

Revista do Ministério Público Militar

Centenário do Ministério Público Militar

Tomo I

**Brasília – DF
2020**



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República

Antônio Augusto Brandão de Aras

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

Edmar Jorge de Almeida

Corregedor-Geral do MPM

Giovanni Rattacaso

Conselho Editorial

Adriano Alves-Marreiros

Promotor de Justiça Militar – Coordenador

Maria da Graça Oliveira de Almeida

Procuradora de Justiça Militar

Luiz Felipe Carvalho Silva

Promotor de Justiça Militar

Romana de Castro

Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Centenário do Ministério Público Militar

Tomo I

**Ano XLV – Número 33 – Novembro de 2020 – Tomo 1/2
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>*

Capa: Alessandra Duarte/Adriano Alves-Marreiros

Revisão: Romana de Castro

Tiragem: 1.000 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 45, n. 33
(nov. 2020) – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Semestral

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

ISSN 0103-6769

I – Brasil. Ministério Público Militar.

Apresentação

A Edição nº 33 da Revista do Ministério Público Militar tem cunho muito especial e foi organizada, em dois tomos, com máximo esmero e elevado senso de entrega, para saudar o primeiro centenário da Instituição, em 30 de outubro de 2020.

No Tomo I, conferiu-se notável ênfase ao eixo temático do controle da corrupção, verdadeira erva daninha que medra nos espaços públicos de poder, atraindo o voraz interesse de empresários inescrupulosos, que urdem formas de desviar os escassos recursos públicos, envolvendo integrantes da administração pública e compondo organizações criminosas voltadas para a macrocriminalidade.

A sociedade brasileira que jamais aquiesceu com tais e nefandas práticas ilícitas, que malversam o Erário, desfalcam os cofres públicos e comprometem os investimentos em áreas essenciais para o desenvolvimento do país, não mais suporta sequer cogitar que tais atividades criminosas continuem a infestar os órgãos e as instituições públicas, reclamando que as autoridades investidas do múnus de combater tais males o façam com máxima responsabilidade e imediatez. Não há mais espaço

para tanta dissimulação, em que o dinheiro na cueca ou em malas e o final e despidorado culto a Deus pelo sucesso da gatunagem são o cúmulo do cinismo, num excruciante circo de horrores.

E não é para menos visto que, numa república reconhecidamente com grandes desigualdades sociais, causa muita perplexidade e senso de indignação, que haja tamanha desfaçatez de pessoas investidas de cargos ou funções públicas ou em exercício de mandatos associarem-se a outros agentes da iniciativa privada, arquitetando mecanismos voltados para solapar as verbas públicas, fazendo sua remessa para contas abertas em paraísos fiscais (*offshores*), para ulteriormente, mediante lavagem de capitais, tentar emprestar liceidade a uma forma espúria de alcançar proveito econômico.

Neste sentido, é de se considerar um grande avanço e verdadeiro divisor de águas o denominado processo do Mensalão, iniciado no Supremo Tribunal Federal a partir da denúncia apresentada pelo Procurador-Geral da República em 11 de abril de 2006, em que se logrou efetivar a responsabilização de diversos criminosos que se abasteceram de dinheiro público proveniente da corrupção.

Nesta mesma esteira, a deflagração da Operação Lava-Jato, em 17 de março de 2014, representa marco histórico fundamental no combate à macrocorrupção, contribuindo para trazer alento e esperança a uma sociedade tão vilipendiada pelo crime, ensejando condenações de agentes envolvidos em verdadeiras e complexas teias de crimes contra a administração pública, bem como assegurando a recuperação de verbas ilicitamente desviadas.

O cenário é mesmo de inquietação, obrigando todos que atuam na prevenção e repressão à criminalidade a se pautar por uma verdadeira ira santa no sentido de corresponder aos justos anseios de uma sociedade verdadeiramente angustiada por ver, como ressaltado por Rui Barbosa, triunfar as nulidades, prosperar a desonra e crescer a injustiça.

É dentro de tais expectativas que o Parquet das Armas, o mais especializado ramo do Ministério Público, ao completar seus primeiros cem anos de existência, se alinha com todo o Ministério Público pátrio e demais Instituições republicanas, para combater o bom e salutar combate, vertendo o melhor esforço para, aprimorando a atuação investigativa e processual, requintar a persecução de todos os que se arvorem a desafiar o ordenamento penal, mediante escusos propósitos de

abocanharem, especialmente através de fraudes em processos licitatórios, verbas destinadas ao cumprimento das inadiáveis missões conferidas às Instituições Militares. Indubitavelmente, se depender do empenho e determinação desta agora secular casa, tais práticas ilícitas serão tenazmente reprimidas, de modo a não comprometer a higidez moral e operacional das Forças Armadas e nem ferir seus caros e imarcescíveis preceitos deontológicos.

No Tomo II, diversos e igualmente relevantes textos, procuram refletir, de forma crítica, avanços em contextos jurídicos essenciais, fazendo emergir impactantes considerações sobre áreas destacadas do saber jurídico, nomeadamente a seara constitucional, penal e processual penal.

Por tudo isso, nesta breve apresentação, queria registrar os cumprimentos a todos que têm, na marcha dos tempos, contribuído para fazer um Ministério Público Militar mais vanguardista e à altura de suas grandes e indelegáveis atribuições. Manifesto, assim, os agradecimentos aos que colaboraram com a presente e especial edição, trazendo a lume, textos densos e cientificamente abalizados.

Aproveito, igualmente, para transmitir aos componentes do Conselho Editorial da Revista a gratidão de todo o Ministério

Público Militar, pelo afincos com que atuaram, brindando a todos com uma primorosa edição do centenário.

Finalizo conclamando os Membros e Servidores da Instituição para que, ante marco cronológico tão significativo, possamos celebrar os caminhos percorridos e os óbices suplantados, bem como cantar as vitórias obtidas, mas, sobretudo, nos preparar mais e melhor para os desafios advindouros, na certeza de que todos estão convidados para ajudar a Instituição a se tornar mais eficiente e apta ao exercício de suas tarefas perante o Poder Judiciário, na incessante defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Parabéns Ministério Público Militar pelo seu 1º Centenário!

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

O Ministério Público chega ao seu centenário, o que é motivo de comemoração, mesmo em tempos difíceis em que a alegria não será plena como gostaríamos. Esta é uma edição especial que tem características próprias – ser em dois tomos é uma delas – mas mantendo o espírito de crônica, de refletir seu tempo.

Se estamos comemorando 100 anos do Ministério Público Militar, é porque houve um ato de criação: sensíveis à importância de se cultivar a História e não deixar que ela seja esquecida, alterada nem deturpada, iniciamos os tomos da revista com os trechos mais relevantes do decreto n. 14.450, de 30 de outubro de 1920, que o criou.

O primeiro tomo da revista é essencialmente temático e dedicado a um sério problema do nosso país ao qual o MPM tem dado especial atenção nos últimos anos: a corrupção e os crimes afins. A lei 13.491/2017, que tornou militares crimes que estavam apenas no CP e na legislação extravagante, o trabalho do CPADSI – com sua equipe atuante, criação de ferramentas tecnológicas e convênios para acesso a outras ferramentas e

bancos de dados – e a criação dos NPAC foram um grande incremento à atuação da nossa instituição nessa área, além de nos permitir auxiliar outros ramos, Ministérios Públicos estaduais e outras instituições com nossa tecnologia. Os artigos inéditos de valorosos pensadores e doutrinadores do direito bem analisam os vários meandros desses temas sob vários olhares, todos incluindo o mais essencial de todos: o prático, já que o Direito não se pode desvincular da realidade nem se esquecer da Sociedade, origem de todo o poder, de quem o Direito vem e a quem se destina. Ainda dentro desse olhar histórico e de crônica, o Tomo I é encerrado com artigo de membro do MPM que faz uma panorâmica detalhada e jurídica dos últimos 23 anos da Instituição do ponto de vista de sua vivência na carreira.

O segundo tomo da revista é mais eclético. Temos artigos inéditos de temas variados, também com foco na realidade e na prática, que trazem abordagens inovadoras sobre direito penal em geral, economia do crime (e análise de suas motivações) Direito Militar Penal, Processual e Administrativo. Todos eles, como os temáticos, serão muito úteis para o trabalho de quem atua em prol da Sociedade. Temos também a seção tradicional de artigos de grande repercussão, que reúne textos selecionados na imprensa e que permitem retratar o momento

em que a revista foi elaborada e editada, mantendo um vínculo mais próximo com os acontecimentos do Brasil e do mundo que nos cercam. Finalizando, e prosseguindo o que foi iniciado na edição anterior, temos aquela seção que nos lembra que o Direito não pertence aos profissionais da área mas que, acima de tudo, pertence a quem o legitima e que o vive diariamente: o cidadão comum, em especial, o dito leigo em direito. Desta vez publicamos a visão de um editor e revisor de livros.

Eis a Revista do centenário do Ministério Público Militar, coincidentemente a de número 33, um número que evoca muito mistério e sempre chama muita atenção, seja por ser conhecido como a idade de Jesus Cristo ao morrer e ressuscitar, seja porque é o número de graus do Rito Escocês Antigo e Aceito da Maçonaria, seja por quaisquer outras razões. Que isso seja motivo para ainda mais interesse e mais leitores para ela.

Parabéns ao Ministério Público Militar: que venham mais centenários, sempre a serviço da Sociedade, de onde emana todo o poder.

Adriano Alves-Marreiros
Promotor de Justiça Militar

Sumário

Tomo I

Criação do Ministério Público Militar

- ❖ Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, pp. 23-38

Artigos temáticos: Corrupção e crimes afins

- ❖ A Inteligência investigativa a serviço da sociedade (*Ângela Montenegro Taveira; Antônio Pereira Duarte*), pp. 41-86
- ❖ Programas de compliance, imputação penal e o direito militar (*Péricles Aurélio Lima de Queiroz; Alexandre Hugo Santana Sampaio Netto*), pp. 87-148
- ❖ Análise sobre o acordo de leniência como exemplo do papel institucional da comissão de enfrentamento da corrupção do CNMP e a atribuição do Ministério Público (*Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior; Leandro Bastos Nunes*), pp. 149-174
- ❖ CORRUPÇÃO, estamos falando do quê? (*Edmar Jorge de Almeida*), pp. 175-214
- ❖ Corrupção (*Carlos Frederico de Oliveira Pereira*), pp. 215-252

- ❖ O uso de fontes abertas e de acesso restrito para a criação de sinais de alertas em torno da existência de possíveis empresas prestadoras de serviços e obras de engenharia, de caráter meramente instrumentário (*Rafael Lima Linhares*), pp. 253-298
- ❖ Aplicação da lei de licitações na Justiça Militar da União: perspectivas sancionatórias (pena de multa) e processuais (*Wendell Petrachim Araujo*), pp. 299-344

Visão de membro do MPM sobre a carreira

- ❖ MPM: aspectos da vivência institucional (*Adriana Santos*), pp. 347-396

Sumário

Tomo II

Criação do Ministério Público Militar

- ❖ Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, pp. 23-38

Artigos de temas variados

- ❖ A formação da consciência e o direito penal (*Ricardo Dip*), pp. 41-64
- ❖ A “índole do processo penal militar” e seu encontro necessário com os princípios constitucionais da Hierarquia e da Disciplina (*Alexandre José de Barros Leal Saraiva*), pp. 65-104
- ❖ Percepções da polícia militar do Oeste do Paraná sobre aspectos da economia do crime (*Sofia Lopes Shikida; Valmir de Souza; Fábio Costa Pereira*), pp. 105-134
- ❖ A servidão militar e o poder de polícia das Forças Armadas nas áreas vizinhas aos estabelecimentos castrenses (*Cirelene Maria da Silva Rondon de Assis*), pp. 135-180

- ❖ A Lei nº 13.967/19 e o seu impacto na prisão administrativa dos policiais e dos bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal (*Fábio Costa Pereira*), pp. 181-208
- ❖ A vanguarda do CPM/69 na definição dos crimes omissivos impróprios (*Bruno Cortez Castelo Branco*), pp. 209-236
- ❖ O Bem jurídico tutelado e sujeição passiva nos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade (*Cícero Robson Coimbra Neves; Fábio Nakaharada*), pp. 237-264
- ❖ As medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e o poder geral de cautela na administração militar (*Sandro Leal Costa*), pp. 265-304
- ❖ Inconstitucionalidade do processamento e do julgamento de crimes propriamente militares pelo juízo monocrático na Justiça Militar da União (*Leonardo Jucá Pires de Sá*), pp. 305-374

Artigos de grande repercussão

- ❖ Narcoestado (*Rodrigo Merli Antunes*), pp. 377-382
- ❖ A pandemia da Impunidade: Os criminosos devem ser soltos em razão da pandemia de Covid-19??? (*Rogério Zagallo*), pp. 383-392

- ❖ ~~Assombração~~ Inimputável sabe pra quem aparece...
(*Cristiano Mourão*), pp. 393-394
- ❖ GEORGE ORWELL: As grandes guerras mundiais
(*Érika da Rocha Figueiredo*), pp. 395-398
- ❖ Fascistas (*Diego Pessi*), pp. 399-408

Visão do cidadão comum

- ❖ Infiltração proposital e aberta (*Márcio Scansani*), pp. 411-420

Criação do Ministério Público Militar

DECRETO Nº 14.450, DE 30 DE OUTUBRO DE 1920

Manda observar o Código de Organização
Judiciária e Processo Militar

O Presidente da República dos Estados
Unidos do Brasil, de acordo com o disposto
no art. 24 da lei n. 3.991, de 5 de janeiro
do corrente anno, resolve mandar que se
observe desde já, no Exército e na Marinha,
o Código de Organização Judiciária e
Processo Militar, que com este baixa e que
será, opportunamente submettido á
aprovação do Congresso Nacional.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1920, 99º
da Independência e 32º da República.

EPITACIO PESSÔA.

João Pandiá Calogeras.

Joaquim Ferreira Chaves.

CODIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIARIA E PROCESSO
MILITAR

TITULO PRIMEIRO

Da administração da justiça militar.

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

CAPITULO I DIVISÃO TERRITORIAL

Art. 1º O territorio da Republica, para a administração da justiça militar, em tempo de paz, divide-se em doze circumscripções, constituídas: a 1ª, pelos Estados do Amazonas e Pará e pelo Territorio do Acre; a 2ª, pelos Estados do Maranhão e Piauhy; a 3ª, pelos Estados do Ceará e Rio Grande do Norte; a 4ª, pelos Estados da Parahyba, Pernambuco e Alagôas; a 5ª, pelos Estados de Sergipe e Bahia; a 6ª, pelos Estados do Espirito Santo e Rio de Janeiro e pelo Districto Federal; a 7ª, pelo Estado de Minas Geraes; a 8ª, pelos Estados de S. Paulo e Goyaz; a 9ª, pelos Estados do Paraná e Santa Catharina; a 10ª e a 11ª, pelo Estado do Rio Grande do Sul; e a 12ª, pelo Estado de Matto Grosso.

Paragraphe unico. O Governo designará a séde de cada uma destas circumscripções, tendo em vista a concentração das forças.

CAPITULO II DAS AUTORIDADES JUDICIARIAS E SEUS AUXILIARES

Art. 2º A justiça militar é exercida:

a) por auditores e Conselhos de Justiça Militar nas respectivas circumscripções

Revista do Ministério Público Militar

b) pelo Supremo Tribunal Militar em todo o paiz.

Art. 3º Cada circumscripção terá um auditor, com jurisdicção no Exercito e na Armada, excepto a 6ª, que terá sete, quatro com jurisdicção naquella e tres com jurisdicção nesta.

Art. 4º As auditorias são de duas entrancias, primeira e segunda. De segunda serão as da 6ª circumscripção e de primeira todas as demais.

Art. 5º As autoridades judicciarias militares serão auxiliadas:

- a) pelo ministerio publico, composto de um procurador geral e promotores;
- b) por escrivães;
- c) por officiaes de justiça.

Art. 6º Haverá um promotor em cada circumscripção, excepto na 6ª que terá dous com jurisdicção no Exercito e dous com jurisdicção na Armada.

Art. 7º Junto a cada auditor servirão um escrivão e um official de justiça. Na 6ª circumscripção haverá dous escrivães e dous officiaes de justiça junto aos auditores com jucidicção no Exercito, e outros tantos junto aos auditores com jurisdicção na Armada.

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

Art. 8º Na 6ª circumscrição os auditores e promotores serão designados por ordem numerica.

(...)

SECÇÃO IV DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA MILITAR

Art. 29. Os promotores da justiça militar serão nomeados pelo Presidente da Republica dentre os cidadãos diplomados em sciencias juridicas e sociaes. Destes, os que forem ou tiverem sido militares terão preferencia.

Art. 30. O procurador geral será um dos auditores de 2ª entrancia, de livre escolha do Presidente da Ropublica. E' o chefe do ministerio publico e o seu orgão perante o Supremo Tribunal Militar no processo e julgamento dos crimes a que se refere o art. 47, letra a.

Art. 31. No exercicio das funcções na reciproca independencia entre os orgãos do ministerio publico e os da ordem judiciaria.

Art. 32. A distribuição de serviço aos promotores da 6ª circumscrição caberá ao

auditor mais antigