fraudulentas, entre outras.

Por fim, importante destacar que não se exige a integração dos valores ilícitos ao sistema econômico-financeiro para caracterizar a prática do crime de lavagem de dinheiro, sendo suficiente a realização da primeira fase (a ocultação) para configurar a ocorrência do referido delito.

Todavia, também é importante frisar que, muito embora não se exija que todas as etapas da lavagem de dinheiro sejam cumpridas (ocultação, dissimulação e integração), o delito de branqueamento de capitais é crime praticado a título de dolo, cujo elemento subjetivo é mais amplo e se define como sendo “a vontade de lavar o capital, de reinseri-lo na economia formal com aparência de licitude”¹⁹.

Em outras palavras, “ainda que no plano objetivo seja suficiente a mera ocultação dos bens, na esfera subjetiva sempre será necessária a intenção de reciclá-los, o desejo de completar o ciclo de lavagem [...]”²⁰.

4 O BEM JURÍDICO TUTELADO (OU OS BENS JURÍDICOS TUTELADOS) NO DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Feita a definição do crime de branqueamento de capitais e detalhadas as fases para sua prática, o presente artigo passa a abordar a problemática da identificação do bem jurídico tutelado nesse delito.

De partida, esclarece-se que não existe um consenso doutrinário sobre qual seria o bem jurídico protegido pelo artigo 1º da Lei nº 9.613/98.

Não pairam dúvidas que a definição o bem jurídico de uma infração penal “é um relevante instrumento de interpretação teleológica, capaz de solucionar impasses dogmáticos diversos, como problemas de concurso de

¹⁹ *Idem, ibidem*. Ver BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012, p. 28.

²⁰ *Idem, ibidem*, p. 25.

normas, de aplicação da lei penal no tempo, e de fixação de critérios para apuração da materialidade típica”²¹.

Sobre a relevância dessa definição, Badaró e Bottini destacam que:

[...] No campo da lavagem de dinheiro, a identificação do bem jurídico protegido pela norma penal é tarefa dogmática de suma importância, pois, a depender da posição firmada, as respostas sobre a natureza do crime, seus elementos, a abrangência do tipo e a extensão dos elementos subjetivos necessários à tipicidade serão distintas²².

No presente artigo, será demonstrado que, a depender da posição adotada quanto ao bem jurídico, além das conseqüências apontadas pelos autores acima citados, o delito de lavagem de dinheiro pode ser enquadrado como crime militar a ser julgado pela Justiça Militar.

Dessa forma, considerando a importância dessa definição, passa-se abordar as três vertentes doutrinárias que mais se destacam e que buscam definir o bem jurídico do crime de lavagem.

A **primeira posição**, diga-se **minoritária**, defende a ideia de que o bem jurídico do crime de lavagem de dinheiro **deve coincidir** com aquele protegido pela infração penal antecedente. Essa visão é fortemente criticada, porque criaria uma proteção hiperbólica do bem jurídico do delito antecedente, com clara vulneração do princípio do *bis in idem*.

Além disso, como alerta Neves:

[...] essa visão interfere inclusive na concepção da sujeição ativa, porquanto em se entendendo que o bem jurídico da lavagem é coincidente com do crime antecedente, por consequência, haveria a impossibilidade de o sujeito ativo deste delito praticar aquele, já que, pela aplicação do princípio da consunção, a lavagem se tornaria fato posterior impunível²³.

²¹ *Idem, ibidem*. p. 83.

²² *Idem, ibidem*. p. 83.

²³ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes militares extravagantes* – Volume Único. Obra coletiva, Coordenador: Cícero Robson Coimbra Neves, Salvador: Jus PODVM, 2022, p. 882.

Se, porventura, essa corrente fosse adotada, impediria a ocorrência da autolavagem, haja vista que haveria o mero exaurimento da infração penal antecedente ou esta, diante da progressão criminosa, seria absorvida pela lavagem de dinheiro.

Nesse ponto, importante destacar a Tese 166 – item 7 do Superior Tribunal de Justiça que admitiu a possibilidade de prática da autolavagem:

Embora a tipificação da lavagem de dinheiro dependa da existência de uma infração penal antecedente, é possível a autolavagem – isto é, a imputação simultânea, ao mesmo réu, da infração antecedente e do crime de lavagem –, desde que sejam demonstrados atos diversos e autônomos daquele que compõe a realização da primeira infração penal, circunstância na qual não ocorrerá o fenômeno da consunção.²⁴

A **segunda vertente** define a **ordem econômica ou socioeconômica** como sendo o bem jurídico protegido no crime de lavagem de dinheiro.

De acordo com os defensores dessa **tese majoritária**, a lavagem de dinheiro é um elemento de desestabilização econômica, “porque, as mais das vezes, a lavagem se dá mediante a utilização do sistema financeiro, bem como porque a lavagem constitui um obstáculo para a atração de capital estrangeiro lícito, além de comprometer a confiança”²⁵.

Com base nessa vertente doutrinária, os bens jurídicos da infração antecedente e da lavagem de dinheiro seriam diversos, o que impediria a ocorrência da dupla imputação delitiva e possibilitaria a prática do crime de autolavagem.

²⁴¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição 166. Tese 7. <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?selectMateria=%22DIREITO+PENAL%22.MAT.+NAO+%22DIREITO+PENAL+E+PROCESSUAL+PENAL%22.MAT.&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=20&i=33&operador=E&ordenacao=MAT.@NUM>. (APn n. 989/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16/2/2022, DJe de 22/2/2022). Acesso em: 2 jun. 2023.

²⁵ PITOMBO *apud* GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 682.

A **terceira tese** da doutrina defende a ideia de que a **Administração da Justiça** seria o bem jurídico tutelado preponderante, haja vista que o delito de lavagem “torna difícil a recuperação do produto do crime e que isso dificultaria a ação da Justiça, sendo este o bem jurídico principal, ao lado da ordem econômica e do sistema financeiro”²⁶.

Isso porque não pairam dúvidas de que o crime de lavagem de dinheiro está enquadrado na modalidade de criminalidade econômico-financeira complexa, isto é, de difícil detecção e persecução penal.

De acordo Malan e Mirza²⁷, citando à famosa obra de Edwin Sutherland (*White Collar Crime*), o crime econômico-financeiro complexo, entre outras características, é aquele em que há uma dificuldade estatal na persecução penal. Isso se deve à “complexidade das operações envolvidas, inacessíveis às pessoas comuns, que não possuem um conhecimento laboral altamente compartimentado e especializado”.

Somado a isso, devem ser consideradas “as deficiências humanas e materiais das agências do poder punitivo”.

Sendo assim, considerar-se-ia a Administração da Justiça como bem jurídico preponderantemente violado no crime de lavagem de dinheiro em razão da incapacidade do Estado de investigar e punir a infração penal antecedente e rastrear seus produtos ilícitos, o que vulneraria a credibilidade da Justiça e, por esse motivo, a atingiria diretamente.

Sobre essa vertente, Badaró e Bottini assim esclarecem que:

A lavagem aqui é entendida como um processo de mascaramento que não lesiona de forma autônoma o bem originalmente violado, mas coloca em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema de Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de

²⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 682.

²⁷ MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 185/2021. Novembro 202, p. 201–236.

sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas²⁸.

Dessa forma, a terceira tese adota o entendimento de que o crime de lavagem de dinheiro é um **delito pluriofensivo**, de modo que a Administração da Justiça, embora estivesse ao lado da ordem socioeconômica, seria o bem jurídico prevalente, inclusive para fixar as balizas de competência para o processo e o julgamento do crime de lavagem na Justiça Militar.

Explicadas as principais teorias sobre a definição do bem jurídico do crime de lavagem de dinheiro, passa-se a demonstrar o motivo pelo qual essa definição ganhou importância, perante a Justiça Militar, após a edição da Lei nº 13.491/2017.

342 5 OS IMPACTOS CAUSADOS COM A EDIÇÃO DA LEI Nº 13.491/2017 NA AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE CRIME MILITAR

Antes da entrada em vigor da Lei nº 13.491, em 16 de outubro de 2017, que alterou o inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar (CPM) (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), somente eram considerados crimes militares, em tempo de paz, aqueles definidos no Códex Castrense.

Após a publicação da referida lei ordinária, o conceito de crime militar foi alterado para abarcar outros tipos penais que estivessem também previstos no Código Penal (comum) e na legislação penal extravagante, desde que respeitada a especialidade da norma penal militar quando houvesse similitude entre os crimes previstos no CPM e os demais delitos capitulados fora do Código Penal Castrense.

²⁸ *Idem, ibidem*. Ver BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012, p. 83.

Para entender o impacto da mencionada alteração legislativa, provocada no *caput* do inciso II do artigo 9º do CPM com a edição da Lei nº 13.491/2017, listam-se, no Quadro 1 a seguir, a redação anterior do referido inciso e aquela decorrente da edição da mencionada lei federal:

Quadro 1 – Comparativo da redação do Código Penal Militar após a edição da Lei nº 13.491/2017

REDAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI nº 13.491/2017:	NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI nº 13.491/2017*:
Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:	Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
I – [...]	I – [...]
II - os crimes previstos neste Código, <u>embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:</u> [...]	II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: [...]

*As diferenças de redação de ambos dispositivos foram destacadas para o leitor identificá-las facilmente.

Embora a modificação legislativa tenha sido aparentemente sutil, como observado no Quadro 1, ao passo que somente substituiu a expressão “embora também o sejam com igual definição na lei penal comum”, pela conjunção coordenativa aditiva “e” mais “os previstos na legislação penal”, na verdade, modificou consideravelmente o conceito de crime militar, porque, a partir da alteração feita pela Lei nº 13.491/2017, crimes previstos fora do CPM podem ser considerados delitos militares.

E para que sejam categorizados como crimes castrenses, os delitos previstos na legislação penal comum deverão atender a uma das hipóteses elencadas nas alíneas do inciso II do artigo 9º do CPM, isto é, verificar se o fato supostamente criminoso foi praticado por militar em situação de

atividade contra militar na mesma situação²⁹ (alínea a), por militar em situação de atividade contra civil, militar reformado ou da reserva, em lugar sob administração militar (alínea “b”), por militar em serviço ou atuando em razão da função contra civil, militar reformado ou da reserva (alínea “c”), por militar em período de manobra ou exercício contra civil, militar reformado ou da reserva (alínea “d”) ou por militar em situação de atividade contra a ordem administrativa militar ou contra o patrimônio sob administração militar (alínea “e”) ou ainda a alguma das hipóteses do inciso III do artigo 9º do CPM, criado para alcançar agentes civis (inclusive militares da reserva e reformados) e que faz remissão também ao inciso II do mesmo artigo.

Em outras palavras, conforme bem simplificado por Neves³⁰, “antes da Lei n. 13.491/2017, todos os crimes militares em tempo de paz deveriam estar tipificados no Código Penal Militar; após essa Lei, crimes previstos fora do Código Penal Militar também podem ser crimes militares”.

Com a ampliação do conceito de crime militar, a Justiça Militar (da União e dos Estados) também teve a sua competência alargada a fim de englobar o julgamento dessas novas situações. Com isso, a Justiça Castrense passou a processar e julgar condutas penais típicas não previstas no CPM ao albergar delitos previstos no Código Penal Brasileiro e na legislação penal extravagante.

Todavia, a incorporação desses novos tipos penais na categoria de crimes militares deve sempre observar os critérios da especialidade (condutas

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. CRIME PRÁTICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA MILITAR EM IDÊNTICA SITUAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. 1. [...] 2. **Militar em situação de atividade quer dizer "da ativa" e não "em serviço", em oposição a militar da reserva ou aposentado.** [...] (CC n. 85.607/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Terceira Seção, DJe de 8/9/2008.) Acesso em: 2 jun. 2023 (Destacou-se).

³⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes militares extravagantes e por extensão competência e efeitos da Lei nº 13.491/2017*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/conteudos-educacionais/cursos/aperfeicoamento/crimes-militares-extravagantes-e-por-extensao-competencia-e-efeitos-da-lei-no-13-491-2017/2.CrimesMilitaresExtravagantesSemana21.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2023.

típicas previstas no CPM prevalecem com relação às demais capituladas no CP ou na legislação penal extravagante, ainda que previstas posteriormente à edição do Códex Militar) e da tipificação indireta, que significa que somente serão enquadrados como delitos militares (em tempo de paz) aquelas condutas que encontram respaldo em uma das hipóteses dos incisos II e III, do artigo 9º do CPM).

Feitas essas considerações sobre o alargamento do conceito de crime militar, em razão da alteração do inciso II do artigo 9º do CPM pela Lei nº 13.491/2017, este trabalho demonstrará que o crime de lavagem de dinheiro, previsto no artigo 1º da Lei nº 9.613/98, a depender do preenchimento de algumas circunstâncias e da teoria adotada para a definição do bem jurídico protegido pelo referido delito, poderá ser enquadrado como crime militar.

6 É POSSÍVEL O DELITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO SER ENQUADRADO COMO CRIME MILITAR?

345

De partida, esclarece-se que a resposta ao problema proposto neste artigo não é um consenso na doutrina e muito menos pode-se afirmar que há uma jurisprudência pacífica sobre o tema.

É certo que a ampliação do conceito de crime militar veio potencializar o enfrentamento da criminalidade ordinária, que também flagela as Forças Armadas e as Forças Auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) no âmbito da Justiça Especializada, já que há pouco interesse do Parlamento em discutir, com seriedade, a edição de um novo Código Penal Militar.

Todavia, apesar desse incremento na competência da Justiça Militar, ao passo que outras figuras típicas penais, previstas fora do CPM, podem ser consideradas delitos castrenses, cada caso deve ser analisado com a devida cautela.

E, com esse cuidado, que se analisa se é possível o crime de lavagem ser considerado crime militar e ser processado e julgado na Justiça Militar.

Primeiramente, importante ressaltar que a Justiça Militar da União pode processar e julgar militares federais e civis que cometam delitos militares (artigo 124 da CF/88). Já as Justiças Estaduais Militares, por força do artigo 125, §4º da CF/88, somente poderão processar e julgar crimes castrenses cometidos pelos integrantes das Forças Auxiliares dos Estados (policiais militares e bombeiros militares).

Esclarecido o alcance da competência da Justiça Militar, quanto aos agentes perpetradores de delitos castrenses, a controvérsia estabelecida sobre a possibilidade de o crime de lavagem de dinheiro ser enquadrado como delito militar reside na problemática da definição do bem jurídico do crime de branqueamento de capitais.

Conforme já apresentada no presente artigo, **a segunda vertente**, adotada majoritariamente pela doutrina e jurisprudência pátrias, defende que **a ordem econômica ou socioeconômica** seria o bem jurídico protegido no delito capitulado no artigo 1º da Lei nº 9.613/98 e, portanto, o crime de lavagem de dinheiro seria de **competência da Justiça comum**.

E, nesse ponto, importante esclarecer que nem todo crime de lavagem, por ser delito praticado contra o sistema financeiro, será de competência da Justiça Federal.

A fixação da competência judiciária em federal ou estadual *dependerá*, pelo que se extrai do inciso III, do artigo 2º da Lei nº 9.613/98, *do bem jurídico tutelado na infração penal antecedente*.

Nesse sentido, Renato Brasileiro assim destaca:

[...] O delito de lavagem de dinheiro não é, por si só, afeto à Justiça Federal, se não sobressai a existência de infração penal antecedente de competência da Justiça Federal e se não se vislumbra, em princípio, qualquer lesão ao sistema financeiro nacional ou à ordem econômico-financeira como

um todo, a bens, serviços ou interesses da União, de suas Autarquias ou Empresas Públicas³¹.

Evidentemente, a análise do bem jurídico da infração penal antecedente será despicinda quando houver, em razão da conexão, a reunião dos feitos em que se apuram o delito de lavagem e a infração penal antecedente, mesmo que esta seja, a princípio, de competência da Justiça Estadual, nos termos da Súmula nº 122 do Superior Tribunal de Justiça: “compete à Justiça Federal o processo e julgamento unificado dos crimes conexos de competência federal e estadual, não se aplicando a regra do art. 78, II, a, do Código de Processo Penal”³².

Já a **terceira linha** também apresentada neste trabalho entende ser a lavagem de dinheiro **um delito pluriofensivo**, de modo que a **Administração da Justiça** seria o bem jurídico imediato e a da ordem socioeconômica, ao seu turno, de natureza mediata, secundária.

No reforço dessa linha, Aranha de Araujo defende que a Administração da Justiça deve ser encarada como o bem jurídico preponderante no delito de lavagem de dinheiro, destacando que³³:

Não há como se escapar da interpretação de que o tipo embaraça a administração da Justiça e a interpretação hermenêutica deve ser feita tendo por base a ideia de que o confisco e a perda do patrimônio criminoso originada pelos delitos prévios é o que pretende o Estado na criminalização daquelas condutas [...].

Adotando-se essa vertente que compreende que o crime de branqueamento de capitais possui mais de bem jurídico protegido, ou seja, é **delito pluriofensivo**, sendo que a Administração da Justiça se sobreleva com

³¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LIMA, Renato Brasileiro de. *Competência Cível e Criminal da Justiça Federal*, Salvador: Editora Jus Podivm, 2020, p.318-319.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 122, de 1º de dezembro de 1994. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula122.pdf. Acesso em: 2 jun. 2023.

³³ ARAUJO, Antonio Cesar Miranda Aranha de. *A Penalidade no Crime de Branqueamento de Capitais Ante a Infração Penal Antecedente*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-penalidade-no-crime-de-branqueamento-de-capitais-ante-a-infracao-penal-antecedente/>. Acesso em: 2 jun. 2023.

relação à ordem econômico-financeira, bem como é imprescindível, para a fixação da competência judiciária para o processamento e julgamento do referido crime, a análise do bem jurídico tutelado na infração penal antecedente, pode-se afirmar que, após a ampliação do conceito de crime militar pela Lei nº 13.491/17 que permitiu que delitos previstos na legislação penal comum pudessem ser considerados crimes militares, acaso atendida, ao menos, uma das hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 9º do CPM, **é possível a existência de crime militar de lavagem de dinheiro**, desde que o crime antecedente seja também de natureza militar, cujos bens jurídicos violados sejam protegidos pelo Direito Castrense, tais como, o patrimônio sob a administração militar ou ordem administrativa militar.

Nesse sentido, importante destacar a posição de Neves que entende:

[...] o crime de lavagem de dinheiro, dada a sua complexidade, não pode ser compreendido como tendo por objeto de tutela apenas um bem jurídico, mas um conjunto de bens jurídicos focados (pluriofensivo), que possui como conteúdo mínimo a administração da justiça e ordem socioeconômica, podendo haver a prevalência de um ou outro conforme o caso concreto³⁴.

Para o referido autor, “nesse contexto de pluriofensividade, nada impede que se tenha por tutela, além de outros bens e direitos, a administração militar, seu patrimônio, sua ordem administrativa etc, sendo este o ponto de contato da Lei n. 9.613/1998 com o Direito Castrense”.

Para tanto, Neves descreve a situação hipotética em que um militar da ativa que comete um crime de peculato-desvio, que afronta a ordem administrativa militar, e, em sequência, pratica ato de lavagem com os valores obtidos por intermédio da prática do crime castrense antecedente.

No mencionado exemplo, ambos os delitos seriam crimes militares, cuja tipificação indireta estaria disposta na alínea “e” do inciso II do artigo 9º

³⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes militares extravagantes* – Volume Único. Obra coletiva, Coordenador: Cícero Robson Coimbra Neves, Salvador: Jus PODVM, 2022, p. 883.

do Código Penal Militar, delitos castrenses contra a ordem administrativa militar.

Com base nessa linha de entendimento acima exposta, o Superior Tribunal Militar, em decisão inédita e unânime, deu provimento ao Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público Militar, e recebeu a denúncia oferecida em desfavor de um militar federal da ativa e uma civil pela prática, em tese, do crime de lavagem de dinheiro.

O caso julgado se trata de denúncia oferecida em face de militares federais da ativa e civis como incurso nos crimes de tráfico internacional de drogas, associação ao tráfico internacional de drogas, previstos respectivamente no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, incisos I, II e III, e artigo 35 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), na forma do artigo 9º, inciso II, alínea “e”, do Código Penal Militar, assim como no crime de lavagem de dinheiro, descrito no inciso I do §1º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998 com redação dada pela Lei nº 12.683/2012, por três vezes, em continuidade delitiva, na forma do artigo 9º, inciso II, alínea “e”, do Código Penal Militar, este último delito praticado, em tese, por um militar da ativa e sua companheira.

De acordo com a exordial acusatória apresentada pelo Ministério Público Militar, o caso envolve a prática de crimes de tráfico de grande quantidade de substância entorpecente com a utilização de aeronaves da Força Aérea Brasileira, por militares da ativa e civis, cujas condutas imputadas (crimes previstos na Lei nº 11.343/2006 e no inciso I do §1º do art. 1º da Lei nº 9.613/1998) atentariam, em todos esses tipos penais, contra a ordem administrativa castrense.

O Juízo de primeira instância recebeu parcialmente a denúncia quanto às imputações capituladas na Lei de Drogas, todavia, rejeitou a denúncia quanto ao crime de lavagem de dinheiro por entender que:

[...] a lavagem em tese ocorrida não diz respeito a bens obtidos de forma ilícita em prejuízo da administração militar, mas sim como forma de ocultar/dissimular os ativos resultantes do tráfico ilícito de drogas. Logo, não há que se cogitar em competência da Justiça Militar neste ponto específico, conforme inteligência do art. 2º, III, da Lei nº 9613/98 [...] ³⁵

Irresignado com essa Decisão, o MPM interpôs Recurso em Sentido Estrito nº 7000171-39.2023.7.00.0000/DF, em cujo acórdão exarado, o Superior Tribunal Militar reconheceu a competência da Justiça Militar Federal para processar e julgar o delito de branqueamento de capitais imputado aos denunciados:

[...] a Lei nº 9.613/98, que trata dos crimes de lavagem de dinheiro, [...] deve ser aplicada no contexto dos chamados crimes militares por extensão, circunstância que, por motivos óbvios, atrai a competência desta Justiça Especializada para o processamento e o julgamento do feito [...] (Destacou-se).

Além disso, a Corte Castrense afirmou que:

[...] com a edição da Lei nº 13.491/17 no ordenamento jurídico pátrio, esta Corte Militar passou a ser competente para o processamento e o julgamento dos delitos de lavagem de dinheiro nas hipóteses em que houver ofensa ao patrimônio sob a Administração Militar ou à Ordem Administrativa Militar, nos termos do artigo 9º, inciso II, alínea “e”, e inciso III, alínea “a”, do Códex Penal Militar. (Destacou-se).

Dessa forma, a partir da análise do caso concreto e considerando a ampliação do conceito de crime militar pela entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017, o STM declarou a Justiça Militar da União competente para processar e julgar o crime de lavagem de dinheiro no caso em que o delito antecedente é de natureza militar e o produto deste crime, ou seja, os valores obtidos com o transporte e a exportação de drogas, a bordo de aeronaves militares, passaram pelas etapas caracterizadoras do delito de branqueamento de capitais.

³⁵ BRASIL. Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 7000171-39.2023.7.00.0000/DF, Relator: MINISTRO CARLOS VUYK DE AQUINO, Julgado em 08/05/2023, publicado em DJe: 26/05/2023). Acesso em: 2 jun. 2023.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no introito do presente trabalho, o delito de lavagem de dinheiro nunca foi objeto de discussão perante a Justiça Militar, porque até a entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017, somente eram considerados crimes militares aqueles previstos no Código Penal Militar.

Com a nova legislação, o inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, artigo que é o mecanismo utilizado pelo CPM para definir os crimes militares em tempo de paz, foi radicalmente alterado e passou a permitir que delitos dispostos no Código Penal Brasileiro (CP) e na legislação penal extravagante também pudessem ser considerados crimes castrenses caso venham a preencher uma das hipóteses dos incisos II e III do artigo 9º do CPM.

Sendo assim, com o surgimento dos crimes militares por extensão, extravagantes ou por equiparação à legislação penal comum, as controvérsias que envolvem a definição do bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro também passaram a ser um ponto de preocupação da doutrina e jurisprudência castrenses.

O presente trabalho demonstrou que, a depender da linha adotada para a definição do bem jurídico protegido no delito de lavagem de dinheiro, o referido crime pode ser ou não enquadrado como crime militar.

Contudo, considerando as posições doutrinárias a respeito do bem jurídico tutelado no crime de lavagem, bem como o recente posicionamento do Superior Tribunal Militar que, em decisão unânime, reconheceu a possibilidade da prática de delito castrense de branqueamento de capitais, pode-se chegar a algumas conclusões sobre o tema.

Primeiramente, se o bem jurídico tutelado na lavagem de dinheiro fosse apenas o sistema financeiro nacional, como defende a doutrina majoritária, certamente todo delito de branqueamento de capitais seria de

competência da Justiça Federal comum, já que é de competência exclusiva da União “administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada”, conforme dispõe o artigo 21, inciso VIII da Constituição Federal de 1988.

Além disso, a própria da Lei nº 9.613/1998, no seu artigo 2º, inciso II define em quais hipóteses o delito de lavagem de dinheiro será de competência da Justiça Federal comum: somente quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

Dessa forma, considerando que a Lei nº 9.613/1998 já estabelece em quais circunstâncias o delito de lavagem de dinheiro será de competência da Justiça Federal comum e que o sistema financeiro nacional não é o único bem jurídico a ser protegido no referido crime, filia-se, portanto, à corrente que defende que o crime de lavagem de dinheiro é delito com pluralidade de bens jurídicos protegidos (Administração da Justiça, ordem econômico-social, o sistema financeiro, etc), e que, com o surgimento de crimes militares por extensão a partir da alteração do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar pela Lei nº 13.491/2017 e partindo-se da premissa de que o crime antecedente ao branqueamento de capitais é também crime militar, entende-se aqui que é plenamente possível que o delito de lavagem de dinheiro seja enquadrado como crime militar a ser processo e julgado pela Justiça Castrense.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Antonio Cesar Miranda Aranha de. A Penalidade no Crime de Branqueamento de Capitais Ante a Infração Penal Antecedente. *Âmbito Jurídico*, 1º mar. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-penalidade-no-crime-de-branqueamento-de-capitais-ante-a-infracao-penal-antecedente/>. Acesso em: 2 jun. 2023.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo*: comentários à Lei 13.491/2017. Curitiba: Juruá, 2018.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro*. Aspectos penais e processuais. Comentários à Lei 9613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. O que é lavagem de dinheiro, financiamento do terrorismo e da proliferação de armas de destruição em massa. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF*, 20 ago. 2020. <https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/o-que-e-o-crime-de-lavagem-de-dinheiro-ld>. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941*. Lei das Contravenções Penais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, DF; *Diário Oficial da União*, 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF; *Diário Oficial da União*, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Brasília, DF; *Diário Oficial da União*, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Brasília, DF; *Diário Oficial da União*, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

354

BRASIL. *Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm. Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição 166, Tese 5. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?tipo=JT&livre=lavagem&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=20&i=2&operador=E&ordenacao=MAT,@NUM.APn.923/DF,Rel.Ministra.NANCY.ANDRIGHI,CORTE.ESPECIAL,julgado.em.23/09/2019,DJe.26/09/2019>. Acesso em: 29 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. Edição 166, Tese 7. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?selectMateria=%22DIREITO+PENAL%22.MAT.+NAO+%22DIREITO+PENAL+E+PROCESSUAL+PENAL%22.MAT.&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=20&i=33&operador=E&ordenacao=MAT,@NUM.\(APn.n.989/DF,Relatora.Ministra.Nancy.Andrighi,Corte.Especial,julgado.em.16/2/2022,DJe.de.22/2/2022\)](https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/doc.jsp?selectMateria=%22DIREITO+PENAL%22.MAT.+NAO+%22DIREITO+PENAL+E+PROCESSUAL+PENAL%22.MAT.&b=TEMA&p=true&thesaurus=JURIDICO&l=20&i=33&operador=E&ordenacao=MAT,@NUM.(APn.n.989/DF,Relatora.Ministra.Nancy.Andrighi,Corte.Especial,julgado.em.16/2/2022,DJe.de.22/2/2022)). Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Recurso em Sentido Estrito nº 7000171-39.2023.7.00.0000/DF*, Relator: Ministro Carlos Vuyk de Aquino, Julgado em 08/05/2023, publicado em DJe: 26/05/2023). Acesso em: 2 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 122, de 1º de dezembro de 1994*. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_8_capSumula122.pdf. Acesso em: 2 jun. 2023.

CODEVILA, Francisco. *A criminalização da lavagem de capitais no Brasil: a ausência de controle judicial do caráter subsidiário da tutela penal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, 196p.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LIMA, Renato Brasileiro de. *Competência Cível e Criminal da Justiça Federal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Legislação penal especial esquematizado*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA CONTRA A LAVAGEM DE DINHEIRO E O FINANCIAMENTO DO TERRORISMO (GAFI/FATF). Acesso em: <https://www.fatf-gafi.org/en/home.html>. Acesso em: 29 jun. 2023.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas – com comentários*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. Criminalidade econômico-financeira complexa, presunção de inocência e standard de prova. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 185/2021, nov., p. 20 –236.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Lavagem de dinheiro*. Tomo Direito Penal. Ed. 1. Agosto de 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/436/edicao-1/lavagem-de-dinheiro>. Acesso em: 29 jun. 2023.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 126, p. 23-28, 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes militares extravagantes* – Volume Único. Obra coletiva, Coordenador: Cícero Robson Coimbra Neves, Salvador: Jus PODVM, 2022.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes militares extravagantes e por extensão competência e efeitos da Lei nº 13.491/2017*. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/conteudos-educacionais/cursos/aperfeicoamento/crimes-militares-extravagantes-e-por-extensao-competencia-e-efeitos-da-lei-no-13-491-2017/2.CrimesMilitaresExtravagantesSemana21.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2023.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos*. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2023.

ROSE-ACHERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corrupção e governo: causas, consequências e reformas*. Trad. Eduardo Lessa. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2020, 740p.

O papel do princípio *pro homine* na concretização dos direitos humanos e fundamentais na esfera penal: dos paradigmas hierarquizantes à relação dialógica entre o direito interno e as convenções internacionais de direitos humanos e direito humanitário

Rafael Martins Liberato de Oliveira

Especialista em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Promotor de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4979167532874116>

E-mail: rafaelmartinsliberato@gmail.com

2º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2023

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente artigo, baseado em pesquisa teórica e utilização do método dedutivo, tem como propósito central propor a utilização do princípio *pro homine* e do diálogo das fontes normativas como uma das formas de resolução de antinomias aparentes envolvendo normas internas e internacionais, especialmente oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário. Analisamos a jurisprudência do STF sobre a hierarquia assumida pelos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e demonstramos a insuficiência dos critérios tradicionais para a resolução de antinomias

envolvendo essas normas. Por fim, defendemos que o método proposto é uma forma de potencializar a concretização de direitos humanos, especialmente na esfera penal.

PALAVRAS-CHAVE: princípio *pro homine*; diálogo das fontes; direitos humanos; direitos fundamentais; Direito Humanitário; Pacto de São José da Costa Rica; convenções de Genebra

ENGLISH

TITLE: The role of the pro homine principle in the realization of human and fundamental rights in the criminal sphere: from hierarchical paradigms to the dialogical relationship between domestic law and international conventions on human rights and humanitarian law.

ABSTRACT: This article, based on theoretical research and the use of deductive method, aims to propose the use of the pro homine principle and the dialogue among normative sources as one of the ways to resolve apparent conflicts between domestic and international norms, particularly those arising from International Human Rights Law and International Humanitarian Law. We analyze the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court regarding the hierarchy assumed by human rights treaties incorporated into the Brazilian legal system and demonstrate the inadequacy of traditional criteria for resolving conflicts involving these norms. Finally, we argue that the proposed method is a way to enhance the realization of human rights, especially in the criminal sphere.

KEYWORDS: pro homine principle; dialogue among sources; human rights; fundamental rights; Humanitarian Law; Pact of San Jose; Geneva conventions.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto De San José da Costa Rica) e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro – 3 As convenções de Genebra de 1949 e sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro – 4 A hierarquia dos tratados internacionais na Constituição Federal de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 5 O princípio internacional *pro homine* e o diálogo das fontes como método resolutivo de antinomias aparentes – 6 aplicação do princípio *pro*

homine às antinomias aparentes envolvendo Constituição Federal de 1988, normas processuais penais e o Pacto de San José da Costa Rica – 7 A aplicação do princípio *pro homine* às relações entre o Direito Internacional Humanitário e o direito interno – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As mudanças políticas, sociais e econômicas, em nível global, implementadas após a Segunda Guerra (1939-1945), repercutiram de maneira profunda nas relações entre Estados e indivíduos. No âmbito jurídico, uma das grandes revoluções estruturais foi o início de um processo de superação progressiva dos paradigmas formalistas que até então marcavam a maior parte dos ordenamentos jurídicos consolidados. Gradualmente, a noção de “teorias puras” acerca do Direito, como a defendida pelo jurista alemão Hans Kelsen (2006), passou a ceder espaço a visões que privilegiam o conteúdo e a noção substancial de Justiça como elementos imprescindíveis à interpretação e aplicação das normas jurídicas, em um processo que denominado por alguns autores como pós-positivismo.

Uma das importantes consequências dessas mudanças foi o aprofundamento da institucionalização das normas destinadas a efetivar proteção do ser humano, através da sua consagração expressa tanto nas constituições como em diversos tratados internacionais. É desse duplo processo de positivação que se origina distinção doutrinária entre direitos humanos e direitos fundamentais. Enquanto estes últimos (direitos fundamentais) são previstos no plano constitucional de cada Estado, aqueles (direitos humanos) derivam de tratados e convenções, incorporados pelas ordens jurídicas internas mediante procedimento próprio, regulamentado pelas respectivas normas internas de cada ente estatal¹.

¹ Não são poucos os exemplos de direitos e garantias previstos concomitantemente em constituições e em tratados. Apenas a título de exemplo, diversos dos direitos previstos no Título

Atentos a essa realidade, e para evitar desnecessários conflitos de competência jurisdicional, diversos tratados previram expressa relação de subsidiariedade da atuação das Cortes Internacionais por eles criadas com relação às jurisdições internas dos Estados signatários. No caso do Pacto de San José da Costa Rica, isso pode ser deduzido do seu Artigo 46, 1, “a”, que estabelece como condição para o recebimento de reclamação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos o esgotamento dos “recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos”.

A noção de subsidiariedade traz consigo uma ideia implícita cujas implicações são de grande relevância para os propósitos deste trabalho: os níveis de proteção dos direitos da pessoa humana não se distinguem por seu aspecto ontológico, mas tão somente por sua origem² e, sendo idênticas e complementares as finalidades desses sistemas, devem as suas normas ser interpretadas sempre de maneira a reforçar umas às outras, sendo fundamental a harmonização de eventuais divergências pelo intérprete/aplicador³.

A Constituição da República parece reforçar a necessidade de diálogo entre as fontes em matéria de direitos da pessoa humana. O art. 4º, II,

II da nossa Constituição Federal de 1988 reproduzem preceitos da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), dos Pactos de Nova York (1966) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Essa dupla positivação tende a ser maior no caso de constituições que, tal como a Carta Magna Brasileira, consagram um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

² São nesse sentido as ponderações de Valério Mazzuoli (2012, p. 822-824), esclarecendo que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais reside unicamente nas respectivas fontes de positivação, em nada se relacionando com diferenças ontológicas entre as duas categorias. Destaca aquele autor que “(...) Em que pesem os esforços de boa parte da doutrina no intuito de diferenciar tais expressões, cremos que o que realmente importa é admitir a interação desses mesmos direitos (...), a fim de que todas as pessoas (pertencentes ou não ao estado em que se encontrem) estejam efetivamente protegidas”.

³ Note-se que essa relação de complementariedade e necessidade de interpretação harmônica encontra expresso respaldo em diversas normas internacionais que proíbem que as suas disposições sejam interpretadas de modo a suprimir, restringir ou prejudicar os direitos e garantias que resguardam. É o caso do Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos³ e do Artigo 5, 1, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos³.

da Carta Magna estabelece a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil, ao passo em que o seu art. 5º, § 2º, deixa claro que o rol de direitos fundamentais não é exaustivo, visto que não exclui outros decorrentes do regime e dos princípios constitucionais, além daqueles previstos em tratados internacionais⁴.

Não se nega o avanço representado pela atual jurisprudência do STF, que superou a antiga concepção legalista e passou a entender que os tratados sobre direitos humanos não incorporados com *status* de emendas constitucionais ingressam no Ordenamento Brasileiro com hierarquia supralegal. Mas isso não basta. Sabe-se que na interpretação e na aplicação de normas jurídicas, tão importante quanto as conclusões materializadas nos dispositivos decisórios é o caminho percorrido para que se chegue até elas.

Deste modo, não se critica as decisões do STF nessa matéria necessariamente pelas suas conclusões, mas sim a preferência que tem demonstrado aquele Tribunal por, na fundamentação, resolver conflitos envolvendo normas de direitos humanos com base nos vetustos paradigmas hierarquizantes e formalistas, em detrimento da aplicação do princípio da norma mais favorável ao ser humano, também conhecido como princípio internacional *pro homine*.

Examinar o atual estágio da jurisprudência e demonstrar a aplicabilidade do referido princípio como a forma mais adequada de solução de antinomias em determinados casos concretos, através de uma metodologia específica, é o principal objetivo deste trabalho. Utilizando-nos de uma abordagem de cunho jurídico-compreensivo, trataremos dos pressupostos

⁴ Diante desse cenário de abertura normativa, parece evidente que a Constituição buscou alçar os direitos humanos à condição de normas privilegiadas no ordenamento jurídico pátrio. Não existe, portanto, outro caminho hermenêutico tolerável que não o de uma leitura conjunta e dialógica do texto constitucional e dos pactos internacionais ratificados pelo Brasil, de modo a que dessa exegese resulte a maximização da proteção jurídica dos direitos humanos e fundamentais.

teóricos para posterior demonstração prática da aplicação do princípio *pro homine* a tais conflitos.

Em seguida, examinaremos as doutrinas tradicionais acerca da hierarquia entre o Direito Internacional e os ordenamentos jurídicos internos. Apresentaremos, posteriormente, enquanto alternativas aos modelos hierarquizantes, algumas das contribuições teóricas do Monismo Internacionalista Dialógico e do Transconstitucionalismo. Analisaremos o princípio *pro homine* e o decorrente diálogo das fontes enquanto formas resolutivas de antinomias, propondo uma metodologia específica para a sua aplicação, utilizando-se da compreensão das funções eficaciais das normas envolvidas no conflito como forma de auxiliar na maximização do seu escopo protetivo.

Por fim, demonstraremos a aplicação de tais pressupostos conceituais a supostas antinomias normativas concretas, envolvendo conflitos aparentes entre normas de diversas origens, especialmente oriundas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Humanitário, e do Direito Constitucional, Penal e Processual Penal.

Ao final deste trabalho, pretendemos ter demonstrado, através de uma leitura dialógica do Pacto de San José da Costa Rica, das Convenções de Genebra e da Constituição Federal, que a aplicação do princípio *pro homine* é a forma mais adequada de resolver conflitos semânticos entre normas protetivas de direitos humanos e fundamentais. Buscaremos demonstrar por quais razões essa proposta teórica pode e deve substituir, em certos casos, os métodos tradicionais de resolução de antinomias, notadamente o método hierárquico que, por sua natureza eminentemente formalista, não se mostra conveniente para resolver problemas interpretativos cuja natureza é inexoravelmente axiológica e substancial.

2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA) E SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Instrumento de maior importância no Sistema Interamericano, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em 1969, na cidade costarriquenha de San José, fato que motiva o seu apelido (Pacto de San José da Costa Rica). Entrou em vigor apenas em 1978, quando atingiu o número mínimo previsto no tratado de 11 ratificações. Embora não tenha sido ratificada por importantes membros da Organização dos Estados Americanos (v.g., Estados Unidos e Canadá), a Convenção representa o mais completo e significativo mecanismo de proteção normativa dos direitos humanos no continente Americano. Em seu rol de direitos protegidos, encontram-se alguns daqueles que parte da doutrina convencionou considerar como pertencentes à “primeira geração” dos direitos fundamentais⁵⁶⁷.

No que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais, a Convenção se limita a determinar que os seus signatários adotem as medidas necessárias à sua efetivação, “tanto no âmbito do direito interno, como mediante cooperação internacional”, nos termos do seu Art. 26. Os chamados direitos da “segunda dimensão” foram, posteriormente, tratados de forma minudente no Protocolo adicional à Convenção (conhecido como Protocolo de San Salvador), adotado pela Assembleia Geral da OEA em 1988, vindo a entrar em vigor após a sua 11ª ratificação, em novembro de 1999.

⁵ Na célebre classificação proposta por Paulo Bonavides (2006), os direitos da “primeira geração” são aqueles relacionados ao valor “liberdade” e foram os primeiros a serem positivados nas constituições modernas. Intrinsecamente relacionados ao Liberalismo Clássico, constituem as “liberdades negativas”, porquanto se consubstanciam na possibilidade de os seus titulares exigirem do Estado o cumprimento do dever de abstenção no tocante a qualquer conduta tendente a lesar as liberdades fundamentais reconhecidas aos seus cidadãos.

⁶ Parte doutrina prefere a expressão “dimensões” para se referir à suposta sucessão histórica entre direitos humanos e fundamentais, a exemplo de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 55). Para outros, a própria noção de que os direitos podem ser classificados em categorias estanques é questionável, a exemplo de de Cançado Trindade (1997, p. 390).

Conforme Flávia Piovesan (2011, p. 313), cabe aos países signatários da Convenção o dever de “adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados”. Portanto, a Convenção Interamericana é fonte de obrigações tanto positivas como negativas, pois ao passo em que impõe a adoção de medidas tendentes a efetivar os direitos ali previstos, também veda aos Estados-partes toda e qualquer postura que lese direta ou indiretamente tais preceitos.

Além de enunciar direitos e garantias, o Pacto de San José estabeleceu um sistema para o seu monitoramento e implementação, composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira delas já foi brevemente tratada na introdução desse estudo; a Corte, por sua vez, é a expressão jurisdicional do Sistema de Proteção Interamericano. Composta por sete juízes indicados e eleitos pelos Estados-parte, ela é detentora de atribuições contenciosas e consultivas, sendo que esta última é facultativa, tendo sido aceita no Brasil após a ratificação, através do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998.

Pode-se dizer, portanto, que o Pacto de San José exerce, no sistema americano, a mesma função da Convenção Europeia de Direitos Humanos no sistema europeu, qual seja a de instrumento central que, densificando o sistema fundado pela Carta da OEA, não apenas enuncia direitos, mas também cria estruturas políticas e judiciais para a sua efetivação. O seu âmbito de proteção, a semelhança do que ocorre com os demais instrumentos normativos congêneres, não se limita aos cidadãos dos países signatários, alcançando qualquer pessoa que se encontre situada no seu âmbito territorial de validade. Tal conclusão decorre já da análise do Art.1º, 1⁸, do Pacto, tendo em vista que “*sujeitar-se à*

⁸ 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

jurisdição de um Estado não significa nesse *residir*, mas *nele estar* no momento em que a violação de direitos humanos ocorre” (Mazzuoli, 2012, p. 898).

Vinte e três anos após a sua assinatura e quatorze após a sua entrada em vigor, o Pacto de San José somente foi ratificado pelo Brasil em 1992, promulgado internamente através do Decreto 678, de 06 de novembro daquele ano. Até por sido anterior à Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu a atual redação ao Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, a sua incorporação se deu através do procedimento ordinário, que depende tão somente de deliberação por maioria simples do Congresso Nacional (Art. 49, I, c/c Art. 47, ambos da CF/88) e não a maioria qualificada de três quintos em dois turnos de votação, da qual necessitaria para se incorporado com *status* de emenda constitucional.

Nesse contexto, a posição hierárquica da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento brasileiro foi durante muito tempo objeto de intensos debates, cujas enormes repercussões práticas sempre foram indúvidas.

Em tópicos subsequentes do presente trabalho, exporemos e analisaremos o posicionamento definitivo adotado pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, com o qual desde já adiantamos não concordar. Com efeito, malgrado tenha dado a resposta mais adequada ao caso concreto posto para a sua apreciação quando o tema surgiu em uma questão incidental na Ação Penal 470, a Suprema Corte se utilizou, a nosso ver e pelas razões que exporemos, de um repertório teórico ultrapassado e insatisfatório em matéria de direitos humanos.

3 AS CONVENÇÕES DE GENEBRA DE 1949 E SUA INCORPORAÇÃO AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Najla Nassif Palma (2008, p. 10) conceitua o Direito Internacional Humanitário como “o ramo do Direito Internacional Público que tem como

objetivo regulamentar a mais excepcional das circunstâncias: a guerra”, destacando que as “suas normas, de origem convencional e consuetudinária, visam restringir meios e métodos de combate e proteger quem não participa, ou não participa mais, das hostilidades”.

A autora destaca, ainda, que historicamente também surgiram outras expressões para se referir a esse ramo do Direito Internacional, tais como “Direito da Guerra” e “Direito Internacional dos Conflitos Armados”, e a escolha por uma ou por outra dependerá essencialmente do costume e do público (idem, p. 14).

É difícil estabelecer as origens remotas do Direito Internacional Humanitário, também conhecido como Direito Internacional dos Conflitos Armados, já que desde a antiguidade houve diversas iniciativas, ainda que incipientes, no sentido de estabelecer regramentos aplicáveis às guerras entre os povos. Mas, certamente, o marco do surgimento desse conjunto de normas com suas feições contemporâneas ocorreu no século XIX.

Em 22 de agosto de 1864, como produto dos esforços de uma comissão reunida em torno de Henry Dunant, um dos fundadores da Cruz Vermelha Internacional e autor da clássica obra “Lembrança de Solferino”, foi assinada, por doze países europeus, a primeira Convenção de Genebra sobre o tema. O seu texto estabeleceu princípios básicos para a proteção de feridos e doentes nas batalhas. Daquela histórica convenção surgiu o Movimento Internacional da Cruz Vermelha e do Crescente Vermelho, que se tornou uma das mais importantes instituições vocacionadas à promoção e difusão do Direito Humanitário.

Ao longo do século XX, diversas outras convenções e protocolos adicionais foram firmadas. As Convenções de Haia de 1899 e 1907, por exemplo, trataram de questões como a condução de hostilidades, o uso de armas e a proteção de civis em tempos de guerra.

Foi em 1949, porém, que nasceram as convenções mais relevantes do Direito Internacional Humanitário, por muitos consideradas como o seu “coração normativo”. Surgindo no contexto de um mundo ainda fortemente impactado pelos horrores da 2ª Guerra Mundial as quatro Convenções de Genebra foram assim divididas: Convenção I – dispõe sobre a proteção de soldados feridos e enfermos durante a guerra terrestre; Convenção II – protege militares feridos, náufragos e enfermos durante a guerra marítima; Convenção III – normas protetivas dos prisioneiros de guerra; Convenção IV – protege os civis em territórios ocupados.

Nas décadas posteriores, foram aprovados três protocolos adicionais, que complementaram as normas das Convenções de 1949, sendo o Protocolo Adicional II, de 1977, o mais famoso, por ter tratado de um tema até então bastante lacunoso: o regramento dos conflitos armados não internacionais.

Os objetivos do presente trabalho não comportam uma análise detida do conjunto dessas normas convencionais, cabendo destacar que elas ainda hoje representam o núcleo central do Direito Internacional Humanitário. As Convenções de Genebra foram ratificadas por 194 países, assegurando-lhe praticamente uma aplicabilidade universal.

O Brasil ratificou esse relevante conjunto de tratados por meio do Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957, portanto em um período no qual a discussão sobre a hierarquia assumida pelas normas internacionais ainda se encontrava em um estágio bastante inicial.

Para além de terem sido incorporadas na vigência de uma ordem constitucional anterior, muito antes do regramento estabelecido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, da natureza específica dessas normas surge uma dúvida: prevalecendo o entendimento de que o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos são ramos distintos, marcados por princípios e objetivos próprios, seriam aplicáveis às

normas do DIH o mesmo tratamento que a Constituição Federal de 1988 e a jurisprudência do STF conferem aos tratados sobre direitos humanos?

Conforme teremos oportunidade de esclarecer em tópico próprio do presente artigo, entendemos que, independentemente da teoria que se aplique a respeito da relação existente entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Nacional Humanitário, é possível resolver antinomias existentes entre disposições pertencentes a este último e normas do ordenamento interno brasileiro, através de uma metodologia dialógica, sem a necessidade de apelar para os clássicos paradigmas de hierarquização normativa formal.

4 A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As constituições brasileiras nunca foram explícitas quanto à hierarquia normativa assumida pelos tratados internacionais na ordem jurídica, após a sua ratificação pelo Brasil, razão pela qual essa delicada e espinhosa tarefa interpretativa ficou a cargo basicamente da jurisprudência do STF, que se dividiu em três momentos: a fase internacionalista; a fase da paridade entre tratados e leis ordinárias federais e a fase atual, que reconhece um *status* diferenciado aos tratados sobre direitos humanos, que podem assumir hierarquia supralegal ou constitucional, a depender da forma pela qual foram incorporados ao ordenamento interno.

Na fase internacionalista, que durou até 1977, a jurisprudência do STF seguia a intuitiva ideia de que, tendo o país assumido determinada obrigação perante a Comunidade Internacional através de um tratado, não poderia a legislação interna contrariar tal dever, sob pena de violação dos princípios da boa-fé e do *pacta sunt servanda*. Flávia Piovesan (2011, p. 114) cita alguns exemplos dessa orientação jurisprudencial, com destaque para o Pedido de

Extradição nº 07 de 1913, quando o STF decidiu pela aplicação de um tratado mesmo havendo lei posterior que o contrariava, e para o acórdão na Apelação Cível 7.872 de 1943, no qual a Corte assentou expressamente que lei posterior a tratado não possuía aptidão para revogá-lo⁹.

A fase internacionalista chegou ao fim em 1977, com o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004-SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque. Naquele precedente, contrariando a sua jurisprudência anterior, o STF decidiu que o conflito existente entre a Lei Uniforme de Genebra e o Decreto-lei 467/1969, no tocante ao registro de nota promissória como pressuposto necessário para a subsistência da responsabilidade do avalista, deveria ser resolvido mediante a prevalência da norma contida no decreto, já que posterior à norma convencional. Em diversos trechos daquele acórdão, é possível perceber uma nítida influência da doutrina dualista, especialmente do jurista alemão Heinrich Triepel (1868-1946).

Nesse sentido destacamos a seguinte passagem do voto do Ministro Cunha Peixoto:

(...) Com efeito, se a Lei Uniforme transformou-se em direito positivo brasileiro, evidente que pode ser modificada ou revogada, como qualquer outro diploma legal. Do contrário, transformar-se-ia qualquer lei que procedesse de algum tratado em super lei, em situação superior à própria Constituição Brasileira. (...) Ademais, não existe, na Constituição, nenhum dispositivo que impeça o membro do Congresso de apresentar projeto que revogue, tácita ou expressamente, uma lei que tenha a sua origem em um tratado. Pode o Presidente da República vetar o projeto, se aprovado pelo Congresso, mas também seu veto pode ser rejeitado. A lei, provinda do Congresso, só pode ter sua vigência interrompida, se ferir dispositivo da Constituição e, nesta, não há nenhum artigo que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato de ter sua origem em um Tratado.

⁹ Interessante destacar que não apenas a jurisprudência, mas também a legislação produzida naquele período parecia buscar inspiração no posicionamento até então adotado pela Suprema Corte, a exemplo do famoso Art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25/10/1966), que expressamente declarou a primazia dos tratados em matéria tributária, nos seguintes termos: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevenha”.

Aqui o Ministro se referiu à “à lei que tenha a sua origem em tratado” e não ao tratado propriamente dito porque, para a doutrina dualista, as normas de direito internacional e de direito interno pertencem a ordens jurídicas distintas. Assim, da incorporação de um tratado pela ordem jurídica brasileira surgiria uma nova norma de natureza eminentemente interna, que poderia ser livremente modificada ou revogada, como qualquer outra norma nacional, seguindo o regramento estabelecido pelo ordenamento pátrio.

Desta forma, para os dualistas, a contrariedade entre o conteúdo de normas internas e internacionais seria um falso problema, dada a pretensa incompatibilidade lógica de haver real conflito normativo entre dispositivos pertencentes a ordens jurídicas distintas.

A partir dessa nova orientação, que perdurou por décadas, a Suprema Corte passou a considerar que, devido ao silêncio da Constituição Federal acerca do seu *status* hierárquico, os tratados incorporados pelo Brasil seriam nada mais do que leis ordinárias e, nesta condição, poderiam ser modificados ou mesmo revogados pela legislação interna. Para alguns autores que, já na vigência da Constituição Federal de 1988, defendiam o posicionamento até então consagrado pelo STF, essa ideia estaria implícita no próprio texto constitucional, mais especificamente no Art. 105, III, “a”, que, ao menos para a finalidade ali especificada, equipara tratados e leis federais, conferindo a ambos a possibilidade de, quando violados pelas decisões recorridas, servirem como fundamento normativo para embasar Recurso Especial.

Um dos pontos que mais despertavam críticas a essa orientação pretoriana era o fato de que ela não distinguia os tratados comuns, ou seja, aqueles que dispunham acerca de questões comerciais ou congêneres, dos tratados sobre direitos humanos. Tanto assim que no HC 72.131/RJ, julgado em 22/11/1995, o STF, discutindo a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, entendeu que, por estar autorizada pela Constituição e se encontrar disciplinada na legislação infraconstitucional, essa modalidade de prisão por

dívidas seria viável em nossa ordem jurídica, mesmo sendo vedada pelo Pacto de San José da Costa Rica¹⁰.

Alegavam os críticos que o procedimento do STF desconsiderava completamente a relevância jurídica, política, histórica e filosófica que torna os tratados sobre direitos humanos instrumentos normativos peculiares e diferenciados em relação às demais normas internacionais. Argumentava-se que isso conflitaria com o espírito da própria Constituição Federal, que além de erigir a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Brasileiro (Art. 1º, III), possui no parágrafo 2º do Art. 5º uma verdadeira cláusula geral que abriria espaço normativo para a incorporação das disposições dos tratados sobre direitos humanos na condição de verdadeiras normas fundamentais.

Foram necessários muitos anos de debates até que a Suprema Corte finalmente revisse a sua posição, o que ocorreu no histórico RE 466.343, cujo julgamento foi concluído em 03 de dezembro de 2008. O caso concreto em discussão envolvia novamente a controvérsia existente acerca da possibilidade da prisão civil do depositário infiel à luz do Pacto de San José da Costa Rica. Desta vez, porém, seguindo o voto prevalente do Ministro Gilmar Mendes, o STF entendeu pela necessidade de superar a sua tradicional jurisprudência acerca da matéria, adequando o seu entendimento em razão dos novos paradigmas trazidos à nossa ordem constitucional pela EC nº 45/2004, bem como a peculiar natureza dos tratados sobre direitos humanos, unanimemente reconhecida pela doutrina internacionalista em nível global.

¹⁰ "Habeas corpus". Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel. - Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988. - Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no § 7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica. "Habeas corpus" indeferido, cassada a liminar concedida. (STF - HC: 72131 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 23/11/1995, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-08-2003.

Decidiu-se que os tratados sobre direitos humanos poderiam ter duas naturezas hierárquicas distintas a depender da forma pela qual foram incorporados ao ordenamento pátrio: possuem natureza de normas constitucionais, quando internalizados através do procedimento previsto no § 3º do Art. 5º da CRFB/88¹¹, e natureza infraconstitucional, porém supralegal nos demais casos. Forte nessas razões, por unanimidade o Pleno do STF concluiu pela vedação à prisão civil por dívida de alienação fiduciária em garantia, com fulcro no Art. 7º, parágrafo 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual deve prevalecer sobre as disposições de normas legais brasileiras em sentido contrário¹².

Em que pese seja inegável o histórico avanço representado por esse novo posicionamento, o Supremo perdeu uma excelente oportunidade de avançar ainda mais na matéria. A maior parte da doutrina internacionalista defende que o ideal seria reconhecer o caráter materialmente constitucional de tais tratados, independentemente do seu quórum de aprovação (tese defendida pelo Ministro Celso de Mello e que acabou derrotada). Sustenta-se, ademais, que a tese da supralegalidade simplesmente carece de base normativa e, na condição de um “meio termo” vacilante, contraria todas as teses clássicas formuladas acerca do tema¹³.

De fato, a desigualação de instrumentos internacionais cujo fundamento ético (e num certo sentido até mesmo jurídico, diríamos) é

¹¹ § 3º *Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.* (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹² PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentância da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF - RE: 466343 SP, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 03/12/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-06

¹³ Dentre outros, é como se posiciona Mazzuoli (2012, p. 386).

exatamente o mesmo¹⁴, além de indesejável por razões práticas, também não parece ser a melhor solução do ponto de vista de uma interpretação sistemática, que deve levar em consideração o ordenamento jurídico em sua integridade. Embora adequada no que tange às suas consequências práticas, a decisão do STF peca por permanecer atrelada ao dogma da supremacia formal absoluta da Constituição, como se esta fosse o único e definitivo fundamento de validade asseguradora da eficácia das disposições internacionais sobre direitos humanos no âmbito interno.

Em certos casos, é preciso superar os paradigmas de hierarquia formal no caso de antinomia aparente entre disposições normativas que, malgrado antagônicas semanticamente, convergem em seu aspecto teleológico protetivo da dignidade humana. Cremos esse desiderato pode ser alcançado através da utilização de uma forma reconfigurada do já célebre princípio internacional *pro homine*. No próximo tópico apresentaremos os fundamentos teóricos da nossa proposta para em seguida demonstrar a sua aplicabilidade prática.

373

5 O PRINCÍPIO INTERNACIONAL *PRO HOMINE* E O DIÁLOGO DAS FONTES COMO MÉTODO RESOLUTIVO DE ANTINOMIAS APARENTES

O secular debate acerca da relação existente entre normas internas e internacionais se concentrou basicamente em duas posições doutrinárias antagônicas, hoje de importância mais histórica e acadêmica do que prática¹⁵: o dualismo e o monismo, este último subdividido em uma vertente nacionalista e outra internacionalista. Em apertada síntese, a diferença entre essas duas

¹⁵ Como adverte Mazzuoli (2012, P.78), hodiernamente as teorias tradicionais que pretenderam responder essa questão se encontram ultrapassadas e as eventuais situações que envolvem o problema vêm sendo resolvidas por um viés mais pragmático, através de respostas concretas. Destaca, porém, que “notadamente na *era dos direitos humanos* que agora se atravessa, é possível agregar às doutrinas tradicionais (notadamente ao monismo), métodos mais aptos a resolver os problemas que a pós-modernidade apresenta”.

compreensões reside na compreensão do Direito internacional e dos direitos internos como ordens jurídicas distintas e separadas (posição dualista)¹⁶ ou como ramos diferentes de uma única ordem jurídica (posição monista)¹⁷.

Para os dualistas, a existência de hierarquia entre ordenamentos nacionais e o Direito das Gentes seria um falso problema. De fato, por serem simultaneamente válidas em âmbitos absolutamente autônomos e independentes, normas internas e internacionais jamais poderiam conflitar entre si (haveria uma impossibilidade absoluta da ocorrência de antinomias nesses casos), a perquirição acerca da existência de hierarquia entre elas seria tão ilógica quanto carente de qualquer utilidade. Já para os monistas, haveria prevalência das normas nacionais ou internacionais, a depender da vertente adotada, se nacionalista ou internacionalista, respectivamente.

O dualismo sempre foi objeto de muitas críticas, a maioria delas concernindo à compreensão de que seria possível uma cisão absoluta entre o Ordenamento Internacional e os ordenamentos internos, além da proposição segundo a qual duas normas antinômicas em absoluto podem ter a sua validade jurídica simultaneamente reconhecida (o que violaria, segundo os críticos, princípios fundamentais da Teoria Geral do Direito). Já as críticas ao monismo em suas duas vertentes estão mais relacionadas às consequências negativas dos postulados de cada uma delas, especialmente no âmbito de sua aplicação em matéria de direitos humanos e outras áreas sensíveis, que demandam a substituição da lógica da hegemonia hierárquica por modelos mais cooperativos.

¹⁷ Os adeptos do Monismo defendem que o Direito Internacional e o Direito interno são ramos distintos de um único sistema jurídico. Hans Kelsen (2009, p. 379) foi um dos precursores e maiores expoentes dessa doutrina, que tem a visão das normas internas e internacionais enquanto um todo unificado e sistematicamente organizado como um dos seus pilares. Segundo essa concepção, as normas de Direito internacional podem ser diretamente aplicadas no âmbito interno dos Estados, independentemente da observância de qualquer “procedimento de incorporação” previsto pelas legislações internas. Ademais, os monistas preconizam a objetividade das fontes do Direito, em contraposição ao voluntarismo (compreensão da vontade Estatal como única fonte produtora de normas jurídicas) inerente à doutrina dualista.

É justamente para suprir essa necessidade, dentre outras demandas, que Valério Mazzuoli elaborou a sua tese intitulada “Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes”¹⁸. Naquele trabalho, o autor realizou um amplo estudo acerca das relações entre o Direito Interno e o Direito Internacional, notadamente em matéria de direitos humanos. Após uma percuciente demonstração da insuficiência dos métodos hermenêuticos tradicionais para a solução dos conflitos normativos envolvendo tais ramos do saber jurídico, chegou a relevantes conclusões, dentre as quais destacamos uma: nas antinomias existentes entre normas de direito interno e normas internacionais protetivas de direitos humanos, deve-se adotar uma interpretação que integre as fontes normativas envolvidas (ao invés de excluir uma delas) para que prevaleça, dentre as possíveis soluções, aquela que seja mais favorável ao ser humano. Tal intento somente se revela viável através do diálogo das fontes normativas, o qual necessariamente deve levar em conta a sua dimensão substancial e protetiva dos direitos envolvidos¹⁹.

Frise-se que o princípio da norma mais favorável não significa a total abolição da noção de hierarquia entre normas em matéria de direitos humanos. A compreensão da superioridade de certas normas internacionais, enquanto verdadeiros preceitos imperativos ou *Jus Cogens*, permanece sendo como uma das mais importantes teses do universo jurídico contemporâneo. Entretanto, em matéria de direitos humanos, os modelos tradicionais de hierarquia não se mostram satisfatórios como critérios resolutivos de antinomias. Nesse tronco do ordenamento jurídico, nasce um novo modelo de justaposição de normas, caracterizado como “uma hierarquia de valores, ou

¹⁸ A versão revista da Tese deu origem ao livro “Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno”, publicado pela primeira vez em 2010, pela Editora Saraiva.

seja, substancial ou material, em contraposição à ultrapassada hierarquia meramente formal, de cunho intransigente” (Mazzuoli, 2010, p. 110).

Essa proposta foi denominada pelo seu autor de “Monismo Internacionalista Dialógico”, pois apesar de defender a supremacia das normas internacionais, utiliza o diálogo das fontes como mecanismos para que essa ascendência tenha um caráter substancial e axiológico, em vez de exclusivamente formal.

Fixadas tais premissas, partimos para a nossa proposta acerca do meio mais adequado se aplicar o princípio *pro homine* em casos concretos. Aqui, um dos desafios que se coloca é não permitir que a compreensão sobre qual das normas em conflito semântico é a mais favorável à pessoa humana possa variar exclusivamente ao alvedrio do intérprete.

Um caminho relativamente seguro para a consecução desse objetivo é aquele que se inicia com a identificação das funções eficaciais das normas envolvidas, para que depois se conclua qual enunciado, no caso concreto, terá melhores condições de atender às suas finalidades protetivas.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2010, p. 168-169). Identifica três espécies de funções da eficácia no plano da realização normativa. Cada uma delas identifica uma determinada forma de resguardo dos bens ou valores jurídicos que fundamentam as normas respectivas, são as funções de resguardo, de bloqueio e de programa.

Após identificada a função protetiva preponderante de cada uma das normas em conflito, passamos à análise de qual delas, diante das peculiaridades do caso concreto, possui melhores condições de realizar o seu escopo protetivo. Neste ponto duas situações podem se apresentar ao intérprete. A primeira delas ocorre quando, embora exista um conflito semântico entre proposições normativas, há convergência entre suas dimensões substancial e teleológica, hipótese em que deve ser dada prevalência, em princípio, àquela de caráter protetivo mais abrangente ou que

tenha melhores condições de realização do seu escopo protetivo diante das peculiaridades do caso concreto. Aqui o princípio *pro homine* estará realizando a função que denominamos de “resolutiva de antinomias aparentes”.

Caso a divergência diga respeito a dimensões teleológicas protetivas tanto direta como indiretamente de bens jurídicos distintos ou pertencentes a titulares diversos, o princípio *pro homine* não poderá ser apresentado como uma solução para o conflito, mas exercerá um importante papel prefacial na delimitação do alcance de proteção das normas envolvidas, o que facilitará a aplicação posterior da conhecida técnica da ponderação de interesses. Denominamos essa função alternativa de “delimitativa” ou “auxiliadora da ponderação”.

Interessante notar que a impossibilidade de o princípio *pro homine* resolver, por si só, os problemas ensejados por esse segundo grupo de casos leva importantes autores a questionarem até mesmo a sua utilidade concreta²⁰.

Entendemos como já mencionado acima, que mesmo nos casos em que a solução mediante a aferição da norma mais favorável à pessoa humana não se mostrar viável como método resolutivo, ela fornecerá importantes subsídios para que o intérprete possa aplicar outras técnicas de resolução, notadamente a ponderação de interesses.

Essa “função delimitativa” terá importante papel principalmente nos casos envolvendo antinomias complexas, quando pode ser mais conveniente ao intérprete/aplicador compreender o sentido substancial e o alcance teleológico de todo o complexo normativo envolvido no conflito “em bloco” (v.g. bloco de normas constitucionais de um lado e normas convencionais do outro), como etapa preambular à ponderação. O que se colocará como objetivo desta última é a interpretação mais favorável ao ser humano que

²⁰ É o caso de André de Carvalho Ramos (2016, p.151; 2017, p. 108/109).

possa resultar da análise global de cada um dos complexos normativos envolvidos.

6 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PRO HOMINE* ÀS ANTINOMIAS APARENTES ENVOLVENDO CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, NORMAS PROCESSUAIS PENAIS E O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

378 Neste momento do estudo apresentaremos exemplos concretos de aplicação da metodologia proposta envolvendo antinomias aparentes existentes entre normas constitucionais e legais brasileiras de um lado e dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos do outro. O primeiro caso a ser analisado é aquele que se tornou responsável pela já analisada “virada jurisprudencial” ocorrida no STF em 2008, ou seja, o aparente conflito existente entre o art. 7º, nº 7 do Pacto de San José da Costa Rica e o art. 5º, LXVII, da CRFB/88 e as normas infraconstitucionais que, encontrando fonte de legitimação neste último admitiam a prisão civil do depositário infiel.

Para compreendermos qual é a função eficaz da norma contida no art. 7, parágrafo sétimo, da Convenção Americana, precisamos entender a sua dimensão histórica, visto que ela reproduz um preceito milenar e tido por muitos como uma das maiores e mais importantes conquistas humanitárias da Civilização Ocidental: a vedação de que um ser humano possa ser preso com o fito de coerção para pagamento de seus débitos, como se o direito à liberdade e interesses meramente patrimoniais fossem bens jurídicos equiparáveis e intercambiáveis entre si²¹. Portanto, a sua função eficaz primária é o resguardo da liberdade humana, sendo esta um bem jurídico aprioristicamente mais valioso do que interesses meramente creditícios, sobre estes últimos devendo preponderar como regra geral.

²¹ É nesse sentido a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 57/58)

Por outro lado, a norma estabelecida pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal também possui a função eficaz de resguardo da liberdade humana como preponderante, o que se infere até mesmo pela sua posição no rol de direitos individuais elencados pela Carta Magna. Frise-se que essa é a única compreensão capaz de explicar por qual razão, mesmo entendendo que o Pacto de San José da Costa não possui natureza de norma constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu que ele foi capaz de, na condição de norma supralegal, subtrair validade e eficácia à previsão de prisão civil no caso do depositário infiel. Em outras palavras, como a CRFB/88 autoriza, porém não obriga a previsão do instituto da prisão civil do depositário infiel, o Pacto de San José, mesmo sendo norma hierarquicamente inferior, pôde “bloquear” essa eficácia autorizativa do dispositivo constitucional, invalidando as normas legais que instituíam essa modalidade de prisão civil.

Embora, por razões já explanadas, entendamos que o caminho argumentativo percorrido pelo STF não foi o mais adequado, a conclusão e suas repercussões práticas são irrepreensíveis. Isso porque como se tratam de duas normas protetivas do mesmo bem jurídico, a contrariedade semântica decorrente da ressalva feita pela norma constitucional quanto à sua não aplicação no caso do depositário infiel não se caracteriza, em verdade, como uma antinomia real, já que se deve privilegiar a dimensão teleológico-substancial de ambas. Nesse caso, evidentemente, a prevalência deve ser dada à norma de escopo protetivo mais abrangente, ou seja, àquela prevista pela Convenção.

A crítica que fazemos é quanto ao exame deficiente de certas nuances que a solução hierarquizante impediu que fossem melhor visualizadas, a exemplo dos casos de prisão de depositário infiel quando o direito discutido em juízo possui natureza alimentar. Entendemos que a prisão civil, neste caso, não viola o núcleo essencial nem da norma constitucional nem da norma do Pacto de San José, desde que passe pelo teste da ponderação, ou seja, mostre-se como

medida necessária, adequada e proporcional em sentido estrito para a proteção do bem pretendido, que neste caso será a própria subsistência do credor.

Raciocínio bastante semelhante pode ser aplicado à controvérsia envolvendo as normas brasileiras que dispõem acerca do foro por prerrogativa de função e o art. 8º, 2, “h” da Convenção Americana de Direitos Humanos²².

Podemos resumir o problema da seguinte forma: embora o referido dispositivo convencional consagre o direito ao duplo grau de jurisdição em matéria penal, sem estabelecer qualquer exceção expressa, no caso das ações penais para as quais a CRFB/88 estabelece competência para julgamento originária ao STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, havendo condenação estará completamente suprimido o direito do réu a recorrer a “juiz ou tribunal superior”.

A questão se torna ainda mais delicada no caso dos corréus que não ocupam cargos detentores de prerrogativa de função, mas que são julgados pelo STF em virtude das hipóteses de conexão e continência previstas nos arts. 76 e 77 do Código de Processo Penal. Isso porque, como o próprio STF entende que o Pacto de San José da Costa Rica possui natureza hierárquica supralegal, há quem defenda que seriam admissíveis as exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição previstas diretamente na Constituição Federal, porém jamais as estabelecidas exclusivamente pela legislação infraconstitucional, como é o caso das suprarreferidas hipóteses elencadas no Código de Processo Penal.

Essa matéria foi debatida na famosa Ação Penal 470²³, mas o STF manteve o seu entendimento tradicional, rejeitando a questão de ordem que solicitava a separação de processos para que os réus não detentores de foro por

²² Artigo 8º - *Garantias judiciais* (...) 2. *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.*

²³ Apenas três dos trinta e oito réus julgados naquele processo possuíam “foro privilegiado” na data do julgamento: os então deputados federais João Paulo Cunha (PT-SP), Pedro Henry (PP-MT) e Valdemar Costa Neto (PR-SP).

prerrogativa de função pudessem ser julgados por juízos de primeira instância. Os argumentos, entretanto, gravitaram basicamente em torno de referências à jurisprudência do Tribunal (mesmo jamais tendo sido examinada a controvérsia à luz do Pacto de San José) e à Súmula 704²⁴. O entendimento do Supremo discrepa por completo do esposado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que ao julgar o Caso Barreto Leiva, em novembro de 2009, entendeu que a República Bolivariana da Venezuela violou o Art. 8º, 2, “h” do Pacto de San José da Costa Rica em razão do julgamento originário pela Suprema Corte daquele país de um cidadão que não detinha foro por prerrogativa de função²⁵.

Entendemos que a contrariedade entre as normas definidoras do foro por prerrogativa de função e o direito ao duplo grau de jurisdição é apenas semântica, visto que as suas funções eficaciais primárias, de resguardo, coincidem em seu declarado objeto de proteção: o devido processo legal. No primeiro caso, busca-se preservar o cargo e o seu ocupante já que, supostamente, as instâncias judiciais inferiores estariam mais sujeitas a sofrer pressões externas, especialmente de natureza política, o que poderia comprometer não apenas o adequado exercício do cargo público, como até mesmo o direito do acusado a um julgamento imparcial²⁶. No caso do direito ao duplo grau de jurisdição, a função protetiva se manifesta na exigência, como regra, de uma vedação do julgamento em instância única, o que minora as possibilidades de erro judicial em prejuízo do réu. Essa convergência teleológica é uma das razões que levaram o julgamento penal originário pela Suprema Corte a ser uma das

²⁴ “Não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados”.

²⁵ A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi divulgada em 17 de novembro de 2009, reconhecendo grande parte das violações imputadas à República Bolivariana da Venezuela. Íntegra da decisão disponível em http://www.ic.gob.pe/corte_interamericana/seriec_206_esp.pdf. Acesso em 20/06/2014.

exceções expressamente previstas no Sistema Europeu de Direitos Humanos²⁷ à exigência do duplo grau de jurisdição.

Diante desse cenário, estamos de acordo com o posicionamento assumido pelo STF, embora, como expusemos, por razões completamente distintas daquelas apresentadas pelos Ministros na Ação Penal 470. Uma advertência, porém, necessita ser feita. Em matéria de controle de convencionalidade, quando o parâmetro de controle é o Pacto de São José da Costa Rica, nos termos do próprio tratado, a última palavra deve ser dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a sua intérprete por excelência. Na concretização dos direitos humanos e fundamentais, o diálogo das cortes é tão importante quanto o diálogo das fontes normativas. E nesse campo ainda há muito a se avançar.

Por fim, passamos ao exame da alegada contrariedade ao princípio da legalidade, à competência privativa da União para legislar sobre matéria processual e ao princípio da separação dos poderes que, segundo alguns, representaria a regulamentação direta, por atos infralegais expedidos por tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça, do disposto no Artigo 7º, parágrafo 5º, do Pacto de San José da Costa Rica²⁸. Como cediço, o referido dispositivo convencional estabelece a realização das chamadas “audiências de custódia” como um direito de todos os presos em flagrante delito, sendo evidente a sua função eficaz primária de resguardo do direito à liberdade do investigado e do devido processo legal.

²⁷ Mais especificamente no Art. 2º, 2, do Protocolo nº 7 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Se por um lado não existe vinculação necessária entre as normas de sistemas de proteção regional distintos, por outro não se pode negar o importante papel interpretativo que tais instrumentos podem exercer uns em relação aos outros. Esse diálogo entre fontes normativas de sistemas distintos é um instrumento imprescindível na concretização do princípio da universalidade em matéria de direitos humanos.

²⁸ “*Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo*”.

Apesar disso, foram necessárias constrangedoras duas décadas desde a ratificação da Convenção Americana para que a norma em questão começasse a ser concretizada pelo Estado Brasileiro. Malgrado tramite no Congresso o PL 554/2011, que pretende regulamentar a matéria, esse processo de efetivação somente foi instaurado por iniciativa de alguns tribunais que, incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça, passaram a disciplinar as audiências de custódia por meio de provimentos administrativos e resoluções. Em 15/12/2015, o próprio CNJ publicou a Resolução n° 213, destinada a regulamentar as audiências de custódia em âmbito nacional²⁹. O ato entrou em vigor no dia 01/02/2016.

Ao julgar uma ADI³⁰ proposta em face de um desses atos infralegais, o STF rechaçou a alegação de inconstitucionalidade, sob o fundamento principal de que, como a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia está prevista no Pacto de São José, norma de hierarquia supralegal que sustou a eficácia de todos os dispositivos legais com ele incompatíveis, as resoluções dos tribunais não inovaram na ordem jurídica, o que torna insubsistente as alegações de violação ao princípio da legalidade.

Entendemos que, ainda que se pudesse contornar esse relevante argumento, as conclusões do STF deveriam ser mantidas, visto que as funções eficaciais de todas as normas tidas por violadas (princípios da legalidade e da separação de poderes, limites de competência em matéria processual penal etc.) convergem na tarefa de proteger o cidadão do arbítrio e da possibilidade de abuso do poder estatal. Com efeito, a função eficaz dos

383

²⁹ Conforme o art. 1° daquele ato normativo: Art. 1° Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

³⁰ ADI n° 5240, ajuizada em face do Provimento Conjunto n° 03/2015, que foi editado para regulamentar as audiências de custódia no âmbito dos juízos subordinados ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

princípios constitucionais limitadores do poder estatal, em regra, possui natureza de bloqueio com relação às condutas implícita ou explicitamente vedadas e de resguardo no que toca a certos direitos e garantias fundamentais do cidadão. A liberdade ambulatorial, por óbvio, é um dos bens jurídicos defendidos pela dimensão teleológico-substancial dessas normas, sendo esta a mesma liberdade que a Convenção Americana buscou preservar ao instituir a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, cuja finalidade precípua é a de evitar que prisões desnecessárias se prolonguem no tempo.

Diante desse contexto, forçoso concluir que, como não há contrariedade teleológico-substancial entre tais dispositivos internos e a determinação do Pacto de San José que consagra a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, a norma que deve prevalecer é aquela que melhor realiza o seu escopo protetivo em cada situação concreta.

E no presente caso, até por se tratar de dispositivo mais específico e ampliador do rol de garantias fundamentais do cidadão, é inequívoco que a norma convencional é a que deve preponderar, ainda que fossem superados todos os demais fortes argumentos que sustentam essa posição.

Tanto neste como nos demais casos examinados no presente trabalho, constata-se que não existe conflito normativo real, mas tão somente uma contrariedade aparente entre enunciados semânticos, sanável através da definição do sentido substancial das normas envolvidas, prevalecendo aquela que melhor atende a esse propósito comum, sempre se levando em consideração as peculiaridades de cada situação concreta.

Cabe destacar, por fim, que a celeuma foi definitivamente resolvida com a edição da Lei n° 13.964, de 24 de dezembro de 2019, a qual, dentre diversas outras disposições, positivou no Código de Processo Penal a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia. A questão permanece como um registro histórico de mais uma antinomia aparente que

poderia ser solucionada através da aplicação do diálogo das fontes e do princípio *pro homine*.

7 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PRO HOMINE* ÀS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E O DIREITO INTERNO

Najla Nassif Palma identifica três posições firmadas a respeito das relações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário: “doutrina integracionista”, que defende a fusão entre os dois ramos, “doutrina separatista”, que condena qualquer justaposição entre DIDH e DIH, e “doutrina complementarista”, que “embora defenda a distinção entre o DIH e o DIDH pelas suas lógicas e princípios diferenciados, admite pontos de contato entre os dois ramos do Direito, os quais devem se completar a fim de proporcionar uma proteção mais abrangente ao indivíduo” (2008, p. 27).

Importante destacar que não se trata de uma discussão exclusivamente teórica, visto que, a depender da posição adotada, relevantes consequências práticas exsurtem quanto à aplicabilidade das normas de Direito Humanitário no Brasil. Caso se entenda que os tratados de DIH são normas sobre direitos humanos, conclui-se que podem ingressar no ordenamento brasileiro como normas constitucionais, caso passem pelo procedimento definido e, nos demais casos, o seu ingresso se dará na condição de normas infraconstitucionais, porém dotadas de suprallegalidade, na forma da multicitada jurisprudência do STF.

O tema é complexo e repleto de nuances, porém defendemos que a aplicação do princípio *pro homine* pode funcionar como uma ferramenta importante na solução de problemas concretos que surjam de aplicação simultânea de normas do DIDH, do DIH e do Direito interno, sem que necessariamente seja preciso recorrer ao tradicional critério hierárquico.

Na seara penal militar, há muitos potenciais conflitos desse tipo, já que, em que pese seja signatário das Convenções de Genebra de 1949 há mais de seis décadas e tenha ratificado também o Estatuto de Roma, o Brasil ainda não cumpriu a obrigação de positivizar os crimes de guerra em seu ordenamento interno.

Desta forma, é natural o surgimento de antinomias aparentes entre o Direito Penal Militar, notadamente quanto aos crimes militares em tempo de guerra, e as disposições das Convenções de Genebra, como decorrência da própria diferença de propósitos entre esses dois sistemas normativos.

As normas internas que instituem os crimes militares em tempo de guerra buscam especialmente resguardar a integridade e a capacidade operacional das forças militares em combate, ao passo em que o escopo protetivo primordial das normas do Direito Humanitário, ao menos na vertente do Direito de Genebra, abrange justamente aqueles que se enquadram no conceito de pessoas fora de combate, tais como os civis que não tomam parte nas hostilidades, os feridos e os prisioneiros de guerra.

Um exemplo claro disso é o art. 395 do Código Penal Militar, que criminaliza a conduta do prisioneiro de guerra que, após se evadir, volta a tomar parte nas hostilidades contra o Brasil ou Estado aliado. Em que pese o próprio parágrafo único do dispositivo em questão disponha que em sua aplicação deverão ser considerados os tratados e as convenções internacionais incorporados pelo Brasil relativamente ao tratamento dos prisioneiros de guerra, é manifesto o seu confronto com o que dispõe o art. 91 da III Convenção de Genebra, o qual prescreve que os prisioneiros de guerra que conseguirem se evadir e forem novamente capturados não serão punidos por sua evasão anterior.

Poder-se-ia objetar que o dispositivo legal em questão não tipifica como crime a evasão em si, mas sim a conduta do fugitivo que volta a pegar em armas contra o Brasil ou país aliado em tempo de guerra. Ocorre que esse

argumento não convence. Primeiramente porque a evasão em si mesma é uma das elementares do tipo penal. Em segundo lugar, mesmo que assim não fosse, punir um combatente tão somente por haver tomado parte nas hostilidades também contraria a Terceira Convenção de Genebra.

Pensamos que esse aparente conflito pode ser solucionado através do princípio *pro homine*, independentemente de considerações a respeito do *status* hierárquico com o qual teriam sido incorporadas as Convenções de Genebra pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Embora, como visto, os propósitos normativos dos crimes militares em tempo de guerra sejam muito diferentes daqueles que regem o Direito Humanitário, o parágrafo único do art. 395 do CPM funciona como o que denominamos no presente estudo de “cláusula de diálogo” ou “cláusula de abertura”, estabelecendo uma função de resguardo com relação aos direitos dos prisioneiros de guerra reconhecidos em normas internacionais.

Desta forma, aqui não importa perquirir qual das duas normas possui hierarquia superior (critério hierárquico), é mais recente (critério temporal) ou mesmo mais específica (critério da especialidade), mas sim qual delas realiza melhor o seu escopo protetivo. E, sem dúvidas, o art. 91 da Terceira Convenção de Genebra defere proteção maior aos prisioneiros de guerra, devendo prevalecer em relação à disposição do art. 395 do Código Penal Militar, considerando-se, por conseguinte, formal e materialmente atípica a conduta nele descrita.

Aplica-se aqui o que o STF denominou de “eficácia paralisante” da norma internacional. É dizer, enquanto o Brasil for signatário das Convenções de Genebra de 1949, o tipo penal previsto no art. 395 não subsistirá, para qualquer efeito. Veja-se que o método dialógico permite que cheguemos a essa conclusão, independentemente da avaliação de eventual existência de hierarquia entre a referida norma internacional e o Código Penal Militar.

Perceba-se, ainda, que a aplicação dos métodos tradicionais, a depender da teoria adotada, poderia levar a uma situação de notável insegurança jurídica. Caso se entenda, na linha da doutrina separatista, que os tratados do Direito Humanitário não são, tecnicamente, normas sobre direitos humanos, uma das consequências dessa compreensão seria a conclusão de inexistência de hierarquia entre tais tratados e as leis ordinárias brasileiras, forma com a qual o Código Penal Militar foi recepcionado pela CRFB/88. Diante disso, surgiria a dúvida sobre qual critério aplicar, o cronológico, já que o CPM, publicado em 1969, é posterior às 3ª Convenção de Genebra, incorporada pelo Brasil em 1957, ou o critério da especialidade, visto que a norma convencional é mais específica no tocante ao tratamento que deve ser dispensado aos prisioneiros de guerra.

388 Convém destacar, por fim, que, ante as premissas postas nos tópicos anteriores, o método do diálogo das fontes com a prevalência da norma mais favorável se torna possível, neste caso, ante a presença da cláusula de abertura contida no parágrafo único do dispositivo legal. Se essa cláusula não existisse, ante a divergência de objetivos entre o caput do art. 395 do CPM e as disposições da 3ª Convenção de Genebra, caberia ao intérprete buscar uma solução através de outras técnicas.

8 CONCLUSÃO

Antes vistos como realidades normativas autônomas, atuantes em âmbitos de validade dissociados, os diferentes ramos do Direito Internacional e o Direito interno cada vez mais passam a ser compreendidos como inseparáveis aliados na concretização dos direitos mais básicos da pessoa humana.

Essa realidade se reflete na multiplicação das chamadas “cláusulas de abertura” em instrumentos internacionais protetivos dos direitos humanos,

tendo como principal desiderato impedir que critérios formalistas de interpretação reduzam o nível de proteção assegurado à pessoa humana, garantindo-se que as únicas interpretações possíveis dessas normas são aquelas que ampliam e fortalecem os direitos nelas consagrados, jamais aquelas que os restrinjam ou diminuam.

Há diversos exemplos dessas cláusulas de abertura espalhados pelo ordenamento jurídico, tanto em normas internacionais, como é o caso do art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como em normas internas, v.g., o art. 5º, § 2º, da CRFB/88 e até mesmo o art. 395, parágrafo único, do Código Penal Militar.

As contribuições teóricas trazidas pelo Monismo Internacionalista Dialógico fornecem importantes subsídios analíticos para que sejam estabelecidas as consequências teóricas e práticas dessas mudanças.

Essa revolução paradigmática não é possível sem uma profunda revisão dos métodos tradicionais para a resolução de antinomias. Sendo certo que a conveniência de se recorrer ao critério hierárquico e demais critérios tradicionais permanece intacta em determinadas situações, não é menos verdadeiro que isso não se aplica quando estão em jogo normas que envolvem a proteção de direitos humanos e/ou fundamentais em ambos os polos antinômicos.

É nesse contexto que adquire importância ímpar a aplicação do princípio *pro homine* como um substitutivo dos critérios formalistas em tais situações. Conforme propusemos, a definição de qual norma é a mais favorável ao ser humano deve ser precedida de uma análise das suas funções eficaciais, de modo a se verificar o quanto se aproximam ou distanciam do sentido teleológico dos enunciados semanticamente antagônicos.

Em casos nos quais os objetos de proteção são completamente distintos, faz-se necessário a aplicação de técnicas específicas, a exemplo da ponderação de interesses, e a contribuição do princípio *pro homine* limitar-se-

á à sua função delimitativa do significado e alcance teleológico das proposições normativas conflitantes.

Quando, porém, concluir-se pela aproximação de sentidos protetivos, passa-se à fase seguinte, consubstanciada nas considerações acerca de qual norma, nas circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, melhor protege o ser humano. Nessa hipótese o princípio em questão estará exercendo a sua função resolutiva de antinomias, as quais, em verdade, são meras antinomias aparentes, visto que nelas a contrariedade normativa se restringe exclusivamente ao campo semântico.

390 Analisando o histórico da jurisprudência do STF, concluiu-se ter sido um inegável avanço o acolhimento por aquela Corte da tese que defende a natureza supralegal dos tratados sobre direitos humanos não incorporados ao ordenamento com *status* de emendas constitucionais. Tal concepção, entretanto, não responde satisfatoriamente a todos os problemas suscitados pela atual fase da relação entre direitos humanos e fundamentais. Isso porque, embora confira importância à dimensão substancial dessas normas para a definição da sua hierarquia formal, continua dependendo desta última como um critério inflexível, abstrato, e, portanto, inadequado para a solução de antinomias nas quais o aspecto mais controverso reside não no plano dogmático-formal, mas sim no plano axiológico e substancial. Reputamos fundamental que a noção de hierarquia formal seja complementada e, em certos casos, relativizada pelo princípio da norma mais favorável, consagrando a supremacia do substancial sobre o formal quando o conflito semântico ocorrer entre normas de escopos protetivos convergentes.

No presente trabalho, aplicamos essas conclusões teóricas a situações práticas envolvendo conflitos ou antinomias aparentes envolvendo de um lado normas internas e de outro normas oriundas não apenas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também de outros

relevantes ramos do Direito Internacional Público, a exemplo do Direito Internacional Humanitário.

Conforme exposto na análise dessas situações, em cada caso concreto o exame das nuances e circunstâncias específicas, tanto fáticas como normativas, é fundamental para o estabelecimento de qual norma ou conjunto normativo deve prevalecer à luz do princípio *pro homine*.

Trata-se de uma forma de interpretação e aplicação do Direito que, ao lado de outras técnicas, pode colaborar decisivamente para, relativizando o outrora absoluto império da hierarquia formal, consagrar uma nova noção de hierarquia, na qual a dimensão substantiva da norma valha mais que a sua origem ou *status* formal.

O princípio *pro homine* e o necessário diálogo das fontes resultante da sua aplicação, se bem utilizados, podem funcionar como mais um importante instrumento não apenas de harmonização da interpretação e da aplicação de sistemas normativos distintos, mas também de maximização da efetividade dessas diversas ordens jurídicas, na consecução de objetivos comuns.

Como toda revolução paradigmática, isso inclui relativizar certas noções enraizadas na doutrina e na jurisprudência clássicas, superando-se o apego aos critérios formalistas, compreendendo-se definitivamente a sua inadequação para resolver casos como os analisados neste estudo.

A interpretação dialógica e a “hierarquia substancial” apontam para um novo horizonte de compreensões, que podem levar a respostas mais completas e coerentes a problemas cada vez mais cotidianos com os quais se deparam os intérpretes e aplicadores do Direito, envolvendo a aplicação simultânea de normas de distintas ordens jurídicas, porém igualmente aplicáveis ao caso concreto analisado.

Na esfera penal, a aplicação adequada dessas ferramentas possibilita não apenas a maximização das garantias processuais do acusado, mas

também uma melhor delimitação do alcance das normas materiais, evitando soluções incoerentes, como a criminalização no âmbito interno de um ordenamento jurídico de condutas inseridas no escopo de normas protetivas no plano internacional.

O diálogo das fontes normativas, com a aplicação do princípio *pro homine*, mostra-se capaz de resolver questões que podem constituir verdadeiros impasses ou aporias caso o intérprete ou aplicador se prenda exclusivamente aos métodos interpretativos tradicionais. Trata-se de uma ferramenta a mais para a concretização de um objetivo comum às mais diversas ordens jurídicas que normatizam o nosso cotidiano: maximizar a proteção da dignidade humana, o elemento estruturante e justificante da própria ideia de Direito.

392

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1.992. Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Diário Oficial da União*, Brasília, 25 set. 1992.

BRASIL. *Human Rights Education Associates*. O sistema dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Disponível em: http://www.hrea.org/index.php?doc_id=439. Acesso em: 01 maio 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Autor: Ministério Público Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. *DJe-096* DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54. Autor: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 12 de abril de 2012. ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 8004 SE. Recorrente: Belmiro da Silveira Góes. Recorrido: Sebastião Leão Trindade. Relator: Min. Xavier de Albuquerque. Brasília, 1º de Junho de 1977. *DJ 29-12-1977* PP-09433 DJ 19-05-1978 PP-03468 EMENT VOL-01083-02 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 466.343-1*. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, 22 de novembro de 2006. Informativo do STF nº 449. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 16 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AP 470. Réus: José Dirceu de Oliveira e Silva, José Genoíno Neto, Delúbio Soares de Castro, Marcos Valério Fernandes de Souza e outros (34). Autor: Ministério Público Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 17/12/2012. *Diário de Justiça de 22/04/2013*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/ap470/InteiroTeo/portal/ap470/InteiroTeo>. Acesso em: 14 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC: 79785 RJ. Recorrente: Jorgina Maria de Freitas Fernandes. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, 15/08/2000. *Diário de Justiça de 30/08/2000*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR no AI 51304. Agravante: Dora Cavalcanti Cordani e outros. Agravados: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Carlos Velloso, Brasília, 22/02/2005. *Diário de Justiça de 08/04/2005*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Acesso em: 15 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 601832 SP. Agravante: Casem Mazloum e outros. Agravados: Ministério Público Federal. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, 17/03/2009. *Diário de Justiça de 02/04/2009*. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4043109/agregno-agravo-de-instrumento-ai-601832-sp>. Acesso em: 15 dez. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos direitos humanos. *In: Arquivos do Ministério da Justiça*, Ano 46, n° 12, jul/dez. 1993.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. V. 3. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Luiz Flávio & MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. Coleção Ciências Criminais, V, 4.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006..

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (coordenadores), Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*, São Paulo: RT, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais de Direitos Humanos e Direito Interno*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Curso de Direito Internacional Público.
6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007,

OLIVEIRA, Eugênio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PALMA, Najla Nassif. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2008.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad; 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

RIBEIRO, Patrícia Henriques. *As relações entre o Direito internacional e o Direito interno: conflito entre o Ordenamento brasileiro e normas do MERCOSUL*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Valor de alçada e limitação ao duplo grau de jurisdição: problematização em nível constitucional, à luz de um conceito material de direito fundamentais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, 1996; n. 66, p. 85-129.

A atribuição eleitoral do Ministério Público Militar

Cícero Robson Coimbra Neves

Mestre e doutorando em Direito pela
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Promotor de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3525261227099733>

E-mail: coimbra.neves@mpm.mp.br

3º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2023

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente trabalho sustenta a possibilidade de haver atribuição eleitoral para o MPM, como reflexo do controle externo da atividade policial, quando as Forças Armadas forem empregadas em operações de garantia da votação e da apuração. Excluem-se, todavia, outras atribuições eleitorais, como as referentes às ações perante a Justiça Eleitoral e à persecução de crimes eleitorais que aparentemente firam bens jurídico-penais militares, sob a premissa, nesse caso, da inexistência de crimes militares extravagantes eleitorais. Como medida de implemento dessa atribuição, sugere-se que seja exigido o Direito Eleitoral no concurso de ingresso para a carreira de membro do Ministério Público Militar e que haja uma revisão da norma reitora que trata do “Ministério Público Eleitoral”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Eleitoral; Controle Externo da Atividade Policial; Ministério Público Militar.

ENGLISH

TITLE: The electoral attribution of the Military Public Ministry.

ABSTRACT: The present work supports the possibility of having electoral attribution to the Military Public Prosecutor's Office when the Armed Forces are employed in operations to guarantee voting and counting, such as the

external control of police activity. However, other electoral attributions are excluded, such as those referring to actions before the Electoral Justice and the prosecution of electoral crimes that harm military legal and criminal assets, under the premise, in this case, of the absence of electoral military crimes. As a measure to implement this attribution, it is suggested that Electoral Law be required in the entrance exam for the career of a member of the Military Public Ministry and that there be a revision of the governing norm that deals with the “Electoral Public Ministry”.

KEYWORDS: Electoral Law; External Control of Police Activity; Military Public Prosecutor.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O “Ministério Público Eleitoral” e suas atribuições – 3 A (im)possibilidade de crime militar eleitoral – 4 Convocação das Forças Armadas para as eleições: operações de garantia da votação e da apuração – 5 5 Controle Externo da Atividade Policial– 6 Efetiva atuação do Ministério Público Militar nas eleições e proposta de medidas de reforço a essa atuação – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Convencionou-se chamar “Garantia da Votação e da Apuração” (GVA) o emprego das Forças Armadas para assegurar a tranquilidade da votação e da apuração dos votos no período eleitoral, quando, notadamente, há uma atuação subsidiária das Forças, em que está presente o exercício de poder de polícia.

Justamente por exercer poder de polícia, referidas Forças Militares sujeitam-se a controle externo pelo Ministério Público, nos termos do art. 129, VII, da Constituição Federal (1988), que, em princípio, caberia a seu ramo especializado, o Ministério Público Militar.

Ocorre que o *Parquet Milicien* não tem sido acionado para compor a atuação dos ramos do Ministério Público no referido período,

em uma equivocada compreensão de que tal controle estaria na abrangência do “Ministério Público Eleitoral”, o qual sequer possui definição legal – como se demonstrará –, mas que apenas significa a comunhão de normas de regência sob o signo de “funções eleitorais”, sem se constituir um ramo destacado do Ministério Público.

Nesta ausência legal é que se entende poder haver a construção de uma teoria que reforce a atuação eleitoral, não contenciosa, de controle das Forças Armadas nas eleições, cuja atribuição seria do Ministério Público Militar.

Essa ampliação de atribuições conhecidas hoje é justificada ao se enxergar a fiscalização proposta como inserta em uma zona de intersecção de controle externo da atividade policial, contribuindo, inevitavelmente, para o fortalecimento do mencionado ramo especializado do Ministério Público da União.

2 O “MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL” E SUAS ATRIBUIÇÕES

O art. 128 da Constituição Federal é claro em seu desenho do Ministério Público Brasileiro, dividindo-o em Ministério Público da União, que compreende os Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar, do Distrito Federal e Territórios, somando a esses os Ministérios Públicos dos estados. Já o art. 130 faz menção ao Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, para garantir aos seus membros as mesmas disposições pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura dos demais ramos.

Portanto, e cedendo a palavra a Vasconcelos e Silva (2020, p. 107), na estrutura atual, “não há um Ministério Público Eleitoral de carreira e quadro institucional próprio, como ocorre com o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público Militar”.

O delineamento do “Ministério Público Eleitoral” está, em verdade, em norma infraconstitucional, particularmente nos artigos 72 a 80 da Lei Complementar n. 75/93 (Brasil, 1993a), que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

É preciso que se entenda que essa Lei Complementar possui uma “Parte Geral” aplicada a todos os ramos do Ministério Público da União (que seria, em princípio, do art. 1º até o art. 36) e, em sequência, dispositivos seccionados destinados a reger cada ramo do Ministério Público da União – embora essa divisão não seja absolutamente estanque.

Os indicados artigos 72 a 80, nesse contexto e em específica previsão, não seriam aplicados a todos os ramos, mas apenas ao Ministério Público Federal. Já na seção inaugurada pelo art. 72, a Seção X, lê-se “Das Funções Eleitorais do Ministério Público Federal” e, frise-se, nem aqui se constitui um “Ministério Público Eleitoral”, mas, sim, uma “função eleitoral” do Ministério Público.

Mesmo nesse intervalo de artigos a disciplina não é exclusiva para o Ministério Público Federal, pois essa presumida regra é excepcionada no art. 79, quando dispõe que o “Promotor Eleitoral será o membro do Ministério Público local que officie junto ao Juízo incumbido do serviço eleitoral de cada Zona”. Em outros termos, a Lei Complementar, que trata dos ramos do Ministério Público da União, em dispositivos que seriam específicos do Ministério Público Federal, traz disciplina para os Ministérios Públicos estaduais, excepcionando, como dito acima, a regra de que o intervalo – arts. 72 a 80 da Lei Complementar – seriam exclusivamente destinados ao Ministério Público Federal.

A Lei Complementar, ainda, em seu art. 75, dispõe que o “Procurador Geral Eleitoral” é o Procurador-Geral da República, que teria a atuação em causas perante o Tribunal Superior Eleitoral, enquanto a atuação nas causas junto aos Tribunais Regionais Eleitorais fica a cargo dos

“Procuradores Regionais Eleitorais”, designados entre os Procuradores Regionais da República – e, onde não houver, entre os Procuradores da República vitalícios – pelo Procurador-Geral Eleitoral, para um mandato de 2 anos, com a possibilidade de uma recondução.¹

Para complementar o desenho desse “Ministério Público Eleitoral”, o “Promotor Eleitoral” exerce suas atribuições perante os juízes e juntas eleitorais (art. 75), ecoando o que dispõe a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Brasil, 1993b), no inciso III do art. 32, segundo o qual, além de “outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições”:

III - oficiar perante a Justiça Eleitoral de primeira instância, com as atribuições do Ministério Público Eleitoral previstas na Lei Orgânica do Ministério Público da União que forem pertinentes, além de outras estabelecidas na legislação eleitoral e partidária.

401

Os critérios para a designação do “Promotor Eleitoral” são pormenorizados pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 30 (Brasil, 2008), que tem a pretensão de unificar os parâmetros entre os ramos. A necessidade advém justamente da natureza complexa dessa designação.

Delineada a estrutura, é preciso igualmente identificar quais seriam as atribuições do “Ministério Público Eleitoral” e, nesse propósito, importantes as lições de Rodrigo Lopes Zílio (2022, p. 65), destacando, primeiro que o Ministério Público “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, com a incumbência da defesa do regime democrático, revelando-se, neste ponto, sua legitimidade para atuar em todos os feitos eleitorais”.

¹ Tais procedimentos já foram reputados como constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.802/DF (Brasil, 2016).

Prossegue o autor (*Idem. Ibidem*), indicando que, “embora não haja referência expressa ao Ministério Público Eleitoral na Constituição de 1988, sua legitimidade em matéria eleitoral resta assentada no *caput* do art. 127 da CF” e esclarece:

Pela incumbência de proteção da ordem jurídica e do regime democrático, o Ministério Público Eleitoral sempre tem participação em matéria eleitoral – seja de jurisdição voluntária ou contenciosa, seja como autor da ação ou, quando não for autor, necessariamente como *custus legis* (*Idem. Ibidem*).

Finalmente, o autor esmiuça o tema esclarecendo que Ainda é necessário delinear que a “amplitude da intervenção do Ministério Público em matéria eleitoral é dada pelo art. 127, *caput*, da CF e, em nível infraconstitucional, pelo art. 72 da LC nº 75/93”, que prevê sua atuação “*em todas as fases e instâncias do processo eleitoral*”, sentenciando, ao fim.

Por conseguinte, não se concebe a existência de processo eleitoral (judicial ou administrativo) sem a participação do Ministério Público sob pena de nulidade, porquanto a proteção da isonomia entre os candidatos e da legitimidade do pleito é o escopo de atuação dessa instituição (*Idem. Ibidem*).

Destaque-se das palavras do autor, assim, que pode ser identificada em matéria eleitoral uma atuação judicial e outra administrativa (alistamento eleitoral, nomeação de mesários, designação de local de votação, diplomação, conforme, ainda, definição de Vasconcelos; Silva, 2020, p. 611).

Resta tentar detalhar um pouco essas realidades, o que não é tarefa fácil.

Inicie-se pela atribuição judicial especificamente contenciosa, a qual também não tem concepção pacífica, porquanto possui interpretações ampla e restrita. Sob uma ótica restrita, que se mostra mais interessante à discussão em curso, o contencioso judicial eleitoral coincide com uma “pluralidade de demandas processuais cujo objeto é o indeferimento do registro de candidatura ou a desconstituição do mandato eletivo” (Zílio, 2022, p. 611).

Trata-se de ações cíveis eleitorais, conhecidas como “ações cassatórias”, “que se preocupam com os elementos de referência do processo eleitoral, ou seja, o registro e o próprio mandato (ou diploma). São ações que visam a apuração de ilícitos eleitorais, ou seja, “os atos de abuso, corrupção, fraude, falsidade ou coação, revelando-se possível o combate a tais atos por um diversificado espectro de ações civis eleitorais, que possuem requisitos e consequências jurídicas próprias” (*Idem. Ibidem*).

Exemplificativamente, pelo art. 3º da Lei Complementar n. 64/90, conhecida como “Lei da Inelegibilidade” (Brasil, 1990), a chamada “Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura” poderá ser aforada pelo Ministério Público – além de qualquer candidato, partido político ou coligação – por petição fundamentada e no prazo de 5 dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato. A petição deve ser apresentada perante a Justiça Eleitoral, conforme a circunscrição do pleito (art. 2º), ou seja, perante o Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de candidato a Presidente ou Vice-Presidente da República; perante os Tribunais Regionais Eleitorais, quando se tratar de candidato a Senador, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital; perante os Juízes Eleitorais, quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador.

Para chegar a elementos pré-processuais que possam auxiliar o membro do Ministério Público a formar sua opinião para o ajuizamento de uma “ação cassatória”, lança-se mão de procedimento apuratório que não possui regulamentação em lei, mas em norma do próprio Ministério Público, a saber, a Portaria PGR/PGE n. 001/2019 (Brasil, 2019a), cujos artigos 58 a 65 tratam do Procedimento Preparatório Eleitoral.

A Portaria traz também outros procedimentos, a exemplo do Procedimento Investigatório Criminal (arts. 66 a 77) e do Procedimento Administrativo (arts. 78 a 82), o primeiro para a reunião de elementos de

informação de crimes eleitorais e o segundo consistente em um instrumento destinado a viabilizar toda a atividade-fim do “Ministério Público Eleitoral”, sem um escopo apuratório de ilícito, como no caso de “acompanhar a situação das seções eleitorais em relação à acessibilidade dos locais de votação” (Zílio, 2022, p. 69).

Quanto à atuação em crime eleitoral, ela será perante o juiz eleitoral, nos termos do inciso II do art. 35 do Código Eleitoral, mas é necessário ter o cuidado de observar os casos de foro especial por prerrogativa de função.

A atuação será no Supremo Tribunal Federal em casos da prática de crime eleitoral pelo Presidente da República, pelo Vice-Presidente, por membros do Congresso Nacional, pelos próprios Ministros do Supremo Tribunal Federal e pelo Procurador-Geral da República, conforme art. 102, I, “b”, da CF, e também pelos Ministros de Estado, pelos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, pelos membros dos Tribunais Superiores, pelos do Tribunal de Contas da União e pelos chefes de missão diplomática de caráter permanente, conforme art. 102, I, “c”, da CF.

No Superior Tribunal de Justiça será a atuação ministerial quando houver crime eleitoral por governador de Estados e do Distrito Federal, Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, dos Tribunais Regionais (Federais, Eleitorais e do Trabalho), membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e dos Ministérios Públicos da União que oficiarem perante os Tribunais.

No cometimento de crime eleitoral por prefeito ou membro do Ministério Público que não officie perante Tribunal, a competência para

processar e julgar o crime eleitoral será do Tribunal Regional Eleitoral, onde se dará a atuação do “Ministério Público Eleitoral”.

3 A (IM)POSSIBILIDADE DE CRIME MILITAR ELEITORAL

Como se indicou acima, uma das possibilidades de atuação do Ministério Público ligada às eleições tem mote criminal, notadamente nos crimes eleitorais, devendo-se observar as situações de foro especial por prerrogativa de função, como também já elucidado.

Em uma abordagem tradicional, os crimes eleitorais em nada se aproximariam de crimes militares, já que essas infrações penais preencheriam universos sem comunicação e com competência de julgamento de duas justiças especializadas nos termos constitucionais.

Os crimes militares possuem bens jurídicos bem delineados pelo Código Penal Militar (CPM) (Brasil, 1969), evidentemente, a hierarquia e a disciplina, mas não apenas elas, havendo outros, como:

[...] a neutralidade política, o dever militar, o serviço militar, a coesão da tropa etc., que merecem a proteção do sistema criminal castrense e seria muita presunção tentar resumir, no presente tópico, toda a realidade fática da vida militar que é abarcada pelo referido sistema (Lacava Filho, 2019).

Os crimes eleitorais, por seu turno, são “ações ou omissões humanas, sancionadas penalmente, que atentem contra os bens jurídicos expressos no exercício dos direitos políticos e na legitimidade e regularidade dos pleitos eleitorais” (Vasconcelos; Silva, 2020, p. 339).

São, em outros termos, transgressões à ordem eleitoral, como regra – mas não apenas – no transcurso do processo eleitoral, sancionados com a reprimenda penal. Essas infrações penais, os crimes eleitorais, conhecem tipificação em vários diplomas, a saber: (a) Código Eleitoral (Brasil, 1965); (b) Lei das Eleições (Brasil, 1997); (c) Lei de Inelegibilidade (Brasil, 1990),

em seu art. 25; (d) Lei n. 6.091/74 (Brasil, 1974), em seu art. 11; (e) Lei n. 6.996/82 (Brasil, 1982), em seu art. 15; f) embora ainda não pacífico, pode-se encontrar crime eleitoral no Código Penal comum, com a introdução dos crimes contra o Estado Democrático de Direito pela Lei n. 14.197/2021 (Brasil, 2021), nos arts. 359-N e 359-P.

Tratando-se, portanto, de universos diferentes, não haveria campo para atribuição do Ministério Público Militar, ao menos no que concerne à atuação criminal eleitoral.

Todavia, com a edição da Lei n. 13.491 (Brasil, 2017b)², o cenário do estudo do Direito Penal Militar foi afetado de maneira muito peculiar, especialmente no que concerne ao tema em análise, pois por essa Lei houve a alteração do inciso II do art. 9º do CPM, que passou a considerar crimes militares não só os previstos nesse Código Castrense, mas também os da legislação penal, nas hipóteses trazidas pelas alíneas do referido inciso. Em outros termos, o rol dos crimes militares foi expandido, alcançando crimes como o de tortura, racismo e, no que é pertinente ao raciocínio em construção, pretensamente, o crime eleitoral.

Na redação anterior à Lei n. 13.491/2017, para que o crime fosse considerado militar pelo inciso II, a premissa era a de que o fato deveria estar tipificado no CPM e na legislação penal comum de maneira idêntica. Preenchida essa premissa, o próximo passo na constatação do crime militar era verificar se uma das hipóteses do inciso II estava presente, a saber: a prática do fato por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação (alínea “a” do inciso II); por militar em situação de atividade contra civil, militar reformado ou da reserva, em lugar sob administração militar (alínea “b” do inciso II); por militar em serviço ou atuando em razão da

² Registre-se que pendem no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.804, ajuizada pelo Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.901, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), a discutir a constitucionalidade dos dispositivos trazidos pela Lei n. 13.491/17 (Brasil, 2018b).

função contra civil, militar reformado ou da reserva (alínea “c” do inciso II); por militar em período de manobra ou exercício contra civil, militar reformado ou da reserva (alínea “d” do inciso II); ou por militar em situação de atividade contra a ordem administrativa militar ou contra o patrimônio sob administração militar (alínea “e” do inciso II).

Com a nova disposição, os crimes militares tipificados de maneira idêntica no CPM e na legislação penal comum seguem a mesma lógica de antes, mas houve o acréscimo dos tipos penais constantes da legislação penal comum que não possuem idêntica previsão no CPM, os quais, hoje, se enquadrados em uma das alíneas do inciso II do art. 9º do Código Castrense, serão, em regra, crimes militares.

Esses “novos crimes militares” são denominados pela doutrina de crimes militares extravagantes (Neves, 2017), delitos militares por extensão (Roth, 2017; Assis, 2022), crimes militares por equiparação à legislação penal comum (Pereira, 2018) e crimes militares de conceito estendido (Brasil, 2018a, art. 18-A).

Naturalmente, nem todo crime previsto fora do Código Penal Militar pode ganhar essa adjetivação, pois alguns possuem elementos típicos que não poderão ser preenchidos pelas atividades e relações humanas próprias da caserna, caso do art. 4º da Lei n. 7.716/89 (Brasil, 1989), que criminaliza como conduta de racismo o ato de negar ou obstar emprego em empresa privada. O elemento típico “empresa privada”, à evidência, afasta a possibilidade de lesão a bem jurídico-penal militar.

É justamente nessa maior ou menor amplitude da adjetivação que entra a discussão sobre o crime eleitoral. Afinal, é possível a ocorrência de um crime militar eleitoral?

Não houve, ainda, caso concreto submetido ao Superior Tribunal Militar, ou ao Supremo Tribunal Federal, para que se tenha o termômetro sobre a compreensão acerca da existência ou não de crime militar eleitoral

como crime militar extravagante, mas doutrinariamente já há posições conflitantes.

De um lado, tem-se, por exemplo, a visão de Rodrigo Foureaux (2018), que traz o exemplo do militar em serviço “que venha causar dano físico na urna eletrônica usada na votação, no dia das eleições”, sustentando que o agente cometeria o crime militar eleitoral previsto no art. 72, III, da Lei 9.504/97, em razão da previsão contida no art. 9º, II, “c”, do CPM.

Jorge Cesar de Assis (2022, p. 44), no entanto, sustenta posição oposta, defendendo a necessidade de se “socorrer dos fundamentos que indicam os bens jurídicos tutelados pelas Justiças Militar e Eleitoral” e de afastar qualquer tentativa de “estabelecer graus de superioridade de uma Justiça Especial em relação à outra”. Nas palavras do autor, em linhas gerais:

[...] mas precisas, pode-se afirmar que a **Justiça Militar tutela** os valores que são caros para as instituições armadas (Forças Armadas e Forças Auxiliares), estruturadas que são na disciplina e hierarquia, e a **Justiça Eleitoral tutela** os valores que são caros para o exercício pleno da cidadania, umbilicalmente ligados ao pluralismo político [...]

Embora reconheça certa similitude das duas espécies de infração penal, busca, com arrimo, nas lições de Evânio Moura e Susana de Camargo Gomes, tornear um traço divisor, segundo o qual

[...] o crime eleitoral agride os princípios que são inerentes ao conceito de Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), figurando como temário de supina relevância, mormente em razão da proteção ao livre exercício do sufrágio, considerado pelo legislador constituinte como cláusula pétrea (art. 60, § 4º, II, da CF) (*Idem. Ibidem*).

Enfim, os crimes eleitorais seriam:

[...] todas aquelas condutas levadas a efeito durante o processo eleitoral e que, por atingirem ou macularem a liberdade do direito de sufrágio, em sua acepção ampla, ou mesmo os serviços e desenvolvimento das atividades eleitorais, a lei as reprimiu infligindo a seus atores uma pena. [...].

Em seguida, marcando bem a divergência doutrinária, Assis volta ao supracitado exemplo de Rodrigo Foureaux, compreendendo que, partindo-se da premissa de que a Lei n. 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, não há como deixar de constatar que caso configuraria “infração penal eleitoral específica, que tutela bens jurídicos supraindividuais de interesse exclusivo da Justiça Eleitoral” (2022, p. 44), fundamentando seu raciocínio no fato de que:

[...] não basta ao aplicador da lei penal militar, realizar o exercício de tipicidade indireta para verificar se o fato posto em análise é ou não crime militar. ***Há que se verificar, sempre***, a efetiva ofensa às instituições militares como elemento determinante para a caracterização do crime militar. Inexistindo ofensa efetiva à instituição militar, de crime militar não se trata (*Idem. Ibidem*).

Avaliando a contenda doutrinária, é muito claro que em alguns delitos eleitorais a possibilidade de adjetivação como crime militar não ocorrerá, como o caso do crime de inscrição fraudulenta do art. 289 do Código Eleitoral, porquanto a o aviltamento de bens jurídicos-penais militares estará evidentemente afastado, mas não serão sempre tão claras essas situações, como na narrada por Rodrigo Foureaux – com o reparo de que não seria cabível a alínea “c” do inciso II do art. 9º do CPM, que exige pessoa natural no polo passivo, sendo mais adequada a alínea “e”, em caso de assimilação de crime militar extravagante –, ou de um comandante de Unidade, envolvida em operação de Garantia da Votação e Apuração, que forneça transporte da administração militar a eleitores civis no dia do pleito, com a intenção de favorecer candidato, podendo configurar crime eleitoral do inciso III do art. 11 da Lei n. 6.091/74.

Pensando na possibilidade de ocorrência de casos concretos no pleito eleitoral de 2022, o Procurador-Geral de Justiça Militar, Antônio Pereira Duarte, provocou a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar (CCR/MPM) para que, em sua função de integração e

coordenação dos órgãos institucionais, observado o princípio da independência funcional (art. 136, I, da LC n. 75/1993a), emitisse pronunciamento com o intuito de orientar a atuação ministerial sobre o tema (SEI n. 19.03.0000.0005521/2022-81), inclusive mencionando a hipótese do inciso III do art. 11 da Lei n. 6.091/74.

O Órgão Colegiado não emitiu enunciado ou parecer, forte no entendimento da Relatora do feito, a Subprocuradora-Geral de Justiça Militar Maria Ester Henriques Tavares, de que há “questões generalizadas envolvendo órgãos locais do MPM, com atuações distintas, o que, via de consequência, impede a expedição de Enunciado”, devendo a questão ser “dirimida segundo o entendimento e convencimento doutrinário e jurídico que o órgão do Ministério Público Militar atuante adotar”.

410 Entretanto, um dos integrantes do mesmo Colegiado, embora vencido, condensou raciocínio conclusivo que merece destaque. Trata-se do posicionamento do Coordenador da Câmara, o Subprocurador-Geral de Justiça Militar Giovanni Rattacaso, que, acertadamente, consigna que a emissão de enunciado ou de recomendação não exige a submissão de caso concreto, podendo perfeitamente tratar de uma situação hipotética, a exemplo do que já ocorreu na edição do:

Enunciado 23, a respeito da manifestação de vontade do interrogado em exercer o direito constitucional ao silêncio, interpretando a legislação penal à luz da Constituição, para evitar nulidades e possível responsabilização do Membro do MPM por abuso de autoridade, sem que houvesse caso concreto para apreciação.

Em conclusão, o eminente Coordenador da Câmara deflagra que a assimilação de crime militar eleitoral poderia gerar instabilidade jurídica indesejável, e se posiciona ao lado de Jorge César de Assis, pela impossibilidade de crime militar com esse mote. Enxerga que, mesmo nos exemplos citados, “ainda que haja uma violação da ordem administrativa militar pelos agentes, nítida é a ofensa maior ao desenvolvimento das

atividades eleitorais e à liberdade do direito ao sufrágio, que são objeto de tutela da Justiça Eleitoral”. Ressalta, ademais, que “a Constituição Federal, a rigor, chancela a prevalência da Justiça Eleitoral sobre a Justiça Federal e a Justiça Militar (princípio da especialidade), como se extrai do art. 96, inciso III, e art. 108, inciso I, alínea a, que ressalvam a competência da Justiça Eleitoral”.

Com efeito, entende-se correto o posicionamento sobre o mérito da questão versado por Rattacaso, mesmo que algo destoante do de Jorge Cesar de Assis no que concerne à prevalência de uma justiça especializada sobre a outra.

Ambos os delitos possuem natureza especial, porquanto tutelam bens jurídicos especiais. Para o processo e julgamento dessa espécie de infração penal, o Constituinte entendeu por bem idealizar uma justiça destacada, que pudesse compreender as peculiaridades necessárias para a justa distribuição de justiça. Assim é que na fixação de competência constitucional, embora dentro do Poder Judiciário, excepciona-se o quinhão da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral. Tanto é verdade que, na conexão de delitos dessas distintas naturezas, a solução é a cisão processual, e não a unificação do processo, cada qual sendo julgado em seu campo de persecução, em razão da competência *ratione materiae* que cada um reclama, ou seja, “tratando-se de crime com competência constitucional absoluta em razão da matéria, a hipótese é de separação entre os respectivos processos, inexistindo conexão a justificar o deslocamento da competência” (Zílio, 2022, p. 853).

Não há na discussão acima apresentada, entretanto, um aprofundamento sobre eventual conflito quando uma conduta afronta, ao mesmo tempo, bens jurídicos penais eleitorais e militares, mesmo porque isso não era possível até a edição da Lei n. 13.491/2017.

A solução parece, de fato, perpassar pela busca da prevalência de uma das “duas Justiças”³ no plano constitucional e, nesse propósito, repita-se, caminhou bem o voto do Coordenador da CCR/MPM ao apontar, do art. 96, o inciso III, e, do art. 108, o inciso I, alínea “a”.

Pelo primeiro dispositivo, há a previsão de que compete privativamente “aos Tribunais de Justiça 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”. Há que se notar não haver ressalva para a Justiça Militar, de maneira que, em eventual prática de um crime militar, na órbita estadual, por parte de membro do Ministério Público do Estado, será ele processado e julgado perante o Tribunal de Justiça daquele Estado. Já no cometimento de crime eleitoral por membro do Ministério Público que não officie perante Tribunal, haveria competência do TRE.

A matriz se repete na alínea “a” do inciso I do art. 108 da Constituição que, ao definir a competência dos Tribunais Regionais Federais, ressalva apenas a competência da Justiça Eleitoral, e não da Justiça Militar. Essa previsão gera um conflito na interpretação, pois, a rigor, um membro do Ministério Público da União que não officie perante tribunal, e que pratique crime militar na órbita federal, deveria ser processado e julgado perante o TRF, mas, praticando crime militar eleitoral – se aceita a hipótese –, sem officiar perante tribunal, seria processado em TRE.

Delineada, *en passant*, uma certa “prevalência constitucional” da Justiça Eleitoral sobre a Justiça Militar no que concerne ao delineamento de suas competências, deve-se buscar a solução para casos que possam se apresentar concretamente, ou seja, casos em que o membro do Ministério Público Militar, em um procedimento apuratório, conheça uma conduta

³ Alerta-se que, em verdade, Justiça só existe uma, mas o que se trata de fato é de regra de competência *ratione materiae*.

configuradora de crime eleitoral tipificado em quaisquer das normas já enumeradas, mas que também resvale acidentalmente em um bem jurídico-penal militar.

No caminho que se construiu, na interpretação que se propõe como acertada, mas respeitando, por óbvio, a independência funcional dos quadros, a postura ideal seria a de declinar de sua atribuição em favor do promotor natural, notadamente o membro que esteja a cargo da persecução penal eleitoral, de acordo com as regras de competência, já indicadas acima.

Por outro viso, em se tratando de concurso de crimes entre infração penal eleitoral e militar, o declínio de atribuição será apenas em relação ao delito eleitoral, remanescendo a atribuição para o crime militar, seguindo a compreensão pela futura cisão do processo, como já vinha apontando a doutrina supracitada. Exemplificativamente, se, para danificar a urna, o militar praticou violência contra superior, não haverá como a Justiça Eleitoral processar e julgar o delito militar, e nem como a Justiça Militar processar e julgar o delito comum, devendo seguir a investigação sob controle dos respectivos ramos do Ministério Público, com consequentes, se for o caso, processos criminais nas Justiças Especializadas.

413

4 CONVOCAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS PARA AS ELEIÇÕES: OPERAÇÕES DE GARANTIA DA VOTAÇÃO E DA APURAÇÃO

A situação que interessa ao estudo proposto nada guarda com a candidatura de militares nem com a polêmica fiscalização da segurança das urnas eletrônicas, mas está atrelada à atuação dos militares como garantidores do exercício do voto dos cidadãos brasileiros, alcançando inclusive sua posterior apuração.

O emprego de militares dos estados e do Distrito Federal, nesse contexto, é reflexo da missão constitucional a eles atribuída, notadamente no

§ 5º do art. 144 da CF, a incumbência precípua de preservar a ordem pública e a polícia ostensiva. Assim, no dia da eleição haverá um grande efetivo escalado para preservar a ordem pública nas ruas, especialmente nos locais de votação. De maneira complementar, o efetivo que não esteja nos locais de votação, poderá estar concentrado nos quartéis como força reserva, estabelecendo-se a divisão em dois turnos, manhã e tarde, de modo a garantir que esses militares possam exercer o seu voto em turno inverso ao de prontidão.

Porém, nem todos os municípios do Brasil poderão ser providos com efetivo da Força Pública do Estado para assegurar essa situação ideal, e é nesse ponto que poderá ser necessário o emprego das Forças Armadas na garantia da tranquilidade do pleito eleitoral, interesse específico do estudo, a mencionada “Garantia da Votação e da Apuração” (GVA).

414

Tudo se inaugura com o inciso XIV do art. 23 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65), segundo o qual compete privativamente ao Tribunal Superior Eleitoral “requisitar Força Federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos tribunais regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração”.

O encaixe das Forças Armadas na expressão “Força Federal” decorre do espectro do art. 142⁴ da Constituição Federal, porquanto tem-se um dos Poderes da União, o Poder Judiciário, tomando a iniciativa para que haja a garantia da lei e da ordem com o direcionamento específico para as eleições.

O art. 142, em seu § 1º, por seu turno, clama a regulação do tema por Lei Complementar, quando entra no cenário normativo a LC n. 97 (Brasil, 1999), que trata de normas gerais para a organização, o preparo e o

⁴ “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

emprego das Forças Armadas. Chama a atenção o § 7º de seu art. 15, que dispõe de dever ser considerada atividade militar, para os fins do art. 124 da CF, ou seja, para a configuração de crime militar, aquela desenvolvida no bojo do inciso XIV do art. 23 do Código Eleitoral.

Prosseguindo, o art. 15 dessa Lei Complementar atribui ao Presidente da República o poder de deflagrar, nas Forças Armadas, a operação de GVA “na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz”.

Em matéria no sítio eletrônico do TSE, delimita-se o que tem sido tradicionalmente a atuação das Forças Armadas nas eleições, que devem prestar o apoio logístico, o transporte de equipamentos e pessoas para locais de difícil acesso, mas, especialmente ao que possui pertinência com a discussão, também:

[...] garantem que os processos de votação e de apuração realizados pela Justiça Eleitoral ocorram dentro da normalidade. As Forças Federais ainda ajudam a manter a ordem pública em localidades em que a segurança precise de suporte extra. Esse tipo de operação é chamado de Garantia da Votação e Apuração (GVA). (Brasil, 2022b).

O reforço das Forças Armadas, prossegue o esclarecimento do TSE, pode “ser solicitado pela Justiça Eleitoral sempre que for necessário assegurar o direito do eleitorado de exercer a cidadania por meio do voto e escolher representantes com tranquilidade (Brasil, 2022b).

Sob essas premissas é que foi editado, v.g., para as eleições de 2022, o Decreto n. 11.172, de 11 de agosto de 2022, que autorizou o emprego das Forças Armadas para a garantia da votação e da apuração das eleições. Com um texto muito enxuto, o Decreto simplesmente dispunha:

Art. 1º Fica autorizado o emprego das Forças Armadas para a garantia da votação e da apuração das eleições de 2022.
Art. 2º As localidades e o período de emprego das Forças Armadas serão definidos conforme os termos de requisição do Tribunal Superior Eleitoral.
Art. 3º [...] (Brasil, 2022a).

Vê-se que se espera das Forças Armadas uma atuação como verdadeira força policial, assegurando a integridade das urnas eletrônicas, garantindo a proteção dos locais de votação e implementando medidas que permitam o livre acesso e a manutenção da ordem pública nesses locais, dissuadindo o cometimento de crimes eleitorais pela presença ostensiva e realização de ações de inteligência. Enfim, há exercício de poder de polícia nos exatos termos da definição do art. 78 do Código Tributário Nacional (Brasil, 1966):

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança [...], à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

416

Tem-se, então, uma instituição militar, não policial em sua essência, exercendo poder de polícia. Esse é o ponto fundamental do tópico subsequente, no qual se trata do controle externo da atividade policial.

5 CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Nenhuma instituição pública, sob as bases do Estado Democrático de Direito, pode ficar alheia a um controle de suas atividades, e isso afeta, naturalmente, ou mesmo principalmente, aquelas que exercem atividades com poder de polícia.

Esquemáticamente, pode-se dividir o controle em interno, feito pela própria instituição, como por corregedorias; e externo, fora da instituição, que pode ser desenvolvido por órgãos públicos, imprensa, sociedade etc.

No controle externo por órgãos públicos pode ser incluído aquele exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial, o qual tem matriz constitucional, notadamente no art. 129, VII, da Constituição Cidadã. Note-se

que, na letra do dispositivo, a função institucional do Ministério Público é de controle externo da atividade policial, e não de controle externo da polícia.

Em norma infraconstitucional, também há a previsão do controle externo da atividade policial, por exemplo, na Lei Complementar n. 75/93, em seu art. 3º, como norma geral e aplicável a todos os ramos do Ministério Público da União (o que inclui o Ministério Público Militar). Esse texto traz uma maior concretude à definição, o que falta na Constituição, indicando que o Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: “o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei”, a “preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público”; a “prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder”; a “indisponibilidade da persecução penal”; a “competência dos órgãos incumbidos da segurança pública” (Brasil, 1993a).

Buscando ainda delinear esse controle externo, há na Resolução n. 20 do Conselho Nacional do Ministério Público (Brasil, 2007) um acréscimo importante. Ela define, teoricamente, quais instituições estariam sujeitas ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Segundo seu art. 1º, estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal:

[...] da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, [...] 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.

Como se viu acima, as Forças Armadas podem ser requisitadas para a atuação na Garantia da Votação e da Apuração (GVA) e essa atividade contém parcela de exercício de poder de polícia. Pela matriz delineada pelo

Conselho Nacional do Ministério Público, em havendo exercício desse poder da administração, a atuação das Forças Armadas estará sujeita ao controle externo da atividade policial pelo ramo do Ministério Público da União específico, que aplicará a regra do art. 3º da LC n. 75/93. Em uma frase: o emprego das Forças Armadas nas eleições dá ensejo ao controle externo da atividade policial pelo Ministério Público Militar.

6 EFETIVA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NAS ELEIÇÕES E PROPOSTA DE MEDIDAS DE REFORÇO A ESSA ATUAÇÃO

De tudo o que foi exposto, exclui-se de chofre como atribuição eleitoral do Ministério Público Militar aquela referente à atuação judicial contenciosa junto à Justiça Eleitoral, como nas mencionadas “ações cassatórias”.

Também não haveria atribuição criminal em matéria de crimes eleitorais, em razão da inexistência de crime militar eleitoral, filiando-se à visão de Jorge César de Assis (2022), reforçada pelo citado entendimento de Giovanni Rattacaso.

Sem um fim apuratório de ilícito, restaria ao Ministério Público Militar, assim, a atribuição apenas de acompanhar uma situação que mereça a atenção do *Parquet* nos locais de votação, no emprego extraordinário para a GVA, caracterizando uma configuração da atribuição eleitoral com controle externo da atividade policial.

Em se tratando de atuação das Forças Armadas, esse controle – repise-se – deve ser atribuição do Ministério Público Militar, que, no caso concreto, instauraria um procedimento administrativo para o acompanhamento do evento, com encerramento após o pleito.

Embora a Portaria PGR/PGE n. 001/2019 não contemple o Ministério Público Militar entre os ramos legitimados a instaurar o

procedimento administrativo no período eleitoral, isso não o impede de instaurar esse feito com arrimo na norma reitora genérica, de lavra do Conselho Nacional do Ministério Público (2017a), a Resolução n. 174, com o objetivo de “embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil”, como traz o inciso IV do art. 8º dessa norma.

Por essa Resolução, ademais, o procedimento teria toda uma disciplina definida, inclusive com fixação de prazo de 1 ano, podendo ser sucessivamente prorrogado pelo mesmo período, desde que haja decisão fundamentada, à vista da imprescindibilidade da realização de outros atos (art. 11). No curso desse procedimento, frise-se, eventual detecção de ilícito, inclusive ensejador de atuação que reclame a atribuição específica de outro ramo, demandará a remessa para a autoridade com atribuição ou competência, conforme se extrai de seu art. 10.⁵

Exemplificativamente, se no procedimento administrativo o promotor de justiça militar verificar que o comandante de unidade praticou delito eleitoral ao fornecer transporte da administração militar a eleitores civis no dia do pleito, com a intenção de favorecer candidato (inciso III do art. 11 da Lei n. 6.091/74), e, na sua independência funcional, compreender pela inexistência de crime militar eleitoral – como se sugere nesta construção –, remeterá cópias das peças que dispuser ao promotor natural.

Desenha-se, assim, um ideal de atuação que deve ser impulsionado por algumas medidas institucionais no sentido de fortalecer a atuação ministerial em questões que envolvam a temática.

Uma dessas medidas pode ser a exigência, no concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público Militar, da matéria Direito Eleitoral, visando o adequado declínio de suas atribuições em questões como

⁵ Resolução CNMP n. 174 (2017): “Art. 10. Se no curso do procedimento administrativo surgirem fatos que demandem apuração criminal ou sejam voltados para a tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o membro do Ministério Público deverá instaurar o procedimento de investigação pertinente ou encaminhar a notícia do fato e os elementos de informação a quem tiver atribuição”.

as apontadas, claro, insista-se, se a compreensão for pela inexistência de crime militar eleitoral. Para promover adequadamente esse comportamento, deve-se alterar a Resolução n. 107 do Conselho Superior do Ministério Público Militar (Brasil, 2019c), incluindo-se a disciplina Direito Eleitoral entre aquelas a serem exigidas no certame de ingresso.

Também se mostra importante que a Portaria PGR/PGE n. 001/2019 seja revista, concebendo a inclusão de órgãos do Ministério Público Militar na estrutura de planejamento e atuação nas eleições. O Ministério Público Militar poderia compor, a título de exemplo, o Grupo Executivo Nacional da Função Eleitoral (GENAFE), tratado pelos arts. 9º e seguintes, como também poderia constituir órgãos executivos esporádicos, quando houver o emprego das Forças Armadas.

420 Nesse último aspecto, o primeiro passo já foi dado pelo Procurador-Geral de Justiça Militar, ao endereçar expediente ao Procurador-Geral da República (Brasil, 2019b) pleiteando que se considere a inclusão do Ministério Público Militar “nas ações, debates e funções que lhe couberem sempre que convocadas as Forças Armadas para atuar nas eleições, de modo a garantir a devida fiscalização do cumprimento da lei penal militar também nesses casos”. Provocação ainda sem solução.

6 CONCLUSÃO

O papel das Forças Armadas na História do Brasil sempre foi relevante, mas, nos últimos anos, por várias razões, tem transcendido a matriz exata do art. 142 da Constituição Federal. Tanto é assim que se demandou a regulamentação do legislador ordinário quanto à organização, preparo e o emprego dessas Forças em suas atividades em defesa da Pátria, lei e ordem, o que se conheceu pela Lei Complementar n. 97/99.

Dentro das atribuições conferidas às Forças Armadas, é comum a discussão sobre a atuação visando garantir a lei e a ordem (GLO), em suporte à segurança pública. Mas há também, aliás não distante e até coincidente com a preservação da ordem pública, a atuação para a garantia do pleito eleitoral, com ações que assegurem a votação e a apuração (GVA) em eleições no Brasil.

Ambas, GLO e GVA, devem tomar corpo de maneira subsidiária, quando as estruturas próprias forem inexistentes ou insuficientes para assegurar o estado constitucional desejado. Não devem se constituir em regra e significam o exercício do poder de polícia da administração pública por uma instituição não policial. Isso permite, em termos conceituais, controle externo pelo Ministério Público e, em se tratando de Forças Armadas, inequivocamente pelo Ministério Público Militar.

A norma constitucional, em seu art. 127, legitima o *Parquet* na proteção do regime democrático. O controle de uma instituição em período eleitoral pode ser enquadrado nesse amplo desenho do Ministério Público Brasileiro.

Assim, a conclusão é inevitável no sentido de reconhecer ao Ministério Público Militar seu quinhão de atribuição eleitoral, especificamente no que concerne ao uso das Forças Armadas no período das eleições, como reflexo do controle externo da atividade policial.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 20*, de 28 de maio de 2007. Disponível em: https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Comissoes/CSP/Resolu%C3%A7%C3%B5es_/Resolu%C3%A7%C3%A3o_20.pdf. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 30*, de 19 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-0301.pdf>. Acesso em: 04 maio 2023

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução n. 174*, de 4 de julho de 2017a. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-174-1.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Ministério Público Federal. *Portaria n° 1*, de 9 de setembro de 2019a. Disponível em: <http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/handle/11549/211094>. Acesso em: 27 abr. 2023.

_____. Ministério Público da União. *Ofício n° 158/GAB-PGJM/MPM*. Brasília, 18 de fevereiro de 2019b. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/02/oficio-158-pgjm.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Ministério Público da União. *Resolução n° 101/CSMPM*, de 26 de setembro de 2018a. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2023/01/resolucao-no-101-csmpm.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2023.

_____. Ministério Público da União. *Resolução n° 107/CSMPM*, de 16 de outubro de 2019c. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/10/resolucao-107-dispoe-sobre-as-normas-que-regulamentam-o-concurso-publico-revoga-as-resolucoes-75-77-e-93.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Código Eleitoral - Lei n° 4.737*, de 15 de julho de 1965. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0-4.737-de-15-de-julho-de-1965>. Acesso em: 28 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Decreto-lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/De11001.htm. Acesso em: 29 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Decreto nº 11.172*, de 11 de agosto de 2022a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/d11172.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei Complementar nº 64*, de 18 de maio de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei Complementar nº 75*, de 20 de maio de 1993a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei complementar nº 97*, de 9 de junho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei das Eleições – Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>. Acesso em: 28 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 6.091*, de 15 de agosto de 1974. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-ordinarias/lei-nb0-6.091-de-15-de-agosto-de-1974>. Acesso em: 28 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 6.996*, de 7 de junho de 1982. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-ordinarias/lei-nb0-6.996-de-7-de-junho-de-1982>. Acesso em: 28 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 7.716*, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 8.625*, de 12 de fevereiro de 1993b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18625.htm. Acesso em: 27 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 13.491*, de 13 de outubro de 2017b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113491.htm. Acesso em: 29 abr. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 14.197*, de 1º de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.197-de-1-de-setembro-de-2021-342334198>. Acesso em: 28 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3802/DF*, 10/03/2016. Rel. Min. Dias Toffoli, Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12022021> Acesso em: 27 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5032/DF*, 20/08/2013. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4451226>. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5901/DF*, 26/02/2018b. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5359950>. Acesso em: 29 abr. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. Apoio das Forças Federais para a garantia da segurança nas eleições está previsto desde 1965. *Tribunal Superior Eleitoral, Comunicação, Notícias*, 12/08/2022b. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Agosto/apoio-das-forcas-federais-para-a-garantia-da-seguranca-nas-eleicoes-esta-previsto-desde-1965-723818>. Acesso em: 30 abr. 2023.

FOUREAUX, Rodrigo. A competência para julgar os crimes militares eleitorais. *MSJ Meu site jurídico*, 22/03/2018. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/03/22/competencia-para-julgar-os-crimes-militares-eleitorais/>. Acesso: 29 abr. 2023.

LACAVA FILHO, Nelson. *Bases do sistema de direito penal militar*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar*, n. 126, set./dez. 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 29, 2018. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/a-lei-no-13-491-de-13-de-outubro-de-2017-e-os-crimes-hediondos/> Acesso em: 06 maio 2023.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17). *Revista Direito Militar*, nº 126, 2017, pp. 29-36

VASCONCELOS, Clever; SILVA, Marco Antonio da. *Direito eleitoral*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591064/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

ZILIO, Rodrigo Lopes. *Direito eleitoral*. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2022.

Direito Penal Negocial & Justiça Militar. Uma visão crítica da Súmula 18 do STM e da Cartilha do ANPP

Jorge Cesar de Assis

Advogado inscrito na OAB-PR. Membro aposentado do Ministério Público Militar da União. Integrou o Ministério Público paranaense. Oficial da Reserva Não Remunerada da Polícia Militar do Paraná. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8104025876973839>
E-mail: jorgecesarassis@gmail.com

4º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2023

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: o artigo pretende lançar uma visão crítica acerca do Direito Penal Negocial e a Justiça Militar. Nesse sentido, parte de uma análise percuciente da Súmula 18 do Superior Tribunal Militar, aferindo os fundamentos utilizados para negar a aplicação do Acordo de Não Persecução Pena - ANPP na Justiça Especializada, dos quais se destacam o princípio da especialidade e a chamada índole do processo penal militar. O artigo também analisa a Cartilha editada pela Corregedoria da Justiça Militar como forma de demonstrar o entendimento do Superior Tribunal Militar sobre a questão, e o impacto que a publicação causa nos magistrados da Justiça Militar e no próprio Ministério Público. O artigo conclui pela possibilidade plena de aplicação do Direito Penal Negocial na Justiça castrense.

PALAVRAS-CHAVE: súmula; Direito Penal Negocial; Justiça Militar; Ministério Público; Acordo de Não Persecução Penal; Processo Penal Militar.

ENGLISH

TITLE: Negotiable Criminal Law & Military Justice. A critical view of Precedent 18 of the Superior Military Court and the Handbook of the Criminal Non-Prosecution Agreement.

ABSTRACT: This essay aims to bring to the reader a critical point of view on the negotiation of Criminal Law and Military Justice. In that regard, it starts from an efficient analysis of the 18th Docket of the Military High Court, verifying the principles applied to deny the application of the Criminal Non-Persecution Agreement - CNPA in specialized justice, focusing on the principle of specialty and the nature of the military criminal process. Also, there is an analysis of the Booklet that was edited by the Internal Affairs of Military Justice, in order to verify the Military High Court's understanding of this question and the effects of this publication on the Military Justice judges, as well as its effects on the Public Prosecutor's Office. In conclusion, the full applicability of the Negotiation in Criminal Law into Military Justice is demonstrated.

KEYWORDS: docket; Negotiation on Criminal Law; Military Justice; Public Prosecutor's Office; Criminal Non-Persecution Agreement; Military Criminal Process.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O ANPP e os princípios da disciplina e hierarquia – 3 Paralelo entre a inaplicabilidade da Lei No 9.099/1995 e o ANP – 4 Do impacto da Súmula 18 do STM na Justiça Militar estadual – 5 Da posição do Ministério Público Militar diante da Súmula 18 – 6 O ANPP em relação aos fundamentos constitucionais do cidadão militar – 7 À guisa de conclusão.

1 INTRODUÇÃO

“Tudo vale a pena se a alma não é pequena” ...
(Fernando Pessoa, em Mar Português)

O Superior Tribunal Militar - STM, publicou no Diário da Justiça eletrônico - DJe de 28.08.2022, a sua Súmula 18, cujo teor é o seguinte: “O

art. 28-A do Código de Processo Penal comum, que dispõe sobre o Acordo de Não Persecução Penal, não se aplica à Justiça Militar da União”.

Em face do advento da súmula, a Corregedoria da Justiça Militar¹ produziu em 22.11.2022 uma cartilha², intitulada INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO³, **Informação Técnico-Jurídica** destinada a apresentar o posicionamento considerado pacífico da Jurisprudência do Superior Tribunal Militar sobre o assunto, reconhecendo, entretanto, os esforços empreendidos pelos demais atores que operam na Justiça Castrense, em especial o Ministério Público Militar e a Defensoria Pública da União, no sentido de implementar medidas com a finalidade de realizar uma prestação jurisdicional cada vez mais célere e eficaz.

Ao tempo em que recordou que o STM é o Tribunal Superior mais antigo do país, instituído em 1808, e encontra-se em pleno funcionamento decorridos 200 anos de existência, mostrando que não está alheia aos avanços e mudanças fruto da natureza dinâmica das relações econômicas, sociais e culturais no Brasil, que, por consequência, acarretam grandes modificações no ordenamento jurídico, a referida cartilha concluiu, por fim, **não carecer de admitir inovações que sejam incompatíveis com a própria natureza desta Justiça Castrense**, com a criação de verdadeira *lex tertia* resultante de um **hibridismo normativo que é manifestamente vedado pelo ordenamento pátrio, em face do princípio da especialidade**.

O objetivo deste ensaio é analisar os principais pontos da Súmula 18 do STM e da Cartilha sobre a ANPP elaborada pela Corregedoria da Justiça

¹ Lei 8457/1992, art. 12. A Corregedoria da Justiça Militar, com jurisdição em todo o território nacional, é exercida pelo Ministro Vice-Presidente do Superior Tribunal Militar.

² No dito popular, rezar ou ler pela cartilha (*de alguém ou de algum órgão*), significa ter as mesmas convicções; seguir as ideias, as teorias, os métodos que ela encerra.

³ Disponível em STM - Corregedoria da Justiça Militar da União publica Informativo sobre Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), acesso em 13.05.2023.

Militar, **mas convém destacar desde logo, o reconhecimento pelo órgão correicional** dos esforços empreendidos pelos demais atores que operam nesta Justiça Castrense, em especial o Ministério Público Militar e a Defensoria Pública da União, no sentido de implementar medidas com a finalidade de realizar uma prestação jurisdicional cada vez mais célere e eficaz. **Da mesma forma, há que se colocar dúvida** [*dúvida que sugere um debate mais aprofundado sobre o tema com os atores que transitam na justiça especializada*] **na conclusão de ser o ANPP uma das inovações incompatíveis com a própria natureza da Justiça Castrense.** Este debate aprofundado, inclusive, deve abarcar quais são os efetivos limites do **princípio da especialidade** – e com ele, da chamada **índole do processo penal militar.**

430 De plano insta lembrar que os atos emanados da Corregedoria têm, de modo geral, um direcionamento que impacta de certa forma aos magistrados da Justiça Militar, já que representam o pensamento do órgão e, de consequência do tribunal. **A sugerir uma espécie de cautela reverencial na aplicação do instituto,** digamos assim, que não deveria, mas pode acontecer, em que pese estarem os magistrados subordinados apenas à Lei e à sua consciência, estão cercados das garantias do art. 95 da Constituição Federal, e, ao decidir, devem observar o art. 927 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil.

A cartilha sobre a inaplicabilidade do APP está rotulada como **Informação Técnico-Jurídica.** No dispositivo relacionado à competência do Corregedor da Justiça Militar (art. 14, da Lei 8457/1992), **não existe previsão para a expedição de Informação Técnica- Jurídica,** nem se diga que essa atividade estaria albergada pelo inciso IV do referido artigo, pois os **providimentos** ali previstos **serão aqueles necessários ao bom funcionamento dos serviços que lhe incumbe fiscalizar,** ou seja, os do inciso I: **proceder às correições.** Guardadas as devidas proporções, em nível

de Ministério Público Militar, existe um órgão com tal competência, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, que pode **encaminhar informações técnico-jurídicas** aos órgãos institucionais do Ministério Público Militar (LC 75/1993, art. 136, III), claro, **visando promover a integração e a coordenação** dos órgãos institucionais do Ministério Público Militar, mas sempre **observado o princípio da independência funcional** (LC 75/1993, art. 136, I), que é um princípio institucional do Ministério Público brasileiro (CF, art. 127, § 1º).

Passemos então, à análise dos pontos elencados pela referida Informação Técnico-Jurídica para defender a inaplicabilidade do ANPP na Justiça Militar:

1 O ANPP E OS PRINCÍPIOS DA DISCIPLINA E HIERARQUIA

Conforme se verifica da Informação técnico-jurídica da Corregedoria, a salvaguarda da disciplina e hierarquia é um dos fatores principais a ensejar a inaplicabilidade do acordo de não persecução penal na Justiça Castrense.

Segundo a Cartilha, nas condições dispostas atualmente no art. 28-A do CPP, **o Instituto é meio de negociação penal que permite ao Ministério Público deixar de propor a ação penal e celebrar um negócio jurídico com o investigado**. Para tanto, este **deverá confessar formalmente** a prática de infração penal, que tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos, e **aceitar determinadas condições de natureza pecuniárias e prestacionais**. Lembrou-se que, no âmbito da Justiça Militar da União, o MPM, moderando as peculiaridades da Justiça Especializada Castrense, promoveu um esboço de aplicação do instituto com a edição da Resolução no 101/2018 do Conselho Superior do

Ministério Público Militar (CSMPM)⁴. Por meio dela, em tese, passou-se a admitir a aplicação do referido acordo nos casos de crimes militares “de conceito estendido” (art. 18, *caput*, da Resolução), assim considerados por força da Lei nº 13.491/2017. Após melhor reflexão acerca do tema, o referido Órgão Ministerial editou, em 29 de outubro de 2020, a Resolução no 115/CSMPM, que revogou o art. 18 da Resolução no 101/CSMPM e retirou a possibilidade de aplicação do ANPP nesta Justiça Especializada. **Contudo, o Conselho Superior do Ministério Público Militar aprovou a reinserção do citado art. 18 em sua integralidade** [para nós de forma acertada], quando editou, em 24 de maio de 2022, a Resolução no 126/CSMPM.

Da leitura da Cartilha se depreende como justificativas para não aceitar o ANPP que “a Justiça Negocial tem por pressuposto fático a sobrecarga da máquina judiciária, a qual contemporaneamente possui grandes dificuldades em fornecer soluções céleres e efetivas aos acasos em trâmite”; “a JMU, embora inserida no Poder Judiciário Nacional, não padece de tais adversidades, tão notórias nas Justiças Comuns, tanto Estadual quanto Federal, e no sistema penitenciário das cadeias públicas”; “denota-se que, mesmo com o aumento da competência implementado pela Lei nº 13.491/2017, a Justiça Castrense não tem sofrido com lentidão processual”.

O pressuposto do não acolhimento do ANPP não se resume ao simples quadro pintado acima. **Segundo o Min. Rogério Schietti Cruz, do Superior Tribunal de Justiça, o acordo de não persecução penal não se propõe especificamente a beneficiar o réu, mas sim a Justiça criminal de forma integral, visto que tanto ele quanto o Estado renunciam a direitos**

⁴ Vide nosso artigo: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, SUA EVOLUÇÃO A PARTIR DE RESOLUÇÃO DO CNMP, E SUA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR, no qual, já em fevereiro de 2020, analisávamos as Resoluções 181 do CNMP e 101 do CSMPM, criticando a Res. 101 que à época simplesmente impedia o acordo com o militar da ativa. Disponível em: ANPP_E_JUSTIÇA_MILITAR.pdf (jurmilitaris.com.br), Acesso em: 11 maio 2023.

ou pretensões em troca de alguma vantagem. O Estado – explicou o ministro – não obtém a condenação penal em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva. Já o réu deixa de provar sua inocência, “em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade”⁵.

Ademais, o art. 28-A, do CPP – autorizador do ANPP, já foi levado ao Supremo Tribunal Federal, na Medida cautelar nas ADI 6305, (CONAMP); 6298 (AMB); 6299 (PODEMOS e CIDADANIA); 6300 (Dir Nac PSL), quando o seu Relator Min. Luiz Fux, em decisão de 22.01.2020, assim se referiu:

(d1) A possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigia o sistema de “freios e contrapesos” no processo penal e não interfere na autonomia do membro do Ministério Público (órgão acusador, por essência);

(d2) O magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas. Ao revés, o juiz poderá (a) não homologar o acordo ou (b) devolver os autos para que o **parquet – de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo** – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso; (...).

433

Em manifestação recente datada de 09 de junho de 2023, o Min. Gilmar Mendes, ao decidir liminarmente nos pedidos de Habeas Corpus, HC 215.931/DF e HC 218.489/AM, interpostos pela Defensoria Pública da União junto ao STF, anotou que a Defesa narrou que as denúncias foram recebidas, no caso do HC 215.931/DF em 19.5.2020 e, no caso do HC 218.489/AM em 15.8.2019, sendo que, em sede de alegações finais, nos dois processos, foi requerida a remessa dos autos ao Ministério Público Militar (MPM) para que fosse oportunizado o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal. O magistrado singular indeferiu o pleito sob o argumento de que o instituto

⁵ Disponível em: [O acordo de não persecução penal na jurisprudência do STJ](#). Acesso em: 12 maio 2023.

previsto no art. 28-A não se estendeu aos procedimentos penais no âmbito militar.

Ato contínuo, o Conselho de Justiça, em cada processo, entendeu pela condenação pelo crime previsto no 157, *caput*, do CPM (*violência contra superior*), pena de 3 meses de detenção, com sursis pelo prazo de 2 anos e, no processo dos artigos 315 c/c 311 do CPM (*falsificação de documento + uso de documento falso*) a pena foi de 2 meses de detenção, sursis pelo prazo de 2 anos, mediante as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuando-se a alínea “a”, além do comparecimento trimestral no Juízo de Execução, regime inicial aberto para eventual cumprimento. Irresignada, a Defensoria apelou ao STM, tendo o apelo sido negado. Pleitearam a concessão da ordem de *habeas corpus* para que fosse cassado o acórdão do STM e remetidos os autos ao Ministério Público para se oportunizar a propositura do Acordo de Não Persecução Penal.

O Min. Gilmar Mendes **concedeu a ordem nos dois pedidos de *habeas corpus*, para determinar a suspensão do processo e de eventual execução da pena até a manifestação motivada do órgão acusatório sobre a viabilidade de proposta do acordo de não persecução penal**, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP.

A posição do Guardião da Constituição Federal, como se vê, não afasta a aplicação do ANPP na Justiça Militar, sendo possível de se verificar que ela fortalece o papel do Ministério Público com relação à exclusividade de proposta do instituto.

Voltando à Cartilha, veremos que ela relembrou que a Justiça Militar **intercede primordialmente em fatos criminosos que afetam, direta ou indiretamente, as Forças Armadas do Brasil e estas, por seu caráter ímpar, estão estritamente relacionadas aos princípios da hierarquia e da disciplina, os quais são elementares para o regular funcionamento das**

Instituições Militares, e traduzem muito mais que meros institutos destinados ao ordenamento de autoridades e ao acatamento irrestrito de ordens. Assim, **por entender que tais princípios configuram a base das Forças Armadas,** instituições voltadas à manutenção da Soberania Nacional e do Estado Democrático de Direito, possuidoras do múnus de defender a Pátria, de garantir os poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (art. 142, *caput*, da Constituição Federal/1988, **a Informação Técnico-Jurídica apresentou alguns precedentes que justificariam a não aceitação do instituto despenalizador** em crimes como “**desrespeito a superior**” (STF, 2ª Turma, HC no 133653/MS, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 29/11/2016, publicado em 29/11/2016); “**roubo de fuzil e munição**” (STF, 1ª Turma (HC 110328/RS, Redator do Acórdão Min. LUIZ FUX, julgado em 11/11/2014, publicado em 09/02/2015); e “**deserção**” (STM, Apelação n.º 0000094-73.2015.7.11.0211, Relator: Ministro Ten Brig Ar FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO, julgado em 02/02/2017, publicado em 20/02/2017).

435

Ora, os precedentes apresentados pela Corregedoria, com a devida vênia, não são aptos para negar a aplicação do ANPP como pretendido. **É que a deserção e o desrespeito a superior são crimes contra a autoridade e disciplina e contra o serviço militar, crimes propriamente militares,** os quais, tanto na Resolução 181, do Conselho Nacional do Ministério Público (§ 12, do art. 18⁶) – **que é anterior à Lei Anticrime** criadora da proposta de acordo, como na Resolução 126 do Conselho Superior do Ministério Público Militar⁷ – **que é de maio de 2022,** deixaram claro que **a proposta de ANPP não cabe nos crimes que afetem a disciplina e a hierarquia.**

⁶ **Res. 181, do CNMP, art. 18, § 12.** As disposições deste Capítulo **não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.** (Incluído pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018)

⁷ **Res. 126, do CSMPM, art. 1.º** reincluindo o art. 18 da Res. 101/2018, do CNMP: **Art. 18 (...), §1.º Não se admitirá a proposta nos casos em que: (...) X – o delito for cometido por militar,**

Tão somente nestes se impede a proposta de acordo, aliás, voltando os olhos para o mandamento constitucional, iremos verificar que **a disciplina e a hierarquia** [*que são inclusive princípios constitucionais tanto das Forças Armadas (art. 142) como das polícias e corpos de bombeiros militares (art.42)*] **restaram preservadas pela Carta Magna** que, ao declarar em seu art. 5º, LXI, que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, **excepcionou apenas aqueles casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei**, pois são esses os delitos que afetam diretamente a hierarquia e a disciplina, definidos que estão, inclusive, no Código Penal Militar.

Mas **a exceção constitucional nunca alcançou os crimes militares impróprios**, e agora, com o advento da Lei 13.491/17, **nem os crimes militares por extensão** [*também chamados de crimes militares extravagantes*].

Ad *argumentandum tantum*, no precedente apontado acima, do HC no STF, **o crime de roubo de fuzil e munição já estaria impedido naturalmente** pelo art. 18 da Res. 181 do CNMP, pelo art. 28-A do CPP e pelo art. 18, da Res. 101, reintroduzido pela Res. 126 do CSMPM, já que a pena imposta em sede de recurso pela Justiça Militar de forma definitiva foi de **6 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão** (*STM, Embargos Infringentes e de Nulidade nº 7000525-40.2018.7.00.0000, rel. Min. Ten Brig Ar William de Oliveira Barros, julgado em 30.04.2019*) e **assim, não faria nunca jus à proposta de acordo**, além do **que o crime de roubo** (CPM, art. 242, § 2º, II e IV) – que só se perfaz com uso de violência e grave ameaça **não tem pena mínima inferior a 4 anos**, e foi **qualificado pelo concurso de duas ou mais**

isoladamente ou em coautoria com civil, e afete a hierarquia e a disciplina, devidamente justificada.

peçoas, contra vítima militar em serviço sendo incabível a proposta de acordo sob todos os aspectos.

2 PARALELO ENTRE A INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 9.099/1995 E O ANP

A Cartilha da Corregedoria abriu parênteses para realizar breves considerações sobre a Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, anotando que seu artigo 2º estabelece que “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Lembrou que **diante da incompatibilidade de certas diretrizes com esta Justiça Castrense, foi editada pelo STM a Súmula no 9** (“A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União.”), e que tal entendimento mais tarde viria a ser acolhido pelo Congresso Nacional, culminando na promulgação da Lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999, a qual, ao acrescentar o art. 90-A, positivou a vedação da aplicação das disposições da Lei 9.099/1995 no âmbito desta Justiça Castrense: “Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”

A Informação Técnico-Jurídica da Corregedoria assevera que apesar de terem sido levantados questionamentos sobre o art. 90-A, as duas Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento acerca da constitucionalidade do aludido dispositivo legal, citando precedentes das 02 (duas) Turmas do STF, a saber, o **Agravo Regimental em Habeas Corpus (HC nº 151333 AgR/RJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 29/06/2020 e publicado em 05/08/2020)**, versando sobre a aplicação do JEC em crime de desobediência (CPM, art. 301); e o ARE

879330 AgR/DF, Relator: Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 01/12/2015 e publicado em 10/02/2016), versando sobre crime de desacato a militar, ambos os delitos **praticados por civil**.

Em que pese o posicionamento da Suprema Corte – de todo questionável, não há como se estabelecer conexão entre o dever de zelar pela hierarquia e disciplina com civis, já que parece ser indiscutível que estes não estão submetidos a regime militar.

Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero apontam que a doutrina argentina da legislação revogada denominava os crimes cometidos por civis de “falsos delitos militares”, ponderando que, **se o art. 508 do antigo Código de Justiça Militar caracterizava o delito como toda violação dos deveres militares, não se pode afirmar que violam seus deveres militares quem não os tem a seu cargo**. Para os referidos autores, os delitos que afetam bens jurídicos militares, porém são cometidos por civis, não podem considerar-se delitos militares, serão delitos especiais do direito penal comum (1980, p. 199).

Portanto, **a Lei dos Juizados Especiais Criminais pode e deve ser aplicada na Justiça Militar, principalmente em face do advento da Lei 13.491/17**, que trouxe uma nova categoria de crime militar, qual seja, o crime militar por extensão, aumentando em muito a competência da Justiça Especializada.

Não foi outra nossa conclusão em obra específica, quando afirmamos que **parece claro que a Súmula 09, do STM**, “a Lei 9.099, de 26.09.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União”, **igualmente deverá merecer uma reavaliação** por parte da Corre Superior Castrense, **sendo aceitável, em face do advento da Lei 13.491/2017, que a inaplicabilidade da Lei 9.099/1995 se dê, apenas, em relação aos crimes militares próprios contra a autoridade e contra a disciplina militar**, que

estão previstos no Título II, da Parte Especial do CPM, entre os arts. 149 a 177, **podendo ser aplicável sem ressalvas aos demais tipos penais militares** que possibilitem o enquadramento como sendo de menor potencial ofensivo (2022, p. 108).

No paralelo traçado entre a Lei dos Juizados Criminais Especiais e o ANPP, a Cartilha da Corregedoria anotou que **a Lei nº 9.099/1995 foi editada para ser aplicada às infrações penais de menor potencial ofensivo**, abarcando as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos (artigos 60 e 61). Também entendeu relevante dizer **que o recente Acordo de Não Persecução Penal se volta às infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos** (Art. 28-A, caput, do CPP), que seriam o que rotulou de **infrações de médio potencial ofensivo**, direcionado a delitos mais graves, conforme a grande diferença existente entre as penas que servem de referência para o emprego da Lei nº 9.099/1995 e do ANPP, **tendo observado um movimento de defesa da utilização deste Instituto, encabeçado por Órgãos de relevo que atuam nesta seara Especializada.**

A Cartilha, inclusive faz interessante trocadilho, afirmando que se mostra apropriado mencionar o princípio lógico-jurídico segundo o qual *“quem pode o mais, pode o menos”*. Pela Informação Técnico-Jurídica, ao comparar a Lei 9.099/1995 com o ANPP, poder-se-ia concluir que **“quem não pode o menos, não pode o mais”**. Por conseguinte, a inaplicabilidade da Lei 9.099/1995, que se encontra devidamente normatizada, tornaria incoerente a hipótese de aplicação do novo art. 28-A do CPP, pois não sendo possível realizar a transação penal às infrações penais de pequena ofensividade, com pena máxima não superior a 2 (dois) anos, tampouco seria possível transacionar, por meio de um ANPP, em relação às condutas delituosas que possuam pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Com a devida vênia, o silogismo não convence e não tem força para negar a aplicação analógica, tanto da Lei 9.099/95 como do ANPP.

Na referida Cartilha, após se referir ao movimento encabeçado por Órgãos de Relevância atuantes na Justiça Militar, **há uma ressalva, feita pela Corregedoria com todas as vênias ao Órgão Ministerial, no sentido de que este estaria tentando transplantar para este ramo especializado um instituto jurídico que foi pensado a partir das particularidades da Justiça Penal Comum.**

Em outros pontos da Cartilha, fica claro que o ponto fundamental para negar a aplicação do acordo de não persecução penal na Justiça Militar é o de que **seria a criação de verdadeira *lex tertia* resultante de um hibridismo normativo que é manifestamente vedado pelo ordenamento pátrio, em face do princípio da especialidade**, ou seja, o ANPP estaria a ferir a **índole do processo penal militar**, bem como por ocasião da edição da Lei Anticrime, houve um **“silêncio eloquente”** em relação à justiça castrense, pois quando o legislador anticrime quis estender inovações, o fez expressamente, como por exemplo, com a edição do novel art. 16-A, do CPPM, o qual, em nosso entender, conforme publicado no site Migalhas – Migalhas de Peso, “juntamente com o artigo 14-A do CPP, assumem ares de inconstitucionalidade, pois criam dentro do serviço público uma categoria anti-isonômica de privilegiados, cuja corporação é obrigada a lhes nomear um defensor, como se ela mesma contasse com um quadro específico para isso” (2020).

Uma vez mais, discordamos com todas as vênias. Conforme já dissemos anteriormente em artigo publicado na Revista Conceito Jurídico, de **silêncio eloquente** não se trata, pois este, **no magistério de Luís Roberto Barroso** (*ainda que se referindo à questão dos fetos anencéfalos - ao encerrar entrevista concedida em 24.05.2010 ao Blog Os Constitucionalistas*), **“é quando você, ao não dizer, está se manifestando.**

Lacuna é quando você não cuidou de uma matéria. E **omissão** é quando você não cuidou tendo o dever de cuidar. No caso dos fetos anencéfalos, estamos diante de uma omissão inconstitucional. E na vida política existem espaços que não foram legislados. Nesses espaços, quando você precisa tomar uma decisão, você deve tomá-la à luz dos princípios constitucionais” (2021, p. 68-75).⁸

Seguindo o entendimento do Professor Luís Roberto Barroso, agora Ministro do Supremo Tribunal Federal, veremos que o Superior Tribunal Militar exercita o “silêncio eloquente”, ao menos por 02 (duas) fórmulas, durante as sessões de julgamento do seu Plenário, transmitidas inclusive pelo seu Canal do Youtube. Após a leitura da Ata da sessão anterior, o Presidente anuncia em voz alta: “em discussão” e, não havendo nenhuma interferência de algum ministro, com todos permanecendo silentes considera-se ultrapassada essa fase. Logo em seguida, anunciará novamente, “em votação”, e, se todos permanecerem silentes significa que a decisão será unânime porque estão de acordo com Ata, ou seja, ao não dizerem nada os ministros estarão com certeza se manifestando!

Da mesma forma, havendo espaços que não foram legislados, quando você precisa tomar uma decisão, você deve tomá-la à luz dos princípios constitucionais. **Claro, tomar uma decisão à luz dos princípios constitucionais implica em aceitar não ser crível que um diploma que completou mais de 50 anos de acentuada defasagem, em relação ao processo penal comum, possa ser tido como capaz de decretar o afastamento de modernos institutos despenalizadores e garantistas da dignidade humana**, que mostram, antes de tudo a evolução do próprio direito e o reconhecimento de que o militar também é sujeito de direitos e garantias. O Magistrado Rodrigo Foureaux lembrou, em preciosa publicação

⁸ *A teoria do silêncio eloquente: O novo canto da sereia ecoando na justiça militar*. Disponível em: SILENCIO_ELOQUENTE.pdf (jusmilitaris.com.br). Acesso em: 16 maio 2023.

sobre a possibilidade de ANPP no Observatório da Justiça Militar Estadual do Tribunal de Justiça Militar mineiro (2020), que, enquanto o CPP sofreu 57 alterações desde sua edição, o CPPM apenas 06⁹.

Não foge disso a percuciente observação de Manoel Jorge e Silva Neto & Cícero Robson Coimbra Neves em artigo publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, para quem as discrepâncias das legislações penais e processuais penais comum e militar são evidentes no Brasil e não podem ser atribuídas a um só motivo ou fenômeno. **Os códigos têm “berços” diferentes, sofreram, cada um, reformas de maior e menor abrangência, e trazem marcas dos regimes governamentais e modelos dogmáticos de suas épocas**, notadamente o governo Getúlio Vargas e militar.

Os autores aduzem que não se discute que o universo dos crimes militares merece uma distinção e, nesse propósito, há peculiaridades a serem mantidas. Discrepâncias não são necessariamente indesejadas. **Por outro giro, partindo de um sistema constitucional único, a matriz exige que apenas se possa admitir distinção quando houver uma razão coerente para o tratamento não isonômico na lei.** Um pressuposto lógico que garanta o respeito substancial ao princípio da igualdade aos jurisdicionados das Justiças Militares em relação àqueles da Justiça Comum – o que não tem sido observado (2023, p. 90).

E é exatamente por isso que afirmamos alhures, em anotações ao Código de Processo Penal Militar, que **a aplicação do ANPP na Justiça Militar**, por força do art. 3º, letra ‘a’, do Código de Processo Penal Militar que a autoriza, **em nada ofende a índole do processo penal castrense**, que está diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações, que, sendo inerentes aos membros das Forças Armadas, devem ser

⁹ Disponível em: <https://observatoriodajusticamilitar.info>. Acesso em: 16 maio 2023.

observados no decorrer do processo, enquanto o acusado mantiver o posto ou graduação correspondente, e que é dirigida também à observância das prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente), na prestação do compromisso legal pelos juízes militares (art. 400, CPPM), dentre outras, como já foi dito em outro espaço (2020, p. 38).

A aplicação analógica de institutos do processo penal comum ao processo penal castrense é sempre possível. Com efeito, o Juiz Federal da Justiça Militar Ataliba Dias Ramos, em precisa análise sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal (HC 127.900/AM) e a nova sistemática do interrogatório nos termos do PL 9436/2017, trouxe à baila que **referido projeto**, que tramita na Câmara dos Deputados, **busca alterar diversos artigos do CPPM, bem como revogar o art. 90-A da Lei 9099/95, a fim de compatibilizar o regramento processual penal militar com o comum e com a Constituição Federal** (2022, p. 210).

O ilustre magistrado observa que a iniciativa legislativa é posterior à importante decisão do E. STF (HC 127.900/AM) que transferiu o interrogatório do acusado para o final da instrução criminal no processo penal militar, sendo verdade que o interrogatório foi apenas um dos diversos temas que sofreram alteração, mas isso não impede de identificar que o Poder Judiciário, mais uma vez, exerceu influência para que o Poder Legislativo sãisse de sua inércia. (*sublinhado do autor*). Ele destacou que o então relator do aludido PL, Deputado Subtenente Gonzaga, deixou claro o peso da decisão do STF para a proposta legislativa, *verbis*:

(...) a incompatibilidade entre o CPPM e o nosso sistema constitucional também fica demonstrada com a jurisprudência consolidada, do Supremo Tribunal Federal determinando que certos atos processuais no curso do

processo penal militar sejam praticados conforme o CPP comum, a exemplo da realização do interrogatório ao final da instrução probatória. Necessário, portanto, realizar as devidas mudanças no CPPM, a fim de que tal Código, de fato, possa ser eficaz e coeso com o nosso sistema processual constitucional e acusatório (2022, p. 211-212).

Nunca é demais lembrar que a questão do interrogatório do réu como primeiro ato estava sumulada pelo STM, mas **a antiga Súmula 15** do Superior Tribunal Militar, “a alteração do art. 400 do CPP, trazida pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que passou a considerar o interrogatório como último ato da instrução criminal, não se aplica à Justiça Militar da União”, de 2013, **foi cancelada pelo DJe nº 88, de 17.05.2016**, em razão, especificamente, da decisão do STF anteriormente referida.

Da mesma forma, em face da resistência do STM em acatar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que apontava para processar e julgar civis denunciados pelo crime de falsificação da carteira de habilitação naval (CIR) ou habilitação de arrais-amador, os Ministros que compõem a 2ª Turma do STF, sugeriram, na sessão de 13.09.2011, que o decano, Ministro Celso de Mello, elaborasse uma Proposta de Súmula Vinculante (PSV) a respeito da matéria¹⁰, que viria a redundar na Súmula Vinculante 36 assentando a competência para a Justiça Federal daquilo que a Corte castrense se negava a aceitar.

Por fim, no paralelo estabelecido entre o ANPP e a Lei 9099/95, para demonstrar a inaplicabilidade daquele instituto, a Cartilha enfatizou que o ANPP, por via reflexa, poderá retirar grande parcela da jurisdição da Justiça Militar da União, **impedindo o processo e julgamento de delitos cuja pena mínima situem-se abaixo de 4 (quatro) anos. Nesse prisma, prosseguiu a publicação, um Oficial indiciado por peculato (art. 303 do CPM), cuja pena mínima é de 3 (três) anos, caso celebre ANPP, não**

¹⁰ Noticiado em 14.09.2011, Disponível em: ConJur - Supremo quer propor súmula para que STM aplique sua jurisprudência. Acesso em: 16 maio 2023.

poderia responder à Representação para Declaração de Indignidade ou de Incompatibilidade para com o Oficialato. Segundo a cartilha, assim, o militar estaria livre da pena, bem como de eventual declaração de indignidade, o que poderia fragilizar os caros princípios da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas, e **nesse sentido, colacionou julgado do Superior Tribunal Militar**, qual seja, a Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 7000459-89.2020.7.00.0000, Relator: Ministro Gen Ex MARCO ANTÔNIO DE FARIAS, julgado em 09/12/2021 e publicado em 20/12/2021.

Uma vez mais pedimos vênua para contestar o exemplo da Cartilha, pois no caso ali referido, em hipótese alguma caberia a proposta de acordo de não persecução penal, senão vejamos: A leitura do inteiro teor do acórdão demonstra que **o oficial réu daquele processo foi condenado por peculato a uma pena definitiva de 4 (quatro) anos**, que, ainda que em princípio a pena base do art. 303 do CPM seja de 03 anos, e assim o marco temporal não impediria a proposta, **nos termos tanto da Resolução 181 do CNMP como da Resolução 126 do CSMPM, existia um impedimento para tanto, já que o dano causado ao erário foi no valor de R\$ 4.382.299,28** (quatro milhões, trezentos e oitenta e dois reais, duzentos e noventa e nove reais e vinte e oito centavos), **muito superior ao limite de 20** (vinte) vezes o salário mínimo, atualmente fixado em R\$ 1320,00 (hum mil, trezentos e vinte reais) **previsto no § 1º do art. 18** da Resolução 101 do CSMPM, também previsto no **§ 1º, inciso II, do art. 18**, da Resolução 181, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Isso sem falar que o acordo de não persecução não é direito subjetivo do réu, mas sim uma faculdade do membro do Ministério Público Militar, que poderá inclusive, estipular outra condição a ser cumprida, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada, faculdade prevista não só na Res. 101/CSMPM

(art. 18, V), como na Res. 181/CNMP (art. 18, V), como no próprio Código de Processo Penal comum (art. 28-A, V).

Portanto, **os exemplos trazidos pela Cartilha do ANPP não são aptos para impedir a aplicação do referido instituto**. Isso é facilmente percebido pela apresentação do PL 9436/2017, em que o Deputado Subtenente Gonzaga afirmou que **sua iniciativa visou corrigir “a incompatibilidade entre o CPPM e o nosso sistema constitucional”**. Outra iniciativa legislativa, o PL 2.233/2022, atualmente no Senado¹¹, mas proveniente da Câmara dos Deputados¹², **faz diversas alterações no Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar (CPM), no intuito também de compatibilizá-lo com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (CP), e com a Constituição Federal**. Modifica, ainda, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para classificar como hediondos os crimes descritos no CPM que se assemelham aos atualmente aos relacionados no art. 1º da referida lei.

Ou seja, existe inclusive um movimento legislativo avançando no sentido de compatibilizar a legislação penal e processual penal militar com sua congênere do Direito comum e, principalmente com a Constituição Federal, em que o acordo de não persecução penal tem fonte segura.

3 DO IMPACTO DA SÚMULA 18 DO STM NA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Já dissemos linhas atrás que a Súmula 18 – defendida pela Informação Técnico-Jurídica da Corregedoria, acaba por impor [*não deveria*] uma certa cautela reverencial aos magistrados da Justiça Militar da União, se bem que o instituto vem sendo aplicado com a independência que lhe é

¹¹ Sob a relatoria do Senador Hamilton Mourão.

¹² PL nº 9.432/2017, originado na Câmara dos Deputados.

inerente em algumas Auditorias, como por exemplo a 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar com sede em Bagé-RS.

A Súmula 18 do STM não vincula os magistrados da Justiça Militar da União, muito menos da Justiça Militar Estadual, porque ela não tem efeito vinculante, que é próprio das Súmulas editadas com tal qualidade pelo Supremo Tribunal Federal (CF, art. 103-A), **mas mesmo estas podem ser revistas ou canceladas** mediante procedimento específico previsto na Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2016.

A Cartilha demonstra o entendimento esposado pelo STM sobre o ANPP. Chama a atenção, no entanto, que a Súmula 18 venha ganhando adeptos na Justiça Militar Estadual. O acolhimento da súmula pelos Tribunais de Justiça Militar dos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo já era esperado, sempre em defesa da chamada “índole do processo penal militar” [*que já demonstramos linhas atrás não ter o alcance que se lhe é dado*] e do “princípio da especialidade”, cuja simples demonstração dos projetos de lei PL 9436/2017, e PL 2.233/2022, já demonstra que esta especialidade, defasada no tempo, não possui mais o caráter castiço de então, obra inclusive da Lei 13.491/17, que transforma em crime militar qualquer crime comum, desde que cometido em determinadas situações.

Nos Estados onde não existe Tribunal de Justiça Militar, verifica-se, em algumas Unidades da Federação, que a Justiça Penal Militar Negocial prospera, v.g., Distrito Federal e Santa Catarina. Em outros Estados como o Maranhão e Piauí, e no Paraná, o ANPP era aplicado e, após a edição da Súmula 18, deixou de sê-lo, o que é lamentável.

No Paraná o acordo era praticado, inclusive, com a participação da Corregedoria da Polícia Militar, em uma salutar cooperação com o Ministério Público e participação igualmente da Defensoria Pública do Estado, tendo sido padronizado pela **Orientação nº 015, de 15 de dezembro de 2020**, do Corregedor-Geral da Polícia Militar. **Nesse documento** – de

extrema importância, pois **demonstra que o ANPP não ofende os princípios da hierarquia e disciplina** –, a manifestação favorável partiu da própria instituição militar a quem cabe preservá-los, a COGER/PMPR fez a seguinte orientação que se vale a pena transcrever pela lucidez e serenidade com que o assunto foi tratado, podendo servir de exemplo para outras unidades da Federação:

- 1. Após instruídos e concluídos, os inquéritos policiais militares são remetidos à VAJME para análise do Ministério Público quanto ao oferecimento de denúncia ou de arquivamento.** Na primeira hipótese, com a entrada em vigor do art. 28-A do Código de Processo Penal Comum vislumbrou-se a possibilidade de oferecer ao acusado o ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, evitando o processo criminal naqueles casos em que há indícios suficientes de autoria e materialidade. Os termos do acordo são definidos e ofertados pelo representante do Ministério Público, conforme viabilidade do tipo penal infringido e das características do autor e do fato, ou seja, esta possibilidade de acordo é oferecida na fase préprocessual, antes do oferecimento da denúncia.
- 2. Nesta hipótese, o promotor de justiça redige os termos do acordo e o encaminha à COGER de forma eletrônica via sistema PROJUDI,** devendo ser adotados os seguintes procedimentos pelo Cartório de Polícia Judiciária Militar (CPJM) da COGER: a. Receber o documento, que entrará como PENDÊNCIA no EPROCPMPR; b. Informar à OPM/OBM onde o militar estadual está lotado a respeito das providências que devem ser adotadas. Este contato pode se dar através de e-mail ou telefone; c. Encaminhar o IPM através da funcionalidade REMESSA INTERNA, inserindo prazo necessário para cumprimento; d. Inserir todos estes trâmites no campo “Movimentos” do SISCOGER, inclusive indicando o nome do militar estadual que foi informado sobre os trâmites necessários.
- 3. Em seguida, o SJD deverá receber o IPM no sistema EPROC e notificar o militar estadual interessado,** formalmente, através de contrafé assinada de maneira física ou por meio eletrônico (E-Protocolo), para que compareça ao quartel com a finalidade de se manifestar a respeito do proposto pelo Ministério Público. A notificação deverá conter as seguintes informações essenciais: a. Dia e horário estipulados; b. Cópia do documento de proposição do termo de acordo; c. Informação de que tanto para o aceite quanto para a renúncia do acordo deverá estar assistido por advogado constituído.
- 4. Comparecendo o militar na data e horário combinado,** o SJD apresentar-lhe-á novamente os termos do acordo ofertado: a. Em caso de aceite, deverá providenciar os

seguintes documentos, assinados pelo SJD, pelo militar estadual acusado, por seu advogado e por duas testemunhas: 1) Certidão a respeito da anuência pelo militar estadual interessado, conforme modelo em anexo; 2) Acordo de não persecução penal redigido pelo Ministério Público; b. Em caso de recusa, deverá ser providenciada certidão, assinada pelo SJD, pelo militar estadual acusado, por seu advogado e por duas testemunhas, conforme modelo em anexo.

5. Caso o militar estadual não se apresente com defensor constituído, o SJD deverá entrar em contato com a Defensoria Pública do Paraná, através do telefone (41) 99181-6960 ou do e-mail natalia.stephane@defensoria.pr.def.br, para verificar os trâmites necessários. Se for o caso, deverá ser agendada nova data para apresentação da proposta de Acordo de Não Persecução Penal.

6. Dependendo da situação, caso seja mais oportuno e conveniente, a reunião para apresentação do Acordo de Não Persecução Penal poderá se dar por videoconferência, desde que observado o contido na Orientação nº 012/2020-COGER e os aspectos que seguem: a. No início da gravação, o militar estadual que estiver conduzindo o ato deverá dizer a data, o horário, local, o seu posto/graduação e nome completo, RG e função que atua. Na sequência, informar a finalidade daquela videoconferência e indicar quem são os presentes. Por exemplo: “Hoje, dia 27 de novembro de 2020, às 08h30min, na sede do 89ºBPM, eu, 1º Ten. QOPM Fulano de Tal, RG 123456-7, Chefe da SJD, e este ato tem a finalidade de apresentar ao 1º Sgt. QPM 1-0 Ciclano dos Anjos o Acordo de Não Persecução Penal ofertado nos autos nº XXXX, vinculados ao IPM nº xx/2020”. b. Logo depois, o responsável pelo ato deverá solicitar aos presentes que se identifiquem, mostrando para câmera documento de identificação com foto e informando o seu nome completo; c. Isto feito, deverá ser lido na íntegra o conteúdo do Acordo de Não Persecução Penal, ao final indagando ao militar estadual destinatário e ao seu representante legal se concordam ou não com o seu conteúdo, inclusive no tocante à confissão do militar estadual, e tomando cuidado em questionar também sobre possíveis aspectos que podem ser definidos pelo policial ou bombeiro, como a quantidade de parcelas para adimplir com multa, dias de semana para prestar serviços à comunidade, dentre outros. d. Por fim, pode-se encerrar a gravação, inserindo-a no EPROCPMPR.

7. Após a assinatura física dos documentos a SJD da Unidade deverá: a. Digitalizar todos os documentos, de forma individual, inserir no sistema EPROCPMPR e realizar a assinatura digital; b. Realizar a remessa PROJUDI através da funcionalidade específica do EPROCPMPR “PENDÊNCIAS”; conforme descrito no Anexo IV; c. Ao final, elaborar um despacho no EPROCPMPR informando a realização dos atos descritos acima e restituir o IPM à COGER, através da funcionalidade REMESSA INTERNA.

8. Os documentos físicos originais assinados deverão ser encartados nos autos físicos do IPM, preservados na unidade militar, com nova produção da “Certidão de Documentos Digitalizados”, conforme a Instrução Normativa nº 003/2019-COGER. No caso de mídias digitais, deve-se observar o previsto na Orientação nº 012/2020-COGER.

9. Recebido o procedimento na COGER, deverá o militar estadual pertencente ao CPJM: a. Realizar a conferência da documentação produzida, assinada digitalmente e enviada ao PROJUDI, realizando as anotações necessárias no campo “MOVIMENTOS” do SISCOGER; b. Ainda no SISCOGER, no campo “Síntese do Fato” do procedimento, deve-se inserir no início do parágrafo a sigla ANPP, de modo que seja viável localizar os casos nos quais a medida foi aplicada. Isto deve ser realizado até o desenvolvimento no sistema de funcionalidade apropriada para tal cadastro; c. Na sequência, o IPM deverá ser arquivado digitalmente em local já definido pelo Cartório de Polícia Judiciária Militar da COGER; d. Se o acordo for homologado pelo Juiz de Direito titular da VAJME, deve-se alterar o campo “andamento COGER” para “ARQUIVADO VAJME”.

10. Os termos do Acordo de Não Persecução Penal encaminhados são fixos e não é viável oferecer, neste momento, uma contraproposta ou aceitá-lo parcialmente. Caso não seja interesse do militar estadual realizar o acordo, deve ficar ciente que será oferecida a denúncia e que passará a figurar como réu em um processo criminal. De outra forma, poderá seu advogado, diretamente no PROJUDI, peticionar oferecendo uma nova proposta. De todo modo, como providência do SJD, deverá ser lavrada a certidão de recusa.

11. Cabe à COGER acompanhar os trâmites e realizar a inserção de informações pertinentes no SISCOGER.

12. As dúvidas decorrentes podem ser sanadas junto à Corregedoria-Geral, preferencialmente pelo e-mail: cogermadm@pm.pr.gov.br ou por telefone (41) 3815-1065/1066.

13. Modelo dos documentos mencionados seguem em anexo desta Orientação¹³.

4 DA POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DIANTE DA SÚMULA 18

Não deixa de chamar à atenção a posição de certa postura passiva adotada por alguns membros do Ministério Público Militar – e o dos ramos

¹³ Assinado pelo então Corregedor-Geral da PMPR, Cel QOPM William Kuczynski em 15/12/2020. A autenticidade deste documento pode ser validada no endereço: <https://www.eprotocolo.pr.gov.br/spiweb/validarAssinatura> com o código: c3726a53cc7ee06a9e41373b0390d6f8.

estaduais também – acerca da Súmula 18 do Superior Tribunal Militar e da própria Cartilha da Corregedoria sobre o ANPP.

Isso porque o ANPP não é direito subjetivo do investigado, **mas sim uma faculdade do membro do Ministério Público, que detém a exclusividade de propô-lo ao** receber os autos do caderno investigatório. **Carece de sentido renunciar a uma legitimação exclusiva conferida ao dono da ação penal pública.**

Nas palavras do Min. Luiz Fux na Medida cautelar nas ADI 6305, (CONAMP); 6298 (AMB); 6299 (PODEMOS e CIDADANIA); 6300 (Dir Nac PSL), em decisão de 22.01.2020, referido linhas atrás, **o Parquet é de fato, o legitimado constitucional para a elaboração do acordo**, com possibilidade de o juiz controlar a legalidade do acordo de não persecução penal prestigiando o sistema de “freios e contrapesos” no processo penal **sem interferir na autonomia do membro do Ministério Público** (órgão acusador, por essência);

Com isso, disse o Ministro que **o magistrado não pode intervir na redação final da proposta de acordo de não persecução penal de modo a estabelecer as suas cláusulas**. Ao revés, o juiz poderá (a) não homologar o acordo ou (b) devolver os autos para que o *parquet* – de fato, **o legitimado constitucional para a elaboração do acordo** – apresente nova proposta ou analise a necessidade de complementar as investigações ou de oferecer denúncia, se for o caso.

O Ministério Público é, na dicção constitucional, o legítimo defensor da ordem jurídica, o Fiscal da Lei, atributo valioso que exerce juntamente com a condição de **defensor do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis** (CF, art. 127), e por isso causa espécie que, ao apontar a posição do Superior Tribunal Militar sobre o ANPP, a Cartilha da Corregedoria tenha elencado inúmeros precedentes rechaçando o pretendido instituto, em que todos os julgamentos foram

decorrentes de **recursos interpostos pela Defesa** dos acusados, notadamente pela Defensoria Pública da União, **não se verificando precedente decorrente do inconformismo do órgão ministerial por eventual não homologação do ANPP, tudo levando a crer que alguns quadros do Ministério Público Militar dobram-se diante da posição (discutível) do Tribunal.**

Ora, a aplicação do ANPP na Justiça Militar se dá com fundamento no art. 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar, ao asseverar que os casos omissos neste Código serão supridos pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar. **Aplicação por analogia já que estamos diante de uma lacuna, perfeitamente possível porque em nada ofende a índole do processo penal castrense como visto anteriormente,** aliás, aplicação semelhante se faz em relação ao art. 400 do CPP (*interrogatório como último ato do processo*) se sobrepondo ao art. 302 do CPPM; e do art. 188 do CPP (*que permite às partes pedirem esclarecimentos ao réu*) prevalecendo sobre o art. 303 do CPPM, que não permite nenhuma intervenção. Que dirá então dos embargos declaratórios em sede de decisão de primeiro grau, que já eram perfeitamente cabíveis, pela aplicação analógica do art. 382 do CPP, e que agora restaram previstos entre os artigos 130-132 do Regimento Interno do STM, inclusive na forma do constante do Novo Código de Processo Civil de 2015. Não se olvide igualmente da aplicação analógica da realização do interrogatório e oitiva de testemunhas por videoconferência, tudo a demonstrar que o alinhamento do CPPM com processo penal comum e com a Constituição em nada ofende a índole do processo penal militar, mas antes a fortalece.

É bom que se diga que, **se o órgão ministerial propõe o acordo de não persecução penal, o acusado aceita os termos nele impostos, e o magistrado homologar o ANPP, a questão se resolve em primeiro grau**

de jurisdição, independentemente da existência da Súmula 18, que não vincula nem o Juiz e nem o MP, dotados que são de inequívoca independência para o exercício de sua missão. **Sequer se poderia falar que a homologação do ANPP** careceria de fundamentação, porque deixou de seguir enunciado de súmula, ou jurisprudência ou precedente do tribunal, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, porque isso teria que ter sido invocado por uma das partes (NCPC, art. 489, § 1º, VI), o que, convenhamos, jamais iria acontecer, já que o prévio acordo entre elas é que irá se submeter à homologação judicial.

E nem se diga que a Justificação ao Projeto de Lei do qual derivou a Lei nº 13.964/2019, expressamente excluía a aplicabilidade dos Institutos da Justiça Consensual aos crimes militares, porque não convence. **A previsão de inaplicabilidade era de simples justificativa do autor do projeto** e não de sua aprovação pelo Congresso. Aliás, mesmo os projetos de lei aprovados pelo devido processo legislativo não são definitivos, já que, nos termos do art. 84 da Carta Magna, caberão ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis (inciso IV), **podendo vetar tais projetos de lei**, total ou parcialmente (inciso V). Se já é difícil interpretar o espírito do legislador, que dirá o espírito do autor do projeto, ou de seu emendador como sói acontecer.

Mas a Cartilha do ANPP caminhou, ainda, por caminhos mais sinuosos, vejamos:

A Informação Técnica-Jurídica da Corregedoria afirma que apresentado o acordo de não persecução penal **não se estará diante de hipótese de recusa de homologação, conforme descrito nos parágrafos 7º e 8º do art. 28-A do CPP, mas sim de verdadeiro indeferimento**, em face do não acolhimento do Instituto pela Justiça Criminal Militar. Ora, **a aplicação analógica do artigo autorizador do ANPP implica em aceitar todo o procedimento previsto no dispositivo legal**, que, no caso, ante o teor

do § 8º do art. 28-A do CPP, recusada a homologação, caberá ao juiz devolver os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, **não havendo espaço para a figura de indeferimento** – *eufemismo criado para abrandar a recusa de homologação* – **criada pela Cartilha**.

E aceitar igualmente o recurso cabível, já que o Código de Processo Penal traz no art. 581, XXV, a possibilidade de **Recurso em Sentido Estrito** da Decisão “que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei”, não havendo fundamento legal para o que a Cartilha chamou de **Impugnação à Decisão que Indeferiu o ANPP**.

454 Sendo o recurso em sentido estrito previsto no Código de Processo Penal comum, o instrumento adequado para se atacar a recusa de homologação do ANPP, desnecessário fazer ilações sobre os demais recursos previstos no CPPM. **Da mesma forma que em relação ao art. 28-A, a aplicação do art. 581, XXV do CPP irá ocorrer por analogia, em face da lacuna existente**. Não seria crível que se pudesse aplicar um instituto do processo penal comum ao processo penal militar e não pudesse aplicar exatamente o recurso posto em defesa da aplicação daquele instituto pretendido.

E, ao contrário do afirmado pela Cartilha, **evidencia-se adequado o encaminhamento à Câmara de Coordenação e Revisão do MPM** nos casos de em que ocorrendo recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP. É que **enquanto o art. 28**, do Código de Processo Penal, com a redação da Lei Anticrime, produziu profunda alteração na sistemática de arquivamento do inquérito policial – **encontrando-se atualmente suspenso sine die**, por força de decisão exarada em 22 de janeiro de 2020, na ADI 6305/MC, **o art. 28-A**

foi plenamente reconhecido – na mesma decisão –, **como válido**, e com ele todos os seus parágrafos, não havendo razão para afastá-lo do contexto permissivo da aplicação analógica.

Mas a Cartilha foi mais longe ainda, quando anotou **que durante as atividades Correicionais foi observado que o Ministério Público Militar já requisitou diligências ao Encarregado de Procedimento Investigatório no sentido de que fossem realizadas gestões junto ao Indiciado acerca de eventual aceitação de ANPP, caso fosse proposto**. A Corregedoria entendeu não ser possível “delegar” tal atribuição, porque não seria competência da Polícia Judiciária Militar realizar este tipo de diligência, **motivo pelo qual sustenta ser adequado o indeferimento de solicitações nesse sentido**.

Uma vez mais, com todas as vênias, a afirmação está equivocada, **devendo ser reafirmado que o MPM não está sujeito à atividade da Corregedoria da Justiça Militar**. Com efeito, nos termos do art. 129 da Constituição Federal, são funções institucionais do Ministério Público **exercer o controle da atividade policial (VII)**; além de **requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial**, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (VIII), lembrando que a conjunção ‘e’ liga duas orações com mesma função e assim, **tanto pode requisitar diligências investigatórias [inclusive preparatórias do ANPP] como requisitar instauração de inquérito policial**.

O poder de requisição do Ministério Público foi repetido na Lei Complementar 75/1993 – Estatuto do Ministério Público da União, em seu ar. 117, incisos I e II, dirigidos inclusive à atividade da polícia judiciária militar e, igualmente, na Lei Federal 8625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em seu art. 26, inciso IV, razão pela qual **a autoridade militar que receber requisição do Ministério Público está obrigada a cumpri-la, sob pena de responsabilidade**. Por isso que o Ministério Público

pode requisitar da autoridade militar diligências complementares visando à análise do ANPP, aliás como restou demonstrado linhas atrás na fecunda parceria do Ministério Público paranaense com a Corregedoria-Geral da Polícia Militar e a Defensoria Pública Estadual.

O festejado doutrinador Cícero Robson Coimbra Neves, em precioso artigo publicado na Revista Lex de Criminologia & Vitimologia, em que analisou a participação da vítima de crime militar no acordo de não persecução penal, lembrou o embate entre o Superior Tribunal Militar e o Ministério Público Militar acerca do ANPP, informando que, diante de decisões do Superior Tribunal Militar no sentido de não aceitação do acordo de não persecução penal no âmbito da Justiça Militar da União, o Conselho Superior do Ministério Público Militar recuou e revogou o dispositivo que assimilava a celebração do acordo, por meio da Resolução CSMPM 115, de 29 de outubro de 2020.

Mas Cícero Coimbra complementa que, mesmo com a recalitrância da Corte Maior castrense e com a revogação do dispositivo normativo, os quadros de primeira instância do Ministério Público Militar continuaram a celebrar o acordo de não persecução penal, diretamente com espreque no art. 28-A do Código de Processo Penal comum e na alínea “a” do art. 3º do Código de Processo Penal Militar, e que tal fato foi levado à reflexão no Colégio de Procuradores, em encontro havido em novembro de 2021, quando, por maioria, aceitou a continuidade da celebração dessa modalidade de acordo extrajudicial, lavrando-se, inclusive, dois enunciados, como resultado do Encontro:

Enunciado 4: O Ministério Público Militar pode formalizar Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), com base no art. 3º, alínea “a”, do CPPM, c/c art. 28-A do CPP, tanto para civis, quanto para militares, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime militar.

Enunciado 5: Na celebração do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), deve o membro do MPM fixar o prazo do

cumprimento do acordo em tempo inferior ao da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, aplicável ao caso concreto.

E continuou informando que na sequência, o Conselho Superior do Ministério Público Militar, reestudando o assunto, retomou a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal na própria Resolução CSMPM 101/2018, fazendo-o pelo acréscimo do art. 18-A, por força da Resolução CSMPM 126, de 24 de maio de 2022, hoje remanescendo a possibilidade de celebração condicionada do ANPP para crimes militares de conceito estendido e limitado a casos em que haja dano ao erário até vinte salários mínimos, além das limitações presentes no próprio art. 28-A do CPP.

E que, **até mesmo em reação à postura do *Parquet Miliciens*, o Superior Tribunal Militar, em 22 de agosto de 2022, editou a Súmula 18**, segundo a qual o “art. 28-A do Código de Processo Penal comum, que dispõe sobre o Acordo de Não Persecução Penal, não se aplica à Justiça Militar da União”. Sem efeito vinculante, porém, a Súmula não tem obstado a celebração de acordo de não persecução penal em primeiro grau, com a homologação de alguns juízes da Justiça Militar da União, como passou a ocorrer no juízo da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar – 2ª Aud/3ª CJM (2023: 92-94).

Dado atuais, obtidos com a 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, sob a Chefia do ilustre Juiz Federal da Justiça Militar, Wendell Petrachim Araújo, demonstram uma perfeita sintonia com o MPM, sendo que, até o final de maio de 2023, já foram autuados 83 (oitenta e três) acordos de não persecução penal – ANPP, tendo todos sido homologados, sendo que 41 (quarenta e um) já foram arquivados pelo cumprimento das condições impostas e consequente extinção de punibilidade.

Aliás, a perfeita sintonia entre o Poder Judiciário e o Ministério Público Militar, no âmbito da 2ª Aud/3ªCJM, demonstra estreme de dúvida a possibilidade de aplicação e a efetividade dos acordos de não persecução

penal ali propostos e homologados. Para além da aplicação do ANPP, a 2ª Auditoria da 3ª CJM tem demonstrado que também a colaboração premiada, instrumento valioso na investigação penal e na recuperação dos ativos da Fazenda Pública, pode ser efetivada na Justiça Militar.

Notícia publicada no *site* do Ministério Público Militar deu conta da entrega, em 09 de março de 2022, de um próprio nacional residencial – PNR ao Exército Brasileiro, construído na cidade de Uruguaiana-RS, no âmbito dos Acordos de Colaboração Premiada, firmados entre o Ministério Público Militar, o Exército Brasileiro, na condição de autoridade de polícia judiciária militar, e dois colaboradores no bojo do Procedimento de Investigação Criminal (PIC) n 7000098-95.2019.7.03.0203.

Os dois Acordos de Colaboração Premiada homologados pelo Juízo da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, sediada em Bagé-RS, preveem a construção de 14 PNRs, sendo quatro em Uruguaiana, nove em Alegrete e um em Rio Grande, este destinado à Marinha do Brasil. O custo total para edificação dos 14 PNRs atinge a quantia de R\$ 5.225.066,16 (cinco milhões, duzentos e vinte e cinco mil, sessenta e seis reais e dezesseis centavos), **o que é o maior valor ressarcido ao erário na história da Justiça Militar da União.** A reparação do dano pelos colaboradores, pactuada pela Força Tarefa do MPM, através da obrigação de construir 14 PNRs, foi proposta pelo Comandante Militar do Sul, o qual argumentou que este modelo permitiria “mitigar o conhecido *deficit* de moradias residenciais, problema que, a despeito da constante preocupação da Força Terrestre, não pode ser solucionado a contento devido às restrições orçamentárias”.

O comandante do 5º Distrito Naval se manifestou no sentido que “a melhor destinação é o recebimento do bem imóvel, por meio da construção de Próprio Nacional Residencial (PNR), na cidade de Rio Grande”. **Cabe à Força destinatária do imóvel, dentre outros encargos, disponibilizar o**

terreno, obter as licenças e alvarás de construção, fornecer o projeto executivo e o memorial descritivo, bem como fiscalizar o andamento da obra, em relação ao material empregado e os prazos acordados¹⁴.

Impende destacar que a exitosa Portaria nº 99 /PGJM, de 30 de abril de 2020, designou, para a composição de **Força-Tarefa com o objetivo de atuar nas investigações levadas a efeito nos autos do Procedimento Investigatório Criminal 7000098- 95.2019.7.03.0203**, e nos expedientes correlatos, em trâmite no âmbito da 2ª Auditoria da 3ª CJM, os seguintes membros do Ministério Público Militar: (a) o Promotor de Justiça Militar Soel Arpini, lotado na Procuradoria de Justiça Militar em Bagé/RS, que atuará como coordenador na condição de promotor natural do feito; (b) a Procuradora de Justiça Militar Andrea Cristina Marangoni Muniz, lotada na Procuradoria de Justiça Militar em Manaus/AM; (c) a Procuradora de Justiça Militar Maria da Graça Oliveira de Almeida, lotada na Procuradoria de Justiça Militar em Porto Alegre/RS; e (d) o Promotor de Justiça Militar Cícero Robson Coimbra Neves, lotado na Procuradoria de Justiça Militar em Santa Maria/RS.

A participação dos Comandantes Militares nos acordos de colaboração premiada demonstra que este instrumento em nada interfere na hierarquia e disciplina, muito menos fere a índole do processo penal militar, ao contrário, salvaguarda os interesses das Forças Armadas. O mesmo se diga em relação ao ANPP.

¹⁴Disponível em [MPM participa da entrega de PNR ao Exército Brasileiro como resultado de Acordo de Colaboração Premiada | MPM](#), acesso em 30.05.2023

5 O ANPP EM RELAÇÃO AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO MILITAR

Resta agora analisar o acordo de não persecução penal em face das garantias constitucionais daquele investigado que ostente a qualidade de militar, a fim de concluir se ela impede a proposta de ANPP quando o militar estiver na condição de investigado (indiciado).

Conforme já dissemos anteriormente, interessa-nos a natureza jurídica dos integrantes das instituições armadas, que é peculiar.

Nesse sentido o § 3º do art. 142 da CF/1988 consignou que “os membros das Forças Armadas são denominados militares”, fixando-lhes garantias e deveres, proibindo-lhes a sindicalização e a greve, dispondo sobre a perda do posto e da patente de seus oficiais, estendendo-lhe alguns direitos sociais, e, acima de tudo, estabelecendo que Lei especial disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os *direitos*, os *deveres*, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, considerando as *peculiaridades de suas atividades*.

A Lei referida no dispositivo Constitucional é a Lei 6.880, de 09.12.1980, que, denominando-os militares, refere que os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional¹⁵, formam uma categoria especial de servidores da Pátria.

É a própria Carta Magna, em seu art. 42, § 1º, que remete para Lei Estadual a mesma competência da Lei Federal referida no inc. X do art. 142.

Portanto, a natureza jurídica dos membros das Instituições armadas brasileiras é a de **categoria especial de servidores da Pátria, dos Estados e do Distrito Federal, com regime jurídico próprio, no qual se exige**

¹⁵ CF, art. 142.

dedicação exclusiva, restrição a alguns direitos sociais, e sob permanente risco de vida¹⁶.

Em contrapartida, **diferenciando-os dos servidores civis, a Constituição permite que a lei regule as regras de passagem para a reserva, garantindo tratamento previdenciário mais benéfico**, v.g., possibilitando aos militares se aposentarem a partir dos 35 anos de serviço (\pm 53 anos de idade)¹⁷, enquanto o resto dos trabalhadores brasileiros que se aposentavam com 60 anos de idade e 35 anos de contribuição previdenciária¹⁸, aumentando inclusive o limite etário anterior que era de 53 anos de idade¹⁹, passaram, com a edição da Emenda Constitucional 103, o servidor abrangido por regime próprio de previdência social a ser aposentado, no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo [CF, art. 40, § 1º, III] (2022:57-59).

Pois bem, nos termos do art. 5º, I (*igualdade em direitos e obrigações, nos termos da Constituição*) **a exceção à prisão por ordem da**

¹⁶ Vide art. 31 do Estatuto dos Militares.

¹⁷ Vide art. 97, do Estatuto dos Militares, com a redação dada pela Lei 13.954/2019.

¹⁸ Vide EC 41, de 19.12.2003, e EC 47, de 05.07.2005.

¹⁹ A LC 144, de 15.05.2014, alterando o art. 1º da LC 51/1985, dispôs que a policial feminina, poderá se aposentar voluntariamente com 25 anos de contribuição, desde que conte com, pelo menos, 15 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial (art. 1º, II, letra 'b'). Por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 28), ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, que apontou omissão do Governo de São Paulo e de sua Assembleia Legislativa, no tocante à edição de lei complementar estadual sobre critérios diferenciados para aposentadoria de policiais civis e militares do sexo feminino. A relatora, Min. Carmem Lúcia, afirmou que, quanto às policiais civis, o pleito já foi atendido pela Lei 144/2014, e, que, quanto às policiais militares, não se aplica a regra especial do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, pois as Emendas Constitucionais 18/2008 e 20/2008 passaram a disciplinar a matéria quanto aos militares em geral. Para ela, a concessão de aposentadoria para mulheres policiais militares com tempo reduzido encontra-se no âmbito de discricionariedade da Lei estadual (STF – Pleno – ADO 28 – Relª. Minª. Carmen Lúcia, j. em 16.04.2015).

autoridade judiciária competente, prevista no 5º, LXI, é o ponto de diferenciação do tratamento dado ao militar.

Outras diferenciações constitucionais se veem no art. 12, § 3º, VI (*oficial das FF, cargo privativo de brasileiro nato*); no art. 14, § 2º (*vedação eleitoral ao conscrito*); no art. 14, § 8º (*alistável e elegível sob certas condições*); no art. 142, § 3º, IV e V (*proibição de sindicalização, de greve, e de filiação ao partido político enquanto na ativa*); e no art. 142, § 3ª, VIII (*concessão de alguns direitos sociais do art. 7º*)

Já em relação aos fundamentos constitucionais da pena – dirigido a todos os cidadãos, é de se ter em mira o inciso XLVI do art. 5º, que assevera que **a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:** (a) privação ou restrição da liberdade; (b) perda de bens; (c) multa; (d) prestação social alternativa; (e) suspensão ou interdição de direitos.

Com relação à vedação de aplicação da Lei 9099/95 na Justiça Militar – usada de forma recorrente para justificar a não aplicação do ANPP, um simples passar de olhos pelo art. 98 da Constituição Federal irá demonstrar estreme de dúvida que **a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais**, providos por juízes togados, ou togados e leigos, **competentes para a conciliação, o julgamento e a execução** de causas cíveis de menor complexidade e **infrações penais de menor potencial ofensivo**, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Ou seja, **se os Juizados Especiais Criminais têm previsão de ordem constitucional, fica difícil entender a resistência de sua instalação na Justiça Militar**, e isso se aplica igualmente ao Acordo de Não Persecução Penal.

É chegada a hora de repensar antigos dogmas.

6 À GUIA DE CONCLUSÃO

Após o que foi exposto, ressalvado entendimento contrário de todo respeitado, é de concluir que, assim como em relação ao Juizado Especial Criminal - JEC, o Acordo de Não Persecução Penal – ANPP pode e deve sim ser aplicado na Justiça Militar.

Aliás, sequer se pode afirmar ser ele mero benefício do investigado ou que seja ato negocial fácil de ser cumprido. Ao contrário, aceitando os termos do acordo o acusado deve obrigatoriamente: **confessar** a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos a ele atribuída (*renunciando ao princípio da presunção da inocência*); **reparar o dano ou restituir a coisa à vítima**, salvo impossibilidade de fazê-lo; **renunciar voluntariamente a bens e direitos**, indicados pelo Ministério Público Militar como instrumentos, produto ou proveito do crime; **prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito**, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público Militar, preferencialmente em Organização Militar, no caso de investigado militar da ativa; **pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45, do Código Penal**, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público Militar, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, preferencialmente Organização Militar; **cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público Militar**, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Mas não para por aí, já que **não se admitirá a proposta nos casos em que: o dano causado for superior a vinte salários mínimos (atualmente, R\$ 26.400,00)**, ou a parâmetro econômico diverso; **tenha sido o autor da**

464 **infração condenado, pela prática de crime**, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva (*qualquer que seja o quantum da pena*); tenha sido **o agente beneficiado anteriormente**, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa; não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida (*análise a ser feita pelo Ministério Público*); o aguardo para **o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição** da pretensão punitiva estatal; o delito for hediondo ou equiparado; a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (*análise a ser feita pelo Ministério Público*); **se for cabível transação penal**, na forma com dispuser a Lei 9.099/95; **ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores** ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo (*que podemos chamar de reincidência de acordos*). o delito for cometido por militar, isoladamente ou em coautoria com civil, e afete a hierarquia e a disciplina, devidamente justificada (*concluindo-se que os crimes militares próprios estão fora da proposta de ANPP*).

Os militares brasileiros, **ainda que submetidos a regime específico, são cidadãos**, qualidade que não perdem ao ser investigados por eventual infração penal, **devendo receber o mesmo tratamento processual destinado a todos**, admitindo-se restrições na aplicação do ANPP e da Lei dos Juizados Especiais Criminais, **tão somente em relação aos crimes propriamente militares**, que afetem a disciplina e a hierarquia, que estão previstos em Título próprio do Código Penal Militar, o II – “Dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar”, e no Título III – “Dos crimes contra o serviço militar e o dever militar”.

O fecundo exemplo da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar em Bagé-RS, homologando os acordos de não persecução penal e de

colaboração premiada, demonstra estreme de dúvidas que tais institutos em nada ofendem a índole do processo militar, muito menos a hierarquia e disciplina, sendo modelo positivo a ser seguido. O mesmo se diga da participação da Corregedoria-Geral da Polícia Militar do Paraná no procedimento de ANPP, juntamente com o Ministério Público e Defensoria Pública, agilizando os acordos e possibilitando sua homologação, prática eficiente e salutar que infelizmente deixou de ser aceita pela Vara da Auditoria da Justiça Militar Estadual, em evidente retrocesso.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime Militar & Processo* – Comentários à Lei 13.491/17, 3. ed., Curitiba: Juruá, 2022.

_____. *Curso de Direito Disciplinar* – da simples transgressão ao processo administrativo. 6. ed., Curitiba: Juruá, 2022.

_____. *A lei anticrime e a inserção do art. 16-a no Código de Processo Penal Militar*, Site Migalhas – Migalhas de Peso, publicado em 07.2.2020.

_____. *Código de Processo Penal Militar Anotado*, 1º volume, 5ª edição, Curitiba: Juruá, 2020.

_____. A teoria do silêncio eloquente: O novo canto da sereia ecoando na justiça militar. *Revista Conceito Jurídico*, v. 53, p. 68-75, 2021.

FOUREAUX, Rodrigo. O acordo de não persecução penal na Justiça Militar. *Site Observatório da Justiça Militar Estadual*, Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, publicado em 29.01.2020.

NETO, Manoel Jorge e Silva; NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inconstitucionalidade por Espelhamento no Sistema de Persecução Penal

Militar. *Revista Magister de Direito Processual Penal* n° 113, Porto alegre: Editora Magister, abril / maio 2023.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. A participação da vítima de crime militar no acordo de não persecução penal. *Revista Lex de Criminologia & Vitimologia*, Ano III - n° 7 jan./abr. 2023, Porto Alegre: Lex Editora.

RAMOS, Ataliba Dias. A decisão do Supremo Tribunal Federal e a nova sistemática do interrogatório nos termos do PL 9436/17, Brasília: *Revista do Ministério Público Militar* n° 38, novembro de 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAVALLERO, Ricardo Juan. *Derecho Penal Militar* – lineamentos de la Parte General, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Ariel, 1980.

A Polícia Judiciária Militar em face dos litígios estruturais

Alexandre José de Barros Leal Saraiva

Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Procurador de Justiça Militar. Professor de Direito Penal e Processual Penal Militar. Autor de 15 livros em autoria solo e mais 3 em coautoria. Autor de diversos artigos publicados em revistas jurídicas, principalmente a Revista do Ministério Público Militar. Atualmente está lotado na PJM Recife e é membro auxiliar do CNMP.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0762586589282103>
E-mail: alexandre.saraiva@mpm.mp.br

5º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2023

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: O presente artigo problematiza a hipótese de se considerar que a ausência de uma polícia judiciária militar da União institucionalizada ou profissionalizada pode, diante dos déficits democráticos que gera, ser considerada sob a perspectiva dos litígios estruturantes, dada a transversalidade do princípio da dignidade da pessoa humana que não é amplamente prestigiado nas tramitações de inquéritos policiais e autos de prisão em flagrante instaurados para apurar crimes militares. A metodologia aplicada foi a revisão doutrinária e legal. Como resultado, conclui-se que a investigação realizada por oficiais das Forças Armadas que não possuem formação jurídica é incompatível com a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia Judiciária Militar; princípio da dignidade da pessoa humana; litígios estruturais; investigados; vítimas; testemunhas.

ENGLISH

TITLE: The Military Judicial Police in the face of structural disputes.

ABSTRACT: This article discusses the hypothesis of considering that the absence of an institutionalized or professionalized Union military judicial

police can, given the democratic deficits it generates, be considered from the perspective of structuring disputes, given the transversality of the principle of human dignity which is not widely recognized in the proceedings of police investigations and arrests in flagrante delicto in military crimes. The applied methodology was the doctrinal and legal review. As a result, it is concluded that the investigation carried out by officers of the Armed Forces who do not have legal training is incompatible with the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: Military Judiciary Police; principle of human dignity; structural disputes; investigated; victims; witnesses.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Os litígios estruturais – 3 As novas perspectivas da investigação criminal. A CF de 1988 e a tutela da dignidade da pessoa humana (inclusive dos investigados, indiciados, vítimas e testemunhas de crimes) – 4 A Polícia Judiciária Militar – 5 Conclusões.

468

1 INTRODUÇÃO

No começo da magistral “Carta ao meu juiz”, do jornalista e escritor belga Georges Simenon (2012), o médico e personagem principal, Charles Alavoine, homem de vida mediana, acusado de homicídio, lança a incômoda sentença ao seu magistrado: “*Somos quase os mesmos homens, meu juiz!*”.

E quanta razão não há no desespero epistolar de Alavoine?!

À luz da Constituição, somos todos os mesmos homens e mulheres: investigados ou investigadores, vítimas ou testemunhas, promotores ou réus, juízes ou condenados, todos nós titulares de direitos e protegidos por uma só Carta Constitutiva que proclama e determina a dignidade da pessoa humana¹ (art. 1º, III) como fundamento da República.

¹ “Na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender aos propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da

E há de ser lembrado que:

[...] nenhuma comunidade política pode subsistir sem que a sociedade recobre o respeito por si mesma e a atenção vigilante pelos poderes instituídos (...) cremos urgente reforçar a confiança dos cidadãos nas instituições: pela eticização da política geral, pela ação justa e oportuna dos tribunais, pela intervenção protetora da polícia, pela desburocratização da administração pública (Cunha, p. 2007).

Movido por essa atenção vigilante e pelo respeito à comunidade, objetiva-se com este artigo analisar se o modelo de polícia judiciária militar da união - fundado há mais de 100 anos (Decreto nº 14.450, de 30/10/1920) sem jamais passar por uma reforma substancial - atende às exigências constitucionais de preservação da dignidade de todas as pessoas que, direta ou indiretamente, são afetadas em uma investigação criminal.

E aqui estamos a tratar não apenas de militares, pois o crime militar atinge igualmente civis que, além de poder praticá-los, são igualmente vítimas potenciais, parentes, testemunhas, ou têm suas vidas circunstancialmente impactadas pela infração e consequente apuração de materialidade e autoria.

Todavia, não somente a incômoda *imutabilidade* impressiona. O fato de a polícia judiciária militar ser exercida por profissionais sem necessária formação jurídica (encarregados de inquéritos e presidentes de autos de prisão em flagrante) e técnica (escrivães e peritos), gera um ambiente de investigação flutuante; dificulta o exercício do controle externo; favorece as violações aos direitos de vítimas, testemunhas e indiciados; vai de encontro aos princípios insculpidos no art. 37, caput, da Constituição Federal e, amiúde, retarda a persecução criminal, tendo em vista a habitual necessidade de devolução do inquéritos policiais militares à origem, para que vícios sejam

469

dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização de qualquer indivíduo”. (Barroso: 2018).

sanados, diligências imprescindíveis realizadas e a forma procedimental respeitada (Saraiva, p. 2023).

A par disto, pretende-se discutir se esse *estado de coisas* atinente à Polícia Judiciária Militar pode ser considerado sob a perspectiva dos *litígios estruturais*², considerando-se que o déficit causado pela não-profissionalização da polícia judiciária militar interfere negativamente na concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, situação que demanda, de *per si*, um esforço estruturante para a reforma das instituições (Forças Armadas) ou da burocracias específicas de atuação delas na investigação dos crimes militares.

2 OS LITÍGIOS ESTRUTURAIS

470

Um olhar para o futuro, a partir da constatação de um mau funcionamento das burocracias e políticas públicas ou privadas que enviesam o gozo de garantias constitucionais a diversos grupos e que, portanto, demandam um “freio de arrumação”.

Eis uma primeira e simplória aproximação do conceito dos litígios estruturais. Todavia, é preciso destacar desde logo que nem todas as situações que envolvam interesses policêntricos necessariamente precisam ser resolvidos pela via das medidas estruturantes (Marçal, p. 2021).

Exatamente por isso pretende-se apresentar as características dos *litígios estruturais* e conceituá-los, sem perder de vista que na gênese do *litígio estrutural* há um *problema estrutural*, que:

(...) se define pela existência de um estado de desconformidade estruturada – uma situação de ilicitude

² “Os litígios estruturais são conflitos de natureza coletiva, concernentes a um valor constitucional ainda não concretizado, que demandam o manejo de políticas governamentais para a criação de condições ou a remoção dos obstáculos que impedem a efetivação de direitos sociais”. (Daher: 2021).

contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. (Zaneti JR. *et al.*, p. 2020).

A partir desta noção inicial de *problema estrutural*, já se pode intuir que no *litígio estrutural* propriamente dito convivem: (a) complexidade; (b) conflituosidade; (c) prospectividade; e, (d) a necessidade de uma intervenção continuada (Daher, p. 2021).

A complexidade é um traço quintessencial dos *litígios estruturais* posto que são várias as causas dos *problemas estruturais* que demandam atenção, como também são múltiplas as possibilidades de acerto das *decisões estruturantes* que tentam resolvê-las, alterando o *status quo* de inadequação³:

A complexidade causal dos litígios estruturais dificulta, dessa forma, a responsabilização individual dos ofensores, que passa a não ser o objeto da tutela, mas sim a operacionalização da reforma estrutural, que para tanto, precisa agir nos focos multicausais da ofensa ao valor constitucional. (Daher, p. 2021).

471

A conflituosidade decorre da necessidade de modificação da performance ou das burocracias das quais se servem as instituições em suas práticas, para que as valências constitucionais sejam efetivamente incorporadas ao cotidiano dos diferentes grupos de pessoas que compõe a sociedade, mesmo que seus interesses não seja necessariamente os mesmos, pois as garantias que lhes são outorgadas pela Constituição, os são. É, *mutatis mutandis*, o reconhecimento de que o conjunto de aspirações distintas do tecido social merece ser equalizado por uma sintonia fina e delicada:

Conflituosidade é o indicador que dá conta do grau de dissenso existente entre os integrantes da sociedade titular do direito litigioso (...) Como não existe uma tutela abstratamente adequada para todos os direitos (em virtude da complexidade) é normal que pessoas razoáveis discordem

³ “O processo estrutural é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisa ideal”. (Zaneti *et al.*, p. 2020)

razoavelmente sobre qual caminho seguir (...). (Vitorelli, p. 2019).

A terceira característica dos *litígios estruturais* é o *olhar que lança para o horizonte*, é a prospectividade, uma vez que seu objetivo principal não é reescrever procedimental ou processualmente⁴ um fato pretérito para punir os responsáveis por sua ocorrência, mas, muito mais que isso, lançar um projeto destinado à reconstrução ou à remodelação do presente (estado atual de coisas) com a finalidade de concretizar um valor constitucional no futuro, insuficientemente hábil diante da desconformidade formal ou material da performance institucional (pública ou privada):

(...) se reparar um dano é retornar, sempre que possível, para o *status quo ante* (...) não faz muito sentido buscar esse fim quando com o processo estruturante, pretende-se justamente modificar o cenário existente (*status quo*) que viola os direitos (Marçal, p. 2021).

472

Mas isso não se resolve ‘*one-shot*’. Diversamente dos processos bipolares, as soluções estruturantes são programáticas, se revestem de itinerância temporal, pois partindo de um estado de coisa que se pretende modificar para o estado da arte, propõe um projeto continuado de mudanças e adaptações, que jamais seria realizado com um decreto mandamental e monolítico.

Já que solução esperada tem por objetivo principal alterar (para o futuro) as desconformidades do modelo funcional contestado para que, a partir da readequação institucional ou operacional, faça-se valer a efetiva proteção constitucional no recorte temporal obnubilada, ordens instantâneas, pautadas pelo retrovisor, não se adequam. Aqui, são reclamados provimentos

⁴ “Com relação à dicotomia ‘processo-procedimento’, apesar de acreditar que o mais correto seria falar em ‘procedimento estruturante (ou em ‘procedimento para aplicação de medidas estruturantes’), quando se quer tratar especificamente da cadeia de atos com suas particularidades, não vemos grandes prejuízos na utilização de ‘processo estruturante’, especialmente diante de ser corriqueiro o emprego de processo de conhecimento/de execução” (Marçal, p. 2021).

dialógicos que determinem passos a serem dados, de forma contínua, programada, sempre sob a supervisão jurisdicional.

Verificadas as características dos *litígios estruturais*, podemos defini-los com “o litígios coletivos, complexos, multipolares, advindos de lesões ou ameaças a direitos fundamentais coletivos não concretizados que, para serem implementados, necessitam de reformas nas estruturas burocráticas, de forma prospectiva” (Daher, p. 2021).

3 AS NOVAS PERSPECTIVAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. A CF DE 1988 E A TUTELA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (INCLUSIVE DOS INVESTIGADOS, INDICIADOS, VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE CRIMES)

Diz-se com certa frequência que os ritos de perseguição criminal de um Estado refletem seu grau de maturidade democrática⁵. Todavia, isso não interfere na necessidade de se reconhecer que o processo penal convive, geneticamente, com um difícilíssimo paradoxo: garantir a fluidez das garantias constitucionais às pessoas envolvidas na perseguição e, ao mesmo tempo, ser eficiente (ágil, revelador e efetivo) em defesa do conjunto social:

Há de se buscar, portanto, um ponto de equilíbrio entre a exigência de se assegurar ao investigado e ao acusado a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal e a necessidade de maior efetividade do sistema persecutório para a segurança da coletividade (Lima, 2015)

Em um sistema processual penal democrático, a Polícia Judiciária deve ser compreendida “como um filtro contra imputações infundadas, devendo atuar como um poder de contenção de outros poderes”. (Pereira *et al.*, p. 2020)

⁵ Estudo realizado por José Maria Pereira da Nóbrega Júnior (2022) demonstrou a relação direta que há entre perseguição criminal e democracia. Em suas conclusões, arremata... “o papel das instituições coercitivas para a consolidação do Estado de Direito é relevante para o avanço e consolidação da democracia na América Latina, bem como os dados de investigação criminal contribuem significativamente para a melhoria do indicador de violência na região”.

Essa perspectiva dos autores, que defendem a autonomia do *processo penal da investigação criminal*, muito embora ainda seja uma visão muito particular, chama a atenção por dois pontos importantes:

- (a) o convite para que se reconheça que a Polícia Judiciária deve ser institucionalizada e valorizada;
- (b) a superação da compreensão de que a investigação criminal é meramente instrumental (apenas fase preparatória de futura ação penal).

No prefácio de *Polícia Judiciária no Estado de Direito*, o professor Aury Lopes Jr. explica que durante muito tempo, no Brasil, a doutrina se limitou a repetir um mantra simplificador de que o inquérito policial é uma peça meramente administrativa, inquisitória e despida de formalidades.

474

Como decorrência dessa falta de estudos sérios e profundos sobre o tema, estabeleceu-se a superficialidade, o amorfismo e o reducionismo. Tal vácuo doutrinário criou um terreno fértil para que a investigação não fosse respeitada, se transformasse em terra de ninguém, em zona franca para a ilegalidade e a falta de técnica processual. (Hoffman *et al.*, p. 2017).

Veja-se que o inconformismo do mestre abarca não somente o aspecto axiológico, mas critica igualmente a causalidade-fenomenológica ao citar que a falta de esmero e preparo profissional dos integrantes das polícias de investigação podem ser efeitos colaterais da ausência de percepção da importância do trabalho que desenvolvem.

Ideia semelhante foi desenvolvida por Ávila (2016) no sentido de que “há um déficit operacional de garantias de controle da atividade policial no Brasil que potencializa desvios e arbitrariedades”.

Essa má cultura cristalizada, que ajudou a cimentar o *enforcement* das polícias investigativas, há de ser substituída por uma nova cultura disruptiva. Esta, que felizmente começa a surgir, é preñe de cuidados com os princípios e garantias constitucionais, dentre os quais ganha especial

relevo, dada a sua transversalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana:

Nesse sentido, exercer o controle estatal sobre as agências punitivas que detém o uso da força para garantir a manutenção da segurança pública é tarefa da mais alta relevância, que envolve a atuação efetiva dos sistemas de freios e contrapesos existentes no arranjo constitucional brasileiro, a fim de que se estabeleçam balizas seguras ao exercício da atividade policial (...). (Morais Júnior *et al.*, p. 2022).

Portanto, o que se busca é fortalecer as polícias investigativas, investindo-se na seleção dos melhores profissionais e no seu aperfeiçoamento continuado. Isto sem embargo de se privilegiar a importante atribuição do Ministério Público concernente ao controle externo da atividade policial.

Essa mudança de paradigmas impõe que a investigação criminal seja orientada também por finalidade metajurídica, evitando-se que preconceitos, estigmas e seletividade influenciem o desenrolar das diligências ou tratamento de pessoas investigadas, vitimadas ou atingidas pelo fato que se busca apurar. Os estigmas “são regras similares aos grandes equívocos, pois afastam as pessoas e criam uma infinidade de ilhas de seres que se isolam e deixam de comunicar-se” (Bacila, p. 2015).

Por isso mesmo, é igualmente necessário que a sociedade supere a retórica vil que tenta justificar abusos e violências policiais como respostas adequadas ao criminoso, o que acaba retroalimentando o cenário abusivo e cruel⁶. Ocorre que:

O horror permeia o campo do direito e do processo penal. A partir da noção de horror e sua ostentação, pode-se repensar as coordenadas em que o sistema de controle social é pensado e aplicado. (Rosa; Amaral, p. 2014).

⁶“(…) ao alocar o agente no estereótipo do criminoso, as pessoas não mais enxergam humanidade nele, não vendo, por isso, qualquer semelhança consigo, de modo que eventuais arbitrariedades sofridas pelo encarcerado têm assimilação dificultada”. (Nunes; Nunes, p. 2022).

Vê-se, portanto, que a efetivação das garantias constitucionais deve fazer parte da consciência coletiva e não ser apenas preocupação-obrigação dos agentes públicos. Mas o que não se pode negar é que a Constituição de 1988 deu realce às polícias e, ao mesmo tempo, elencou princípios e garantias que afetam profundamente a persecução criminal e a investigação policial.

Portanto, “a luta pelo direito contemporiza-se em tornar realidade o discurso constitucional da dignidade humana” (Adeodato, p. 2010). E essa luta se combate dia a dia, na realidade muitas vezes cruel, em que crimes abomináveis são praticados e seus autores, por mais perversos que sejam, devem de ser tratados com dignidade pelas autoridades policiais.

Proteção à vida, à integridade física e psicológica, proteção à imagem e aos seus familiares são posturas nem sempre facilmente palatáveis, mas absolutamente necessárias em um Estado Democrático de Direito:

476

Já se afirmou que não queremos policiais a estimularem o conflito ou a prisão, a comemorem os números de detenções (...) o que almejamos é formar policiais que repudiem tratamentos desumanos sob quaisquer circunstâncias e valorizem a justiça e a democracia. (Leal, p. 2020).

Por outro lado, também é assombroso como se demorou no Brasil para dar a devida atenção às vítimas de crimes. Medida alvissareira foi a publicação da Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção dos Direitos e Apoio às Vítimas.

Além dessa Resolução, há outros documentos significativos que compõem a rede de proteção de vítimas e testemunhas. Merecem destaque:

- (1) Resolução nº181/2017 do CNMP: Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

- (2) Resolução nº 135/2016 do CNMP: Institui o Cadastro Nacional de Casos de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.
- (3) Resolução nº 118/2014 do CNMP: Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências.
- (4) Resolução nº 93/2013 do CNMP: Dispõe sobre a atuação do Ministério Público nos programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas.
- (5) Resolução nº 95/2013 do CNMP: Dispõe sobre as atribuições das ouvidorias dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e dá outras providências.
- (6) Resolução nº 71/201 do CNMP: Dispõe sobre a atuação dos membros do Ministério Público na defesa do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e dá outras providências.
- (7) Pacto Nacional pela Implementação da Lei nº 13.431 Pacto nacional pela implementação da Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência
- (8) Recomendação nº 43 do CNMP: Dispõe sobre a necessidade de conferir maior celeridade e efetividade em investigações, denúncias e acompanhamento das ações penais pela prática dos crimes de abuso e exploração sexual, tortura, maus-tratos e tráfico de crianças e adolescentes.
- (9) Nota Técnica nº 2 do CNMP: Dispõe sobre a atuação do Ministério Público nas audiências de custódia em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

(10) Nota Técnica nº 1 do CNMP : Trata da necessidade de criação e instalação dos Comitês de Enfrentamento da Homofobia, que integram a estrutura do Sistema Nacional de Garantia dos Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais – LGBTI.

(11) Nota Técnica de 17/12/2007: Analisa o PL nº 6.745/2006 que pretende modificar a Lei nº 7.347/1985, para atribuir a delegados de polícia competência para instaurar inquérito civil público. Além disso, propõe introduzir uma sistemática de distribuição, tramitação e arquivamento do inquérito civil no Judiciário.

(12) Resolução nº 253/2018 do CNJ: Define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais.

(13) Resolução nº 254/2018 do CNJ: Institui a política judiciária nacional de enfrentamento da violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

(14) Resolução nº 427/2021 do CNJ: Amplia a proteção a vítimas e testemunhas por meio da proteção à sua identidade, endereço e dados qualificativos.

(15) Resolução nº 341/2020 do CNJ: Determina aos tribunais brasileiros a disponibilização de salas para depoimentos em audiências por sistema de videoconferência, a fim de evitar o contágio pela Covid-19.

(16) Resolução nº 386/2021 do CNJ: Altera a Resolução nº 253/2018, que define a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais, para dispor sobre os Centros Especializados de Atenção à Vítima e dá outras providências.

(17) Recomendação nº 33/2010 do CNJ: Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial.

(18) Recomendação nº 67/2020 do CNJ: Dispõe sobre a adoção de medidas de urgência, durante a pandemia, para a proteção da integridade física, psíquica e da vida de vítimas de violência doméstica e familiar contra a mulher, e dá outras providências.

Doutrinariamente procura-se justificar o *esquecimento* da vítima como tendo sido uma estratégia do legislador para racionalizar a persecução criminal:

Constatou-se a necessidade de se afastar a vítima do processo penal, com o propósito de garantir a aplicação da lei, livre de paixões ou pré-disposições, mas, como consequência deste distanciamento, criou-se um ambiente de insensibilidade, rechaço, falta de empatia (Rezende, p. 2021).

479

No entanto, com o passar dos anos percebeu-se que o distanciamento da vítima na persecução criminal acarretava-lhe prejuízos significativos, além de gerar uma corruptela na relação entre o Estado e o investigado, que sem a participação efetiva do ofendido na investigação ou no processo – mero circunstante do espetáculo artificializado, quanto muito! - transformou-se em um ríspido e infértil diálogo entre o investigador/sancionador e àquele que se submete à investigação e à sanção penal⁷:

A crise da vitimização, abrange três níveis do indivíduo: autoimagem (...) relacionamento (...) significado – a vítima passa a questionar suas crenças individuais, levando a sentimentos de desordem. (Santos, p. 2020)

⁷ “O processo penal neste contexto ganha relevância exatamente por constituir a técnica de engano da violência, já que o seu propósito é substituir a vingança pela argumentação compartilhada das palavras. Para que essa violência seja aceita e se interrompa o ciclo infinito da mimese é preciso uma metamorfose. Substituir-se um modelo monologante por um dialogante, na qual a gramática das palavras produz uma solução que é aceita por todos e, sobretudo, pelos afetados pela decisão”. (Silvério Júnior, p. 2014).

Hoje o panorama é distinto e, às vítimas, são reconhecidos os seguintes direitos: (a) direito à informação (inclusive do andamento e desfecho de investigações e processos criminais); (b) direito à participação (tanto nos inquéritos policiais como nos processos criminais); (c) direito de ser ouvida (com a preocupação de não se promover sua revitimização – com sucessivas e desarrazoadas oitivas, por exemplo); (d) direito à consulta e assistência jurídica; (e) direito à proteção e ao sigilo; (f) direito a inclusão em programa de proteção (programa de proteção à vítimas e testemunhas ameaçadas – PROVITA); (g) direito a tratamento profissional individualizado (por meio de equipes multidisciplinares); (h) direito à reparação dos danos.

480 Outro ponto muito importante que merece atenção quando se discute a evolução da investigação criminal sob os eflúvios de tutela das garantias individuais e respeito à dignidade da pessoa humana, refere-se à proteção de dados pessoais. Em 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei nº 13.709), que tem como fundamentos (art. 2º): (a) o respeito à privacidade; (b) a autodeterminação informativa; (c) a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; (d) a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; (e) o desenvolvimento econômico e tecnológico da inovação; (f) a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; (g) os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais. De todo esse rol, há alguns tópicos que influenciam diretamente na investigação criminal, como, por exemplo, os referidos nas letras (a), (d) e (g).

Aliás, com a publicação da Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019 (nova lei de abuso de autoridade), ao tipificar crimes que contemplam situações de violação de direitos de vítimas e de investigados, o legislador conferiu especial preocupação com a persecução criminal, incriminando a

exibição da imagem do investigado⁸, sua submissão a situação vexatória e também a revitimização.

Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:

I – **exibir-se ou ter seu corpo exibido à curiosidade pública;**

II – **submeter-se à situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;**

.....

....

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência.

.....

....

Art. 15-A. Submeter a **vítima de infração penal** ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência;

II -outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º. Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).

§ 2º. Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro.

481

Vê-se, assim, que o legislador processual penal tem se ocupado em regular a investigação criminal de tal sorte que sua gramática avance em direção ao tão esperado modelo democrático e republicano de persecução penal.

Garantir segurança às pessoas é tão importante quanto conferir aos personagens reais do procedimento inquisitorial (principalmente aos investigados e às vítimas) o status de pessoas com direitos que devem ser respeitados, pois quanto mais os são, mais próximos estaremos do marco civilizatório esperado.

Nesse ponto, vale refletir que, constantemente, se aponta o inquérito policial como arcaico e retrógrado, todavia paira a dúvida: o inquérito policial é arcaico em si, ou arcaica é a interpretação autorreferente dissociada da Constituição de 1988? (Xavier, p. 2020).

4 A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Desde o Império há no Brasil a previsão de crimes militares – categoria especial de delitos que tutelam os princípios, regulam o comportamento das pessoas e protegem os valores e o patrimônio (material e imaterial) das Forças Armadas. Rompida a monarquia e instaurada a República, a tradição se manteve cimentada em premissas muito parecidas que, ao longo do tempo, foram incorporando novos elementos de afirmação, bem como, argumentos de contrariedade.

Não obstante a dubiedade de percepções sobre esta realidade – a existência de crimes militares -, fato é que a Constituição de 1988 manteve a regra e, de forma explícita, reconheceu a especial categoria de delitos (art. 124, v.g.) e, indo além, firmou a existência de crimes propriamente militares (art. 5º, inc. LXI).

Ora, mas não seria suficiente, simplesmente, reforçar que em nosso ordenamento coabitam crimes comuns com crimes militares; era preciso ir além e definir atribuições e competências para a devida investigação, processamento e julgamento dessas infrações. Assim, renovaram-se os créditos já conhecidos à Justiça Militar e ao Ministério Público (militar). Todavia, reinou silêncio quanto ao exercício da polícia judiciária militar.

Com efeito, quando versa sobre a Segurança Pública (Capítulo III, do TÍTULO V), a Carta Federal refere-se à Polícia Federal e às polícias civis dos estados e do Distrito Federal como instituições destinadas à apuração de infrações penais, sem qualquer alusão à polícia judiciária das Forças Armadas, contemplada apenas no Código de Processo Penal Militar (CPPM):

O único órgão de investigação do Poder Executivo no qual o condutor da apuração e da autoria e a materialidade de um crime não possui conhecimento jurídico é a Polícia Judiciária Militar da União (...) Assim, a possibilidade de desconhecerem os direitos humanos do investigado, das vítimas e das testemunhas é significativa. (Gorilhas, p. 2023).

Esta realidade acaba por oportunizar brechas que fomentam discursos contra o sistema repressivo penal militar e se lhe imputam de maneira apressada, *data vênia*, a pecha de *sistema de exceção*, valendo-se de comparações muito simplórias permeadas de cotejos com a experiência de outros países, nos quais os investigadores, acusadores (promotores) e juízes pertencem, todos, às Forças Armadas.

No Brasil a Justiça Militar integra o Poder Judiciário e o Ministério Público Militar, por sua vez, é o ramo mais antigo do Ministério Público da União. Em ambas as carreiras, o ingresso se dá por difícilíssimo concurso de provas e títulos e não há nenhuma vinculação funcional com o Poder Executivo, tampouco com as Instituições Militares.

A partir deste panorama, questiona-se se o *elo fraco* desta corrente não seria a polícia judiciária militar, cujas atribuições reclamam por preparo técnico e, no entanto, são desempenhadas por oficiais e praças designados de forma (quase que) aleatória⁹.

Trata-se, na verdade, de uma **escala de missões** atribuídas aos militares para procedimentos administrativos diversos, como, por exemplo: exame de contracheques; recebimento de materiais licitados; sindicâncias para apurar a condição de arrimo de família de um militar etc. Ser Encarregado (presidente) de um Inquérito Policial Militar é, para o oficial

⁹ Gorilhas e Britto (2016) alertam que “para o acesso à carreira das Forças Armadas não há a exigência de curso superior de Direito (...) que eventualmente são indicados para atuar como encarregados de IPM’s. Isso quer dizer que militares das Forças Armadas (...) nem sempre são bacharéis em Direito, não dispondo, muitas vezes, de conhecimento jurídico, seja por acesso ao curso de formação acadêmica universitária, seja por submissão a curso de formação de técnicas para investigadores de IPs.”.

designado, apenas mais uma tarefa (missão) dentre as muitas que ele recebe, muitas das vezes, simultaneamente.

Agrava esse panorama a constatação de que o modelo de atuação da polícia judiciária militar é o mesmo desde a década de 1920, tomando-se como marco temporal o ano em que o Ministério Público Militar foi constitucionalmente institucionalizado, mas sem olvido de que, desde a vinda da família real ao Brasil (1808), militares sem formação jurídica, e por mera designação, desempenhavam e continuam desempenhando as sensíveis atribuições de investigação criminal:

(...) desde 1920 até os dias atuais, a polícia judiciária militar tem sido órfã de qualquer atenção legislativa, sendo tratada de maneira genérica, ocasional e tímida (...) Não houve, e não há, nenhum incremento significativo sobre a profissionalização da PJM, que busque a aplicação de melhores técnicas de investigação e o respeito das garantias que testemunhas, vítimas e investigados possuem no curso de um procedimento criminal. (Saraiva, p. 2023).

Esta percepção também é compartilhada por outros estudiosos, a exemplo de DUARTE (2017), que assevera ser a inexistência de uma polícia judiciária militar institucionalizada a causa de diversas e nocivas consequências prejudiciais para uma investigação criminal, especialmente no que tange à eficiência do ato administrativo e indica as principais vulnerabilidades do modelo, quais sejam: (a) deficiência técnica na formação investigativa; (b) deficiência técnica na formação jurídica; (c) deficiência na estrutura orgânico-funcional (Saraiva, p. 2023).

Assim também pontuam Gorrilhas *et al.* (2015):

(...) uma polícia judiciária militar ineficiente contribui para o desprestígio de todos os órgãos que compõem o sistema criminal militar, vale dizer, Defensoria Pública da União, Ministério Público Militar e Justiça Militar da União (...) a inabilidade policial em descortinar a autoria de crime repercute, de forma negativa, para a credibilidade destas instituições perante a sociedade.

Assim, dado que o crime militar é a realidade mais drástica da quebra do equilíbrio imposto pelos princípios da hierarquia e da disciplina, sabe-se que investigações demoradas, malfeitas, deficitárias e facilmente anuláveis pelo judiciário prejudicam o almejado estado da arte na atuação dos militares e das tropas.

Além disso, não se pode menosprezar o fato de que a atividade militar reverbera, amiúde e significativamente, no meio civil e na sociedade como um todo. Foi assim no passado e é assim no presente.

Fato é que o poder de polícia judiciária militar (PPJM) é regulado pelo Código de Processo Penal Militar (CPPM) e, por ele atribuído, de forma originária, aos comandantes militares de maior posição hierárquica, que podem, observados certos requisitos, delegá-lo aos oficiais subordinados, para fins específicos e por tempo determinado (*vide* o art. 7º do CPPM) e esta opção legislativa privilegiou os interesses vinculados à hierarquia e à disciplina militares, sobrepondo-os ao preparo técnico e à organização funcional eficiente do sistema de polícia judiciária militar. (Saraiva, p. 2023).

Isto produz uma situação real de dissonância entre as investigações de crimes comuns pelas polícias civis ou federal e a de crimes militares; que, conduzidas por oficiais que desconhecem os princípios e as regras que norteiam o processo penal contemporâneo, se esforçam para ‘cumprir a missão imposta’, custe o que custar!

Ocorre que não apenas os militares estão sujeitos ao poder de polícia judiciária militar, pois civis também podem figurar como intervenientes ocasionais (testemunhas, peritos etc.) ou mesmo como sujeitos protagonistas (vítimas e indiciados) de crimes militares. “Negar-lhes, portanto, que a direção das investigações esteja a cargo de profissionais habilitados, especializados e acostumados com o exercício das atividades policiais investigativas, é, em derradeira análise, uma *capitis diminutio* da cidadania.

Até mesmo porque o apuro técnico serve de barreira à subjetividade, aos a priori, aos estigmas e aos preconceitos” (Saraiva, p. 2023).

Ninguém ignora, exceto os cultores e executores do arbítrio, do abuso de poder e dos excessos funcionais, que o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda das liberdades individuais. Daí porque se impõe, às autoridades públicas neste país, notadamente àquelas que intervêm nos procedimentos de investigação penal ou nos processos penais, o dever de respeitar, de observar, e de não transgredir limitações que o ordenamento normativo faz incidir sob o poder do Estado. Nem se diga, por absolutamente inaceitável, considerada a própria declaração constitucional de direitos, que a pessoa sob persecução penal (seja em juízo ou fora dela) mostrar-se-ia destituída de direitos e garantias (voto do min. Celso de Mello, PSV 1/DF, aprovação da Súmula Vinculante nº 14, Plenário 02.02.2009, DJ 27.03.2009, DJe 59/2009).

486 Esse dever de respeitar todas as garantias de investigados, vítimas e testemunhas pode ser devidamente cobrado, na justa medida, a presidentes de inquéritos ou de autos de prisão em flagrante que recebem ordens para investigar, mas não conhecem direito constitucional, direito processual penal, direito penal? Que ignoram os conteúdos de tratados e convenções internacionais de direitos humanos que vigem em nosso ordenamento jurídico por força do art. 5º, § 3º da Constituição Federal? Que não sabem quais as medidas protetivas de urgência aplicáveis nos casos de violência doméstica e familiar (cujos casos têm aumentado significativamente)? Que não possuem os recursos necessários para custodiar provas e realizar perícias? Que não percebem nitidamente o alcance das prerrogativas da defesa técnica mesmo na fase inquisitorial?

Por isso defende-se que esse *estado de coisas* é incompatível com a vontade constitucional.

5 CONCLUSÕES

Já há algum tempo operadores do direito militar demonstram seu incômodo com as deficiências das investigações de crimes militares no âmbito federal. O exercício do poder de polícia judiciária militar sem o correspondente e necessário requisito de formação jurídica específica dos oficiais das Forças Armadas induz à conclusão de que esse ***estado de coisas ofende o princípio da dignidade da pessoa humana***, com afetações diretas aos investigados, vítimas, testemunhas e terceiros envolvidos na apuração, em razão do que pode ser considerado um *litígio estrutural*, a demandar uma reforma institucional.

Dos problemas mais habituais verificados nos IPM's, destacam-se: (a) tendência dos militares de considerarem os fatos a serem apurados (possíveis crimes) como meras transgressões disciplinares – que são tratadas em âmbito interno –, e, assim, absterem-se de instaurar inquérito policial militar, só o fazendo diante da intervenção do MPM; (b) dificuldade de conhecer as distinções entre crimes comuns e militares e, em relação a estes últimos, entre crimes propriamente, impropriamente e militares por extensão (Lei nº 13.491/17); (c) tutela insuficiente dos direitos dos investigados, vítimas e testemunhas; (d) não conhecimento do alcance das prerrogativas dos defensores (advogados e membros da DPU) de investigados e de advogados de vítimas e de testemunhas (que porventura tenham sido contratados para acompanhar diligências); (e) demora na conclusão dos inquéritos e necessidade constante de retorno do IPM à origem, por requisição do Ministério Público Militar, para que diligências imprescindíveis sejam realizadas e outras tantas corrigidas (renovadas) diante de não-observância das formalidades básicas exigidas; (f) falta de experiência para a realização de diversas diligências sensíveis, como, por exemplo, buscas domiciliares; (g) ausência de um corpo de peritos que atendam às

atuais exigências processuais (manutenção da cadeia de custódia, por exemplo); (h) despreparo para atuar com cenários sensíveis (oitiva de crianças ou pessoas vítimas de crimes contra a dignidade sexual, por exemplo) e ausência de instalações adequadas para isso (escuta especializada); (i) dificuldade em lidar com apurações que envolvem licitações e contratos, muitas das vezes em razão dos personagens envolvidos, dentre outras.

Acontece que esse acúmulo constante de dificuldades práticas da polícia judiciária militar causa morosidade na persecução criminal, incerteza na formação da *opinio delicti* pelo MPM, ausência de diálogo com as vítimas dos delitos, risco de prescrição da pretensão punitiva e, essencialmente, desrespeito aos cânones garantistas que regem a atividade investigativa do Estado.

488 Não por acaso, defende-se a criação de um Sistema de Polícia Judiciária Militar no âmbito das Forças Armadas que esteja em perfeita harmonia com a Constituição Federal, privilegiando a formação técnica dos investigadores e, assim, dando maior ênfase ao perfil garantista da atuação estatal que deve permear toda a persecução criminal. (Saraiva, p. 2023).

Eis uma possível *solução estruturante* que, implementada com cautela e ao seu tempo, poderá transformar a polícia judiciária militar em um exemplo de instituição eficiente, eficaz e democrática.

Oxalá!

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional. Sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2019.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas. Um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país. Transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição viva. Cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público resolutivo e o tratamento adequado dos litígios estruturais*. Belo Horizonte. São Paulo: D'Plácido, 2021.

DUARTE, Antônio Pereira. *O Ministério Público e o controle externo da atividade de polícia judiciária militar: em busca de uma desejável efetividade*. Brasília: MPU, 2017.

GORRILHAS, Luciano Moreira. BRITTO, Cláudia Aguiar. *A polícia judiciária militar e seus desafios. Aspectos teóricos e práticos*. Porto Alegre: Lumen Juris, 2016.

GORRILHAS, Luciano Moreira; MIGUEL, Cláudio Amin. BARBOSA, Márcio Renato Alves. *A institucionalização da Polícia Judiciária Militar: uma necessidade premente*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2015.

GORRILHAS, Luciano Moreira. As atividades de Polícia Judiciária Militar e a necessidade de observação dos direitos humanos do investigado, da vítima e da testemunha. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 39. Brasília: MPM, 2023.

HOFFMAN, Henrique. MACHADO, Leonardo Marcondes. ANSELMO, Márcio Adriano. BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LEAL, César Barros. *Prisões. O rosto mais sombrio da justiça criminal*. Curitiba: Juruá, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

MARÇAL, Felipe Barreto. *Processos estruturantes*. Salvador: Jus Podium, 2021.

MORAIS JÚNIOR, José Borges de. Controle externo da atividade policial no estado democrático de direito: análise do papel do Ministério Público frente a abordagens policiais seletivas e discriminatórias. *Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará*. A. 14, n. 2. Fortaleza: PGJ/ESMP/CEAF/CE: 2022.

NÓBREGA JÚNIOR, José Maria Pereira da. Investigação criminal, democracia e violência na América Latina. *Revista Boletim*, a. 30, n. 34. São Paulo: IBCCRIM, 2022.

NUNES, Lafla de Oliveira Cunha. NUNES, Tiago Lopes. Estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário: uma abordagem prática. *Revista o Ministério Público e o sistema de segurança pública brasileiro*.

PEREIRA, Eliomar da Silva. ANSELMO, Márcio Adriano. *Direito Processual de Polícia Judiciária*. O procedimento de inquérito policial. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Brasília: CNMP, 2022.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humano da vítima a um processo penal eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

ROSA, Alexandre Morais da. AMARAL, Augusto Jobim. *Cultura da punição. A ostentação do horror*. Rio de Janeiro: 2014.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. Polícia Judiciária Militar: *prospecção e projeção*. Uma proposta: é preciso profissionalizar a polícia judiciária militar das Forças Armadas. *Revista do Ministério Público Militar*, vol. 39. Brasília: MPM, 2023.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. A índole do processo penal militar. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 33. Brasília: MPM, 2020.

SANTOS, Celeste Leite dos. *Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes*. Curitiba: Juruá, 2020.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. *Processo Penal fraterno*. O dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMENON, Georges. *Carta ao meu juiz*. Porto Alegre: L&PM, 2012.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2019.

XAVIER, Luiz Marcelo da Fontoura. *Constitucionalização da investigação policial*. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 2020.

ZANETI JR., Hermes. DIDIER JR., Fredie. OLIVERIA, Rafael Alexandre de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (orgs). *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2019

A importância da Justiça Militar no Estado Democrático de Direito e os seus desafios

Vinícius Yscandar de Carvalho

Promotor de Justiça Militar. Ex-assessor de ministro do STJ.

E-mail: vinicius.carvalho@mpm.mp.br

6º lugar no concurso Prêmio Professor José Carlos Couto de Carvalho – 2023

Data da publicação: 21/11/2023

RESUMO: Objetiva-se com este texto difundir as razões jurídicas da existência da Justiça Militar, órgão especializado do Poder Judiciário. Aborda-se os mais constantes questionamentos, buscando-se demonstrar o conteúdo dos princípios da hierarquia e disciplina, caros à regularidade e prontidão das Forças Armadas, bem como o quanto esses importantes vetores condicionam e delimitam o “existir” na caserna. A partir daí, passa-se a trabalhar na importância do escabinato, instituto próprio dessa Justiça especializada, no julgamento justo (na perspectiva pós-positivista) dos crimes militares. Por fim, adentra-se ao exame da polícia judiciária militar, cuja ineficácia e despreparo repercute negativamente na imagem de todos os atores do sistema de justiça penal militar.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Militar; hierarquia e disciplina; pós-positivismo; ineficácia da polícia judiciária militar.

ENGLISH

TITLE: The importance of Military Justice in the Democratic Rule of Law and its challenges.

ABSTRACT: The aim of this text is to disseminate the legal reasons for the existence of Military Justice, a specialized body of the Judiciary. The most

constant questions are addressed, seeking to demonstrate the content of the principles of hierarchy and discipline, dear to the regularity and readiness of the Armed Forces, as well as how much these important vectors condition and delimit the “existence” in the barracks. From then on, we move on to work on the importance of escabinato, an institute of this specialized Justice, in the fair judgment (in the post-positivist perspective) of military crimes. Finally, it examines the military judicial police, whose ineffectiveness and unpreparedness have a negative impact on the image of all actors in the military criminal justice system.

KEYWORDS: Military Justice; hierarchy and discipline; post-positivism; ineffectiveness of the military judicial police.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Justiça Militar é realmente necessária? – 2.1 Constantes questionamentos – 2.2 A vida na caserna: Hierarquia e Disciplina, bases da regularidade e da prontidão, importantes no tempo de guerra e no tempo de paz – 2.3 A pré-compreensão do intérprete e o escabinato – 3 Ineficiência da Polícia Judiciária Militar: um problema externo que afeta a justiça – 3.1 O engessamento de um modelo do século XIX e do início do século XX e a repercussão disso – 3.2 Possíveis soluções – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Um constante trabalho do operador do Direito Militar é justificar a razão de existência de uma Justiça especializada para apurar os crimes militares.

Muitas vezes acusada de corporativista (“foro privilegiado”), seus críticos sequer se atêm minimamente à composição e à natureza da Justiça Militar (JM).

Note-se, quanto à composição permanente da JM, que ela é formada, em sua maioria, por juízes civis. Na primeira instância, todos os juízes permanentes são civis (são inclusive os que presidem os Conselhos de

Justiça). Na segunda instância, há uma mescla, na JMU, de Ministros civis e militares.

Em relação à natureza jurídica, é importante frisar que a Justiça castrense não faz parte das FFAA. Embora esse último registro possa parecer basilar, muitas pessoas, inclusive do meio jurídico, não entendem que a Justiça Militar, em sua plenitude, é órgão do Poder Judiciário.

As especificidades do meio castrense, as quais justificam o tratamento diferenciado do julgamento tão somente dos crimes militares, frise-se, tampouco são estudadas. Nesse diapasão, não é despidendo lembrar que o crime comum praticado por militar é julgado pela Justiça comum, não sendo, portanto, razoável o argumento de existência de um foro privilegiado, pois, em verdade, ele é especializado.

Importante acrescentar ainda que o foro especial da Justiça Militar da União “não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares”, inclusive quando cometidos por civis (STF, 2011).

Ademais, como se verá, os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina são citados com frequência para justificar a existência da Justiça castrense. Nesse texto, tenta-se aprofundar, com exemplos, um pouco mais nesses dois conceitos jurídicos indeterminados, ainda pouco desenvolvidos doutrinariamente. Busca-se, assim, demonstrar a ligação direta entre mencionados princípios e a regularidade e a prontidão das Forças Armadas, qualidades essenciais tanto em tempo de guerra quanto em tempo de paz.

Nessa senda, passa-se a abordar a problemática epistemológica do Direito, bem como a crítica do Pós-positivismo à compreensão do Justo e Verdadeiro. Lança-se à análise das dificuldades enfrentadas pelo positivismo jurídico, tais como a crise do critério metodológico como busca da verdade e a equivocada defesa da neutralidade do operador jurídico. Registra-se o fenômeno filosófico do giro linguístico e suas consequências na compreensão

do Direito, bem como a necessária aceitação das pré-compreensões do intérprete.

Por isso, após abordagem da filosofia mais contemporânea, conclui-se que o escabinato, além de representar a garantia de os militares, nos crimes militares, serem julgados pelos seus pares, dá contornos reais à própria garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, com seus valores inerentes.

Nada obstante as considerações tecidas favoravelmente à existência da Justiça Militar, aborda-se ponto que merece especial atenção de toda a comunidade. Por vezes, a fragilidade e a falta de expertise da Polícia Judiciária Militar acarretam malferimentos inexoráveis na imagem de todos os agentes do sistema de justiça militar. Por isso, apresentam-se algumas sugestões para mitigação desse problema.

496

2 A JUSTIÇA MILITAR É REALMENTE NECESSÁRIA?

A Justiça Militar (JM) é o braço do Poder Judiciário responsável por julgar os crimes militares. Ela existe, no Brasil, desde 1808. A sua consagração como órgão do Judiciário, porém, só ocorreu na Constituição de 1934; antes disso, ela estava inserida dentro do Poder Executivo.

Importante assinalar, assim, que a JM e o MPM não integram o Poder Executivo, nem tampouco as Forças Armadas.

2.1 Constantes questionamentos

Embora a Justiça Militar seja a mais antiga do país (bicentenária, inclusive), ela apresenta aos seus operadores um desafio constante, qual seja, o de enfrentar **questionamentos** sobre a sua própria existência. Como se

constatará, todavia, a grande maioria dos argumentos contrários a sua existência derivam do pouco conhecimento sobre essa Justiça especializada.

No ano de **2012**, por exemplo, o Presidente do CNJ manifestou-se favorável à extinção da Justiça Militar dos Estados (Joaquim [...], 2012). Posteriormente, em 2013, o colegiado do Conselho deliberou sobre a criação de um Grupo de Trabalho (GT) para elaborar um diagnóstico da Justiça Militar nos âmbitos federal e estadual. Embora, como se verá, as conclusões tenham sido pela sua permanência, algumas sugestões de melhoramento foram feitas (Justiça [...], 2019).

Em **2023**, depois do malfadado “8 de janeiro”, a Justiça Militar voltou a ser alvo de ataques. Em artigo publicado na Revista Eletrônica Conjur, Bortolon (2023) expressamente sustenta que a possível evolução da Justiça Militar da União seria a sua extinção. Segundo ele, esta Justiça não seria viável econômica e democraticamente, chegando à seguinte conclusão:

Nada mais justo e coerente, portanto, com o regime democrático e com os princípios da Constituição que os militares se submetam, ao menos em tempos de paz, não apenas aos Poderes Executivo e Legislativo, mas, também, ao Poder Judiciário civil.

Essa sentença, porém, contém um erro básico, derivado da própria premissa equivocada. Como já registrado, a Justiça Militar é um órgão civil do Poder Judiciário (CRFB, arts. 122 e 124) que, embora conte com a importante colaboração esporádica dos juízes militares formadores dos Conselhos de Justiça, compõe-se, em sua maioria, de juízes permanentes civis, aprovados em concurso público de provas e títulos, assim como os outros magistrados da justiça brasileira (Ribeiro Filho, 2019).

Nessa senda ainda, Jorge César de Assis (2008, p. 297) lembra que, embora peculiar:

[...] a sociedade militar submete-se aos princípios gerais do Direito. Pode e deve ser submetida ao controle do Poder

Judicial, do qual a ninguém é dado furtar-se em um Estado Democrático de Direito.

Com efeito, a abordagem dada pela revista *Conjur à JM* mostrou-se falha em suas conclusões, em razão, como visto, de partir de premissas equivocadas.

Mais recentemente, o STF (HC 142.608) passou a se debruçar sobre a possibilidade de o civil ser julgado pela JMU. Ressalte-se que esse tema estava amainado desde a reforma legislativa de 2018, que passou essa competência do Conselho de Justiça para o Juízo civil monocraticamente.

Note-se que fundamentar a inconstitucionalidade dessa competência no fato de que o civil não pode estar sujeito ao crivo de militares é tautológico. Primeiro, porque, na primeira instância, isso não é verdadeiro (quem julga civil é o Juiz Federal militar, que, apesar do nome, também é civil). Segundo, porque, embora o STM tenha 2/3 de membros militares, o sistema da Jurisdição Única impõe que todo julgado desse órgão seja passível de sindicabilidade pelo Supremo Tribunal Federal, composto, em sua totalidade, por civis.

2.2 A vida na caserna: Hierarquia e Disciplina, bases da regularidade e da prontidão, importantes no tempo de guerra e no tempo de paz

Passa, portanto, às especificidades do Direito Militar e do meio castrense.

É importante reconhecer que a defesa da Justiça Militar, por vezes, se dá de maneira muito simplista. Quase que como um mantra, citam-se os princípios constitucionais das Forças Armadas, **Hierarquia e Disciplina** (art. 142 da CF). Todavia, indaga-se: em que tais princípios influenciam na existência ou não de um ramo do Poder Judiciário?

Desde a sua criação, o papel da Justiça Militar da União é o de garantir a **regularidade** das Forças Armadas, bem como a proteção aos princípios constitucionais da **hierarquia e disciplina**. Além disso, é a Justiça castrense que, em última análise, assegura que o braço forte (e armado) do Estado não represente uma ameaça à paz social, à democracia, às instituições e à estabilidade política, social e econômica (Migalhas, 2019).

Isso tanto é verdade que, após os amplos debates do GT instituído pelo CNJ em 2013, chegou-se à conclusão de que o fim da JM seria **maléfico para a estabilidade do regime jurídico**. Além disso, porém, “sugeriu-se uma ‘reestruturação’ da Justiça Militar, propondo a diminuição da quantidade de ministros do STM e a ampliação da competência das Cortes especiais no 1º e no 2º grau para que pudessem julgar, além de crimes militares, questões relacionadas ao regime e à carreira militar (como ações relativas a pensões, reajustes, salários).” (Migalhas, 2019).

De modo a enfrentar, desde logo, a problemática que se instala na conformação do Poder Judiciário com as Forças Armadas, vale citar o valoroso trabalho do Desembargador Federal Alcides Ribeiro Filho (2019). Como é advertido por ele, a dificuldade encontra-se nos princípios estruturantes dessas instituições (cada qual com a sua reconhecida imprescindibilidade). Embora, na essência, ambas convirjam para a manutenção do Estado Democrático de Direito, nem sempre a obediência inerente aos militares (estruturada no binômio hierarquia e disciplina) compatibiliza-se com o primado da independência constitucional do Judiciário.

Veja-se que os julgamentos do Poder Judiciário emanam da soberania política do Estado, portanto, são balizados por institutos rígidos, como investidura, independência funcional e imparcialidade. Ou seja, o seu exercício se legitima desde que superados os vícios de capacidade subjetiva do juiz.

Por outro lado, as Forças Armadas são estruturadas no **binômio hierarquia e disciplina**, que, muitas vezes, apresenta-se incompatível com o “bloco monolítico que compõe a independência constitucional do Poder Judiciário” (Ribeiro Filho, 2019).

Portanto, percebe-se que a solução do conflito de valores envolvidos não é singela. Deve-se realizar uma ponderação bastante apurada para se alcançar uma saída conformadora dos valores do Judiciário e aqueles princípios tão caros às Forças Armadas. É possível adiantar que o legislador, seguindo tradição histórica, consagrou, na primeira instância, o instituto do Conselho de Justiça (quatro juízes militares presididos por um juiz civil) e, na segunda (ao menos na JMU), a mescla de magistrados oriundos da caserna e outros vindos da vida civil.

Com efeito, a acusação mais grave, quanto à parcialidade do julgador (corporativismo), o que poderia afetar o pressuposto processual subjetivo da **imparcialidade**, é refutado pela simples observância à organização da Justiça castrense. Conforme já antecipado, todos os juízes que presidem os Conselhos de Justiça (Permanentes ou Especiais), na primeira instância, são civis, não é demais repetir, cujo ingresso na magistratura se dá por meio de concurso de provas e títulos (art. 33 da Lei 8.457/92), com a participação da OAB, membro do meio acadêmico, nos mesmos moldes dos outros ramos do Poder Judiciário (art. 93, I, da CF). No Superior Tribunal Militar, segunda instância da JMU, 1/3 dos membros são civis.

Vale observar que a percepção da necessidade da particularização do julgamento do crime militar remonta a idades remotas. Nesse sentido, o ex-ministro do STM Cherubim Rosa Filho menciona que a Justiça Militar nasce juntamente com os primeiros exércitos permanentes. Ele menciona que, nos Códigos Sumerianos, já eram previstas penalidades para aqueles que cometessem crimes no campo de batalha, por volta de 4.000 a.C.” (Rosa Filho, 2017).

Nessa toada, Alcides (2019) acentua que:

[...] o primeiro embrião da Justiça Militar foram as legiões romanas, que (...) ficavam muito tempo nos arredores de Roma, onde combatiam para expandir territórios e defender as fronteiras do império e montavam acampamentos chamados de *castrum*".

O estudioso atesta que foi a partir dali que surgiu o Tribuno Militar, um misto de magistrado e comandante, responsável por reportar ao Pretor de Roma o que estava relacionado às questões jurídicas. Este, por sua vez, reportava ao Cônsul.

Nota-se, portanto, que os romanos desenvolveram instrumentos de aplicação de uma legislação especial para tratar dos crimes militares. As características próprias desses delitos podem ser verificadas tanto pela tensão psicológica enfrentada pelos exércitos quanto pela regularidade e prontidão inexoravelmente exigidas das tropas.

Com efeito, impõe destacar que a necessidade e a dificuldade de se conformar os aspectos jurídicos com as **estratégias e os objetivos militares** não surgem de hoje. Essa tensão, por vezes, poderia levar o aplicador do direito comum – não especializado – à falsa certeza de inconstitucionalidades. Ademais, conforme se poderá observar, as particularidades do Direito Penal Militar não se restringem ao tempo de guerra.

De modo caricato, porém ilustrativo, o juízo comum, não especializado, poderia considerar: (a) o **crime de deserção** incompatível com *livre exercício da profissão* (Silva, 2009); (b) o **crime de ato de libidinagem** afrontoso aos *direitos sexuais e de reprodução*; (c) os **crimes de dormir em serviço** e de **insubordinação** abusivos e desproporcionais (*idem*).

De todo modo, o estudioso da área sabe que a capacidade de **pronta resposta** é um valor muito caro às Forças Armadas. O atraso de segundos,

provocado pela ausência de disciplina ou pelo descumprimento de ordens da autoridade competente, pode ser vital. Percebendo isso, Nelson Lava (2018, pp. 11-12) destaca que:

[...] necessidade, proporcionalidade e estratégias do “ataque”, de acordo com o Direito Internacional dos Conflitos Armados, constituem elementos importantes para se aferir a responsabilização dos militares envolvidos

Contudo, é importante frisar que as características da regularidade e da prontidão, logradas pelas Forças Armadas por meio dos princípios da hierarquia e disciplina, não se restringe ao período de guerra. Exatamente por ser uma singularidade dos militares, essa capacidade operacional de pronto atendimento tem sido requisitada cada vez mais em **tarefas não bélicas**. Cite-se como exemplo de emprego repentino das Forças: o socorro imediato aos indígenas em situação de perigo, bem como a retirada dos garimpeiros, na **Operação Yanomami** (FAB, 2023); a instalação de tendas pela **Operação Acolhida** para a acomodação de venezuelanos que migravam para Roraima em situações calamitosas.

Em um exame mais científico, e aqui voltado mais à atividade fim das Forças Armadas, sem ter a pretensão de esgotar o tema, pode-se enumerar os seguintes exemplos de particularidades do meio militar: (i) **risco inerente à atividade**, inclusive em período de paz, ante o manuseio constante de vários tipos de armamentos; isso, como se verá adiante, torna o tratamento do crime culposo, no CPM, algo bastante singular quando comparado ao CP; e (ii) **valores que, a depender das circunstâncias, podem se sobrepor a direitos e garantias individuais**, permitindo que o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra possa compelir subalternos por meios violentos, afastando a antijuridicidade da conduta.

Com efeito, vale lembrar que o **crime culposo**, no Código Penal Militar, não segue a casuística do Código Penal comum (resultado causado

por imprudência, negligência ou imperícia). Para o CPM, o crime culposo é aquele em que o agente “*deixa de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevendo, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.*” (CPM, art. 33, II). Como bem observa Almeida, no âmbito direito penal militar, a permissibilidade de condutas perigosas advém da própria essência das Instituições Militares, de modo que, enquanto no Direito Penal comum, a previsibilidade do resultado lesivo impõe a abstinência da conduta, na ambiência militar, o risco, seu incremento, variação e grau subordinam-se a outros fins. (Almeida, 2002, p. 58).

Em relação à **excludente de ilicitude prevista para o comandante**, o art. 42, parágrafo único, do CPM, dispõe não haver crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, ante a iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, **para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.**

Como explicam Neves e Streifinger (2021, pp. 517-518), parte da doutrina afirma que essa excludente toleraria até mesmo a morte do subalterno desobediente, desde que presentes o perigo ou calamidade e a necessidade de salvar unidade e vidas ou evitar desânimo, terror, desordem, rendição, revolta ou saque. Os estudiosos ainda acrescentam que essa violência não precisa ser direcionada a toda a tropa. O comandante pode, por exemplo, a fim de estimular todos subordinados, voltar-se contra um desafortunado específico para que a violência suportada por ele sirva de lição aos demais.

À primeira vista, essa situação parece incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois instrumentaliza, em certa medida, um

indivíduo, em prol de um fim outro. Contudo, a exata compreensão, ponderada, dos bens jurídicos envolvidos em situações de risco militar, permitem entender a necessidade militar e, por isso, a previsão normativa.

Nota-se, assim, que é a especialização dos Juízes que garante a adequada **aferição da culpabilidade** do militar no caso concreto.

Saliente-se, portanto, que as **peculiaridades** da caserna são inúmeras e significativas, acarretando reflexos diretos na própria teoria geral do crime e, assim, na configuração e compreensão do delito militar. Como se pode ver, essas particularidades não são invocação retórica para a manutenção da JM, mas sim um *discrímen* concreto, que justifica a especialização da Justiça. Veja-se que é a experiência da caserna dos julgadores militares, somada ao conhecimento técnico do juiz-presidente, que materializa a igualdade substancial e torna possível a equivalência do julgamento do militar ao julgamento do réu no processo penal comum.

Até esse ponto, focou-se primordialmente nas particularidades objetivas dos bens jurídicos envolvidos no meio castrense. A partir de agora, passa-se a abordar o aspecto subjetivo, voltando-se para a formação do juízo de valor do julgador.

2.3 A pré-compreensão do intérprete e o escabinato

A **problemática epistemológica do Direito** é um dos principais problemas filosóficos da atualidade (Ferrer; Farah, 2020, p. 24). Assim, pode-se antecipar, com o professor Inocêncio (Coelho, 2023, p. 12), que, do ponto de vista epistemológico, verdadeiro conhecimento é somente o conhecimento verdadeiro. Porém, essa “busca nos encerraria no círculo vicioso de um *regressus in infinitum*, porque desconhecemos o critério de verdade”.

Nessa senda, o positivista Norberto Bobbio explica que toda norma jurídica pode ser submetida a três valorações diversas e independentes: (a) **justiça**; (b) **validade**; e (c) **eficácia**. Para o autor, a justiça é um problema deontológico do Direito, ocupando-se de princípios e juízos de valor – Teoria da Justiça; a validade é o problema ontológico, destinado a aferir a essência, o conceito do Direito – Teoria Geral do Direito; e a eficácia seria o problema fenomenológico, no campo histórico-sociológico da norma, de competência da Sociologia Jurídica (Ferrer; Farah, 2020, p. 24).

Sem se deter ao estudo isolado dessas esferas de realidade, Miguel **Reale** (2003, p. 91) vê uma comunicação constante entre elas: social (fato); axiológico (valor); deontológico-normativo (norma). Para o festejado doutrinador brasileiro, o fato, o valor e a norma são fatores sociais em constante interação, um influenciando o outro (teoria tridimensional do Direito). Nas felizes palavras do saudoso professor, “direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores”.

No mesmo ritmo, Georg **Jellinek**, jurista alemão do final do século XIX, em sua teoria do “mínimo ético”, destaca o quão interligado está o Direito dos **valores** éticos da sociedade. Segundo ele, o Direito é o mínimo de Moral necessário para que haja bem-estar social, para que a sociedade continue. Figurativamente, é possível remeter à ideia dos círculos concêntricos, em que o direito é o círculo menor contido no círculo maior da Moral. Ou seja, embora esteja dentro do círculo da moral, não integra ele todo (Nader, 2021).

Seja como for, certo é que a compreensão do direito sempre perpassa pelo árduo labor de, ao menos entender, na medida do possível, o **Justo** (a Justiça).

Aqui, o **giro linguístico**, apresentado pela filosofia da linguagem, revela-se importante contributo à solução do problema da “verdade”. Ele

leva, com maestria, os pensadores a abandonarem a “filosofia da consciência”, a qual defendia a possibilidade de uma entidade substancial de consciência autônoma. Anote-se que essa crença estava presente no **jusnaturalismo**, que invocava aspectos transcendentais para justificar a norma, o Justo, a Verdade, mas também no **positivismo**, que, embora tente mascarar a subjetividade no método-científico, é após a segunda Guerra Mundial.

Nesse ponto, é interessante observar a forma sofisticada como a filosofia conseguiu superar o conflito entre a verdade **psicológico-subjetiva** (individual) e a verdade **transcendental** (superior aos seres humanos). Nesse sentido, Alves (2014, p. 56) diz que o giro linguístico, na filosofia, levou os pensadores a abandonarem a filosofia da consciência, que defendia uma entidade substancial consciente autônoma, para considerar a consciência um fenômeno também essencialmente linguístico e, por esse motivo, intersubjetivo, baseado na comunicação e no discurso da comunidade.

Nesse sentido, Heidegger desenvolve a hermenêutica no nível ontológico (do “ser”), trabalhando com a ideia de que o horizonte do sentido só é dado pela compreensão. Dessa forma, a compreensão possui uma **estrutura em que se antecipa o sentido**. Ou seja, ela se compõe de **aquisição prévia, vista prévia e antecipação**, nascendo desta estrutura a situação hermenêutica (Streck, 2000, pp. 165-166).

Como detalha Ribeiro (2014, p. 80), “o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas **possibilidades de sentido**”. A lei, o processo, a formação jurídica e de vida do hermeneuta compõem suas pré-compreensões, que se fundem, num amálgama inseparável, às novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como à análise do caso concreto, num **círculo hermenêutico** em que o saber do Direito não se fecha. Verifica-se, nesse fenômeno, algo assemelhado ao que Dworkin (2007) nos ensina sobre a

interpretação do Direito e a formação da jurisprudência das Cortes: um romance em cadeia.

Nessa senda, portanto, o entendimento do **círculo hermenêutico** reforça ainda mais a importância da inserção do intérprete na realidade de subsunção normativa. Sendo as pré-compreensões verdadeiras condições de possibilidade do **fenômeno especulativo-interpretativo**, maior razão se tem para que o agente responsável pela aplicação da lei esteja inserido na vida e na rotina social sob exame judicial.

Assim, os **métodos de interpretação** devem ser entendidos como uma **orientação aberta**, incumbindo a eles salientar aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas consciente de que eles não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete.

É por essa razão que Inocêncio (Coelho, 2023, p. 16) escancara o engodo no pensamento positivista:

[...] os autodenominados cientistas da exatidão, que ingenuamente se imaginam imunes à moléstia da subjetividade, também são vítimas de preconceitos e irracionalidades (...), sem ao menos se darem conta de que, humanos como os outros cientistas, padecem eles.

O professor explica que “não se pode adotar o modelo de um conhecimento objetivista, porque todo objetivismo não passaria de ilusão, pois implicaria a possibilidade de uma compreensão a partir de um ponto de vista exterior à história”. Nesse sentido, “a racionalidade científica cede lugar à **razoabilidade jurídica**, e a **verdade** epistemológica, à simplesmente **hermenêutica**”. Citando Kaufmann, Inocêncio conclui que “a hermenêutica é uma atividade racional, que se ocupa com processos total ou parcialmente irracionais — como o é o processo de realização do direito —, mas procurando fazê-lo da forma mais racional possível” (Coelho, 2023, p. 11).

Fica, então, assentado que a “**consciência**” é “um **fenômeno** também essencialmente **linguístico** e, por isso, **intersubjetivo**” baseia-se na

comunicação, no discurso da comunidade (Alves, 2014, p. 56). Ou seja, as expressões linguísticas indicam o sentido das coisas, mas não por algo extraído da essência dessas, mas sim pela realidade simbólica representada pela comunicação e convenções entre homens.

Dentro desse novo cenário, portanto, **não há sentido sem linguagem**, nem tampouco sem socialidade. Em outros termos, se a norma jurídica é um esquema de sentido, ela pressupõe uma **realidade simbólica representada pela comunicação** entre os indivíduos (convenções sociais), e não uma consciência autônoma e meramente individual, nem de estrutura **psicológica** (equívoco positivista) nem **transcendental** (erro do naturalismo). Ou seja, “se a consciência é **produto de relações sociais**, a estrutura normativa de sentido só pode existir se guardar profunda integração com essas relações sociais.” (Alves, 2014, p. 56).

Nesse mesmo sentido, Gadamer diz que “o ser que pode ser compreendido é linguagem”, retomando a ideia de Heidegger da linguagem como casa do ser, onde **linguagem não é simplesmente objeto, mas sim, horizonte aberto e estruturado**. Daí que, para Gadamer, ter um mundo é ter uma linguagem (Streck, 2000, pp. 165-166).

Importante entender, conforme destacado por Lênio Streck, que, para Gadamer, **as palavras são especulativas**, e toda interpretação também o é. Não se tem nas palavras um significado infinito ou definitivo, o que caracterizaria um dogma. Em verdade, a hermenêutica, pertencente ao ser da filosofia, é universal, não pelo fato de ter uma essência a ser descoberta, e sim porque a concepção especulativa do ser na base da hermenêutica é tão englobante como a razão e a linguagem.

Assim, Inocência Mártires Coelho (2023, p. 11) ensina que, para Gadamer, “toda compreensão depende da **pré-compreensão do intérprete** (...), prefigurada pela tradição em que [este] vive ... e que modela os seus preconceitos”. Ou seja, o intérprete traduz a realidade presente a partir da sua

experiência passada, imiscuindo-se, imperceptivelmente, com o dado supostamente objetivo a ser interpretado. Em outras palavras, no momento que o intérprete se depara com uma questão a ser solucionada, ele também passa a ser parte inexorável dessa questão, trazendo consigo todo o seu histórico de existência.

Assim, para além de se entender o fenômeno jurídico materializado no texto legal, torna-se imprescindível entender a formação da compreensão do intérprete do direito. Com esse desiderato, exsurge o estudo da **argumentação jurídica**. É aqui que o Pós-positivismo lança sua âncora e busca se firmar como filosofia viável e segura. O intérprete não visa à verdade em si, mas a “verdade histórica”, acessível, porém, com interferência de suas próprias e inerentes subjetividades.

É por isso que Inocêncio Mártires (Coelho, 2023, p. 12) destaca a forma de controle e legitimação do aplicador do Direito, não mais amparada na Verdade e no Justo essencial, mas sim **na Verdade e no Justo possível** (convencionado e limitado pela linguagem). Daí considerar-se válido utilizar, como **parâmetro de controle e legitimação da atividade hermenêutica**, a consciência jurídica geral e o devido processo legal (*substantive due process/procedural due process*). Isso porque, à luz da experiência histórica, esses critérios de verdade, conquanto não de todo eficazes, têm-se mostrado ao menos razoáveis, haja vista a inibição de voluntarismos e, ao mesmo tempo, a não proibição da criatividade necessária exigida dos intérpretes e aplicadores do direito.

Portanto, notadamente diante dessa nova realidade jurídico-filosófica, é possível concluir que o modelo de **escabinato** adotado pela Justiça Militar brasileira revela-se bastante salutar. Nas palavras do professor Fernando Ribeiro, “a especialização de conhecimentos que do Judiciário se exige não deve ser apenas do conhecimento técnico-jurídico (...), exige-se também uma **aproximação visceral com o mundo existencial** do qual

emergem os conflitos que será chamado a resolver.” (Armando Ribeiro, 2014). De fato, a interação entre os 4 militares, com a experiência da caserna, e o Juízo civil, aprovado em concurso público de provas e títulos e detentor do conhecimento técnico-jurídico, coloca o exame do caso concreto sob perspectiva bastante qualificada.

Lacava (2018, pp. 11-12), com palavras precisas, sentencia que o escabinato é a estrutura judicante mais apropriada a conduzir o julgamento dos crimes militares.

Assim, a existência da Justiça Militar, com sua peculiar estrutura mista, formada de Juízes civis e militares, nos parece atender a uma necessária inserção social do julgador no âmbito de seu jurisdicionado. De maneira analógica, a Justiça comum exige do magistrado que resida na comarca (CF, art. 93, VII; Loman, art. 35, V; CNJ, Resolução 37/2007), pois, somente vivendo [n]aquela comunidade, o problema poderá ser enfrentado pelo juiz de acordo com as reais necessidades da sociedade local (Freitas, 2008). No meio castrense, é impossível ao civil inserir-se nos meandros da vida militar, sendo, portanto, o escabinato da Justiça especializada uma medida bastante ponderada e razoável.

3 INEFICIÊNCIA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR: UM PROBLEMA EXTERNO QUE AFETA A JUSTIÇA

Nada obstante a enfática defesa da JM tecida até aqui, é necessário reconhecer que, assim como os outros ramos do Poder Judiciário, ela ainda tem o que melhorar. A sua deficiência mais **preocupante** está diretamente relacionada com o exercício do poder de polícia judiciária militar.

Como cediço, as Forças Armadas não dispõem de um corpo técnico profissional responsável pelas investigações criminais. O comandante das unidades, diante de um crime concreto, atendidas algumas especificidades, tem a prerrogativa de delegar o poder investigativo para um encarregado

(algum oficial que esteja disponível, independentemente de qual seja a sua formação). Não raro, essa dinâmica tem prejudicado e muito a apuração de crimes importantes.

A manutenção desse modelo, conforme se demonstrará, não encontra mais sustentação na realidade social, nem tampouco na realidade jurídica do país.

Nessa senda, é importante observar que o **princípio da eficiência** ganhou *status* constitucional por meio da EC 19/98. Desde então, toda a administração pública tem passado por inúmeras reformas estruturais. No âmbito das Forças Armada, essa realidade não é diferente. Nesse sentido, Lima (2022) destaca que “a administração pública do Comando do Exército, apesar de possuir características burocráticas na sua essência, vem sendo permeada pelo modelo gerencial com o surgimento de novas demandas e de novas tecnologias.”. A Marinha (Brito, 2017) e a Aeronáutica (Santos, 2011) também seguem esse caminho.

Os exemplos de sucesso na gestão de recursos pelas Forças Armadas são empolgantes. As Operações Acolhida e Yanomami, ambas no extremo norte do Brasil, são interessantes de serem citadas.

De toda sorte, a reflexão quanto à ineficiência dessas mesmas Forças quando o assunto diz respeito à **investigação criminal** é medida que se impõe.

Para melhor compreender o que se está a dizer, é importante fazer um regresso no tempo, de modo a compreender o salto tecnológico da administração pública.

Em resposta ao subjetivismo e à pessoalidade, inerentes à forma de gestão no feudalismo e nos Estados absolutistas (administração patrimonialista), o **Estado burocrático** foi o grande responsável por possibilitar o controle da administração pública e, mais que isso, torná-la

profissional e capaz de atender às *demandas* do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

De todo modo, “as mudanças demográficas, a crise fiscal, da sociedade do trabalho, as crises do padrão de acumulação e da organização da produção baseada no fordismo e ainda a agudização do conflito distributivo” demonstraram as fragilidades do modelo burocrático (Aragão, 1997).

Nesse sentido, a partir dos anos 70, a administração pública, no Brasil, passa a se ajustar de modo a atender às novas demandas sociais.

É nesse contexto que, a partir de 1998, o princípio da eficiência passa a constar expressamente no *caput* do art. 37 da CF. Como fim último, visa-se a *superar* o modelo de “administração burocrática” e abraçar a ideia de “administração gerencial” (**Estado gerencial**). Com tal propósito, vários mecanismos de controle são aperfeiçoados, para além da mera aferição da legalidade e impessoalidade.

São criados instrumentos de gestão da quantidade, qualidade e do *custo-benefício* dos serviços prestados pelo Estado, dentre esses instrumentos pode-se citar a avaliação especial de desempenho como condição para a estabilidade do servidor público, o contrato de gestão, a duração razoável do processo administrativo. Imprescindível alertar, todavia, que a economicidade (ganhos econômicos) não é o objetivo único da administração pública, o que torna muito peculiar o princípio da eficiência, pois o gestor sempre deve estar atento também ao *interesse público*.

Assim, passa-se a perceber a superação de um paradigma e a gestação de uma nova realidade gerencial no poder público.

Com efeito, embora toda essa evolução na própria concepção de Estado, acompanhada em vários aspectos pelas Forças, nada ou quase nada se alterou quanto à Polícia Judiciária Militar (PJM).

Como se pode supor, a condução do IPM, por vezes atabalhoada, pelo encarregado, gera, como não poderia deixar de ser, resultados

desastrosos. Um dado importante a ser ressaltado é que a designação de um militar para o exercício de funções no Inquérito representa, na maioria das vezes, uma sobrecarga, uma vez que, em regra, não é afastado das suas atividades rotineiras. Isso, conseqüentemente, pode resultar em investigações açodadas e inconsistentes.

Não se pode olvidar ainda, que os Encarregados de IPM desconhecem legislações e procedimentos básicos para a condução do Inquérito. A ausência de técnicas de investigação por parte dos militares encarregados de IPM representam obstáculos a serem superados na apuração de infrações penais militares.

Pesquisa realizada com membros do Ministério Público Militar (MPM) lotados nas Procuradorias da Justiça Militar no Rio de Janeiro constatou que mais de 50% dos Inquéritos Policiais Militares conduzidos pelo Exército Brasileiro não fornecem elementos suficientes para imediata manifestação da *opinio delict* do *Parquet* Militar (Gorrihas; Miguel; Barbosa, pp. 207-208).

513

3.1 O engessamento de um modelo do século XIX e do início do século XX e a repercussão disso

Para Saraiva (2023), no âmbito investigativo militar, é perceptível uma **estagnação** quase que absoluta, desde o Código de Organização Judiciária e Processo Penal Militar, de **30 de outubro de 1920** (Decreto n. 14.450). Após traçar as pequenas e pouco significativas alterações do poder de polícia judiciária militar (PPJM) no decorrer do tempo, o autor aponta que, hoje, o CPPM regula o PPJM quase que com os mesmos parâmetros dos anos 20. Explica que o Código atribui, de forma originária, referido poder aos **comandantes militares de maior posição hierárquica**, possibilitando a delegação a oficiais subordinados, para fins específicos e por tempo determinado, desde que observados alguns requisitos.

De maneira bastante enfática, Gorrilhas, Amim Miguel e Barbosa asseveram que a Polícia Judiciária Militar foi instituída em **1895**, por regulamento do Supremo Tribunal Militar (hoje Superior Tribunal Militar) com o nome de Conselho de Investigação. Porém, passados mais de 120 anos, ainda **não existe**, no âmbito das Forças Armadas, um **órgão destinado a profissionalizar** militares para conduzir Inquéritos Policiais Militares (IPM). Ou seja, a atuação do Encarregado do IPM, oficial designado, é, na maioria das vezes, desprovida de orientação e coordenação jurídicas.

A imprescindibilidade da institucionalização da polícia judiciária militar deriva de um desafio hercúleo:

[...] conciliar a aspiração social por decisões céleres e justas da Justiça Militar com investigações criminais que, em regra, ainda são conduzidas de forma descentralizada, por militares sem qualificação técnica para o exercício da atividade.

514

Essa realidade acarreta **prejuízos** incalculáveis para o esclarecimento de fatos que, algumas vezes, sequer criminosos eram. Entretanto, a dúvida ofuscante fica pairando no ar, trazendo questionamentos quanto à **higidez** moral e à **eficiência** da própria Justiça Militar, ou melhor de todos os órgãos que compõem o sistema criminal militar (Gorrilhas; Miguel; Barbosa, pp. 201 a 226). Embora a JM, vale salientar, não detenha nenhuma ingerência sobre essa realidade pré-processual.

3.2 Possíveis soluções

(a) Delegacias de Polícia Judiciária Militar

Um fenômeno insipiente, mas que não passou despercebido por Gorrilhas, Miguel e Barbosa (2016, p. 213), foi o da **Delegacia de Polícia Judiciária Militar** (DPJM), instituída em 2007, no contexto da operação “Cimento Social” e, posteriormente, nas operações de GLO no Complexo do

Alemão (2011), no Complexo da Maré (2013), na Copa do Mundo (2014) e nos Jogos Olímpicos e paraolímpicos (2016). A DPJM contava com militares qualificados para investigar crimes militares. Por isso, forneceu o suporte jurídico adequado aos militares que participavam das operações aludidas, notadamente prisões em flagrantes e buscas e apreensões.

É certo que a criação de algumas delegacias regionais com capacidade de prestar auxílios pontuais às OM's próximas, nos assuntos investigativos mais complexos, implicaria salto qualitativo substancial das investigações em IPM. Isso não importaria, necessariamente, aumento de despesas, porque as Forças já possuem um quadro técnico mínimo com formação jurídica. Seria necessário, porém, o aprimoramento desses técnicos, bem como a criação de instrumentos tecnológicos que permitissem a interação direta entre os encarregados e esse centro de controle e orientação.

Gorilhas, Miguel e Barbosa (2016, p. 217) apontam algumas diretrizes a esse modelo proposto. A partir da experiência que têm com o meio militar, eles dizem que, para a DPJM, seria desejável a estruturação de um Curso de Delegado de Polícia Judiciária Militar destinado a oficiais intermediários, preferencialmente, bacharéis em Direito. Acrescentam, com bastante perspicácia, que seria interessante e proveitoso, ainda, que tais militares, após o curso, desempenhassem a função por, no mínimo, 5 anos consecutivos, só podendo ser transferidos de uma DPJM para outra DPJM, visando-se, com isso, a possibilidade de transferências sem a perda da expertise na atividade de PJM.

(b) Corregedorias e Núcleos de controle e apoio

Duarte (*apud* Saraiva, 2023, p. 254) cita a criação, pela Corregedoria-Geral da PMDFT, de mecanismos de correição e controle dos inquéritos policiais militares.

Este controle e correição dos Inquéritos, dentro dos prazos e antes mesmo do envio ao Ministério Público, se mostra salutar, podendo evitar omissões, equívocos ou repetições desnecessárias (...). Evita-se, deste modo, que o órgão do MP se veja compelido a solicitar baixas infundáveis.

Nesse cenário, Duarte conclui que a celeridade unida à eficiência da apuração se torna de grande valia para o trabalho desenvolvido pelo *Parquet*.

Em visita realizada pelo Ministério Público Militar, durante o Curso de Ingresso e Vitaliciamente dos membros ingressos no 12º Concurso do órgão, foi possível verificar que a PMSP adota, em sua Corregedoria-Geral, experiência semelhante à da PMDF. Ela funciona como um órgão central que acompanha os IPM's mais relevantes instaurados. Os relatos positivos foram vários, o que demonstra a eficácia e, por isso, a importância desse núcleo especializado na direção, controle e correição.

No âmbito das Forças Armadas, a idealização de um Núcleo de Apoio junto ao Ministério da Defesa para auxiliar, por meio de cursos de aperfeiçoamento e na orientação concreta, nos IPM's instaurados seria de bastante utilidade. Além de uniformizar a instrução, serviria para amparar juridicamente as medidas adotadas pelo encarregado no curso do inquérito.

(c) Centro de Criminalística no âmbito do Ministério da Defesa

Gorilhas, Miguel e Barbosa (2016, p. 221) chegam a pensar num Centro de Criminalística único para as Forças Armadas, que poderia funcionar no âmbito do Ministério da Defesa. Este Centro seria um ponto de

convergência das evidências forenses que ainda demandariam exames mais apurados.

As soluções para essa realidade são inúmeras, o que não se pode permitir é que a polícia judiciária militar permaneça no Século XIX.

Engrossando o coro em favor da especialização urgente da Polícia Judiciária Militar, Saraiva (p. 255) destaca que o novo modelo de processo penal (militar, inclusive), compatibilizado com os valores constitucionais (algo tão bem trabalhado na teoria garantista de Luigi Ferrajoli), não se adequa ao modelo de IPM de 1920. Como o professor destaca, a eficiência e o respeito à dignidade das pessoas devem estar na essência da atuação dos investigadores profissionais da polícia judiciária militar.

4 CONCLUSÃO

517

Embora sejam constantes as insurgências contra a Justiça Militar, foi possível verificar que ela é essencial ao Estado Democrático de Direito.

Como se destacou, a Justiça castrense cuida de assunto extremamente peculiar (crimes militares, no caso da JMU), imbuído de forte carga axiológica relacionada aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina. São esses princípios que garantem a regularidade e, ainda, a prontidão necessária às Forças Armadas.

Foi possível observar que muitas das críticas lançadas contra a Justiça Militar derivam do seu desconhecimento. Ainda é muito pouco difundido o conhecimento sobre a sua composição civil e a sua natureza de Órgão do Poder Judiciário, até mesmo no meio jurídico. Pior ainda é a compreensão das especificidades do meio castrense propriamente dito.

Constatou-se ainda que a conformação da Justiça especializada, por meio da mescla de civis e militares, permite a melhor compreensão do intérprete quanto à realidade ocorrida e que será necessário acessá-la por

meio da “verdade hermenêutica”. Nesse passo, registrou-se que, além da explicação histórica e tradicional da existência da Justiça Militar, a superveniência da filosofia da linguagem e do giro linguístico reforçam ainda mais a imprescindibilidade do escabinato (Conselhos de Justiça). Isso porque, como se pode perceber, o intérprete da norma não é um agente neutro capaz de descobrir uma verdade essencial, ele é, antes de tudo, condicionado histórica e culturalmente, fato que inevitavelmente influenciará na sua decisão, impondo, assim, a sua inserção no meio social que examina.

Nesse passo, concluiu-se que, no caso específico da Justiça Militar, não se alcança uma argumentação adequada, nos casos apreciados, sem a perfeita conformação dos valores jurídicos envolvidos (hierarquia e disciplina x garantias constitucionais do Poder Judiciário). Ademais, compreendeu-se que a unicidade da jurisdição brasileira refuta toda a argumentação contrária à JM, inclusive na apreciação do crime cometido por civil, no âmbito da JMU.

Por fim, buscou-se examinar um problema que certamente repercute na credibilidade do sistema de justiça militar, mas que não guarda pertinência direta com a Justiça Militar (órgão do Poder Judiciário), em si: a ineficácia da polícia judiciária militar. Como se verificou, desde o Século XIX e início do Século XX, o exercício dessa polícia é conferido a comandantes das unidades militares, que, em determinados casos, podem delegar a um encarregado. Notou-se que, embora pudesse ter sido adequada para a época de seu surgimento, a ausência de especialização dos envolvidos na investigação criminal, em geral, oficiais dos quadros das Forças sem sequer formação jurídica, tem ocasionado o malferimento do princípio constitucional da eficiência, além de acarretar constantemente uma crise de credibilidade e confiança que recai sobre todos os atores do sistema de justiça militar.

Por isso, tenta-se, de modo propedêutico, entoar algumas soluções já adotadas de modo embrionário, mas cuja importância foi muito bem destacada pela doutrina especializada.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Edmar Jorge. *Do crime militar culposo*. In: B. Cient. ESMPU, Brasília, a. I – nº 5, p. 47-58 – out./dez. 2002.

ALVES, Alaôr C. *Dialética e direito: linguagem, sentido e realidade*. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Manole, 2014.

ARAGÃO, Cecília Vescovi de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. *Revista do Serviço Público*, A. 48, N. 3, Set-Dez 1997.

ASSIS, Jorge César de. Bases filosóficas e doutrinárias acerca da justiça militar. *B. Cient. ESMPU*, 2008, Brasília, a. 7, n. 27, pp. 269-304.

BORTOLON, Nicolas Bortolotti. Por que a Justiça Militar deve ser extinta. *Revista eletrônica CONJUR*, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-02/nicolas-bortolon-justica-militar-extinta>. Acesso em: 8 jul. 2023.

BRITO, Silva Adalberto Oliveira. *Administração Burocrática e Gerencial na Marinha do Brasil* – Base Almirante Castro e Silva, 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/1888/Adalberto%20Oliveira%20Br%20ito.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 6 jul. 2023.

COELHO, Inocêncio M. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. E-book. ISBN 9788502134904. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502134904/>. Acesso em: 20 maio 2023.

FERRER, Leandro Abdalla; FARAH, Julia Zehuri. A epistemologia jurídica: para uma melhor compreensão da ciência do Direito. *Revista Direito em Foco*, Ed. 12, A. 2020. Disponível em: <https://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2020/03/A-EPISTEMOLOGIA->

JUR% C3% 8DDICA-PARA-UMA-MELHOR-COMPREENS% C3% 83O-DA-CI% C3% 8ANCIA-DO-DIREITO.pdf. Acesso em: 8 jul. 2023.

FREITAS, Vladimir Passos de. Segunda Leitura: O juiz que não mora na comarca é mal visto. *Revista eletrônica CONJUR*, 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-ago-10/juiz_ao_mora_comarca_visto_maus_olhos#:~:text=O%20juiz%20tem%2C%20entre%20as,juiz%20residir%20em%20outra%20localidade. Acesso em: 9 jul. 2023.

GORRILHAS, Luciano Moreira; MIGUEL, Claudio Amin. et al. A institucionalização da polícia judiciária militar: uma necessidade premente. *Revista do Ministério Público Militar*, Ano 41, n. 26, 2016, pp. 201-226.

JOAQUIM Barbosa defende extinção da Justiça Militar em Estados. *Estado de Minas*. 2012. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/11/27/interna_politica,332599/joaquim-barbosa-defende-extincao-da-justica-militar-em-estados.shtml. Acesso em: 9 jul. 2023.

JUSTIÇA Militar: Um raio-x da Justiça mais antiga do Brasil. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296496/justica-militar--um-raio-x-da-justica-mais-antiga-do-brasil>. Acesso em: 8 jul. 2023.

LACAVA FILHO, Nelson. *Legitimidade do direito penal militar no estado democrático de direito: hierarquia e disciplina como bases sistêmicas*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-08092020-024654/pt-br.php>. Acesso em: 09 jul. 2023.

LIMA, André Esteves de. *A evolução da administração pública no Exército Brasileiro: burocrática, neweberiana e gerencial*, 2022. Disponível em: <https://eblog.eb.mil.br/index.php/menu-easyblog/a-evolucao-da-administracao-publica-no-exercito-brasileiro-burocratica-neweberiana-e-gerencial.html>. Acesso em: 6 jul. 2023.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. Disponível em: Minha Biblioteca, (28th edição). Grupo GEN, 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 5. ed. São Paulo: Jusodivm, 2021, p. 517-518.

OPERAÇÃO Yanomami completa 60 dias: Comando Operacional Conjunto Amazônia divulga balanço dos 60 dias de operação. *Agência Força Aérea*. 2023. Disponível em: <https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/40598/BALAN%C3%87O%20-%20Opera%C3%A7%C3%A3o%20Yanomami%20completa%2060%20dias> Acesso em: 11 jul. 2023.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27. edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2013, p. 67).

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

RIBEIRO, Fernando José Armando. Justiça Militar, escabinato e acesso à Justiça justa. *Revista Amagis Jurídica*, Ano V, n. 9, 2014, p. 73-94. Disponível em: <https://revista.amagis.com.br/index.php/amagis-juridica/article/view/124>. Acesso em: 24 maio 2023.

RIBEIRO FILHO, Alcides Martins. *A missão da Justiça Militar no Brasil*. Universidade Federal Fluminense. Programa de pós-graduação justiça administrativa, 2019. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/handle/1/27750/Justi%C3%A7a%20militar%20no%20Brasil%20-%20Alcides%20Martins.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 9 jul. 2023.

ROSA FILHO, Cherubim. *A justiça militar da união através dos tempos: ontem, hoje e amanhã*. 5. ed. ver., Brasília/DF, Superior Tribunal Militar, 2017.

SANTOS, Rodrigo Antônio Silveira dos. A Gestão Administrativa de uma Organização Militar: rotinas e desafios de um gestor de licitações públicas. *Revista da UNIFA: Uma Visão Multidisciplinar do Poder Aeroespacial*, v. 24, n. 29, Rio de Janeiro, 2011, pp. 91-100. Disponível em: https://www2.fab.mil.br/unifa/images/revista/pdf/ed_29.pdf. Acesso em: 6. Jul. 2023.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. Polícia Judiciária Militar: prospecção e projeção. Uma proposta: é preciso profissionalizar a polícia judiciária militar das Forças Armadas. *Revista do MPM*, ed. 39, Tomo II, pp. 237-258.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 165-166.

SILVA, Antonio Luiz da. *A Importância das Justiças Militares para as Instituições Militares*. 2009. Disponível em: <https://tjmmg.jus.br/a-importancia-das-justicas-militares-para-as-instituicoes-militares/>. Acesso em: 9 jul. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 106171, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011.

Este periódico foi impresso em Brasília (DF), em novembro de 2023, pela
Gráfica Movimento.

O papel do miolo é o Pólen 80g, e o da capa é o Duo Design 250g.

Visite o *site* da Revista do MPM: <https://revista.mpm.mp.br/>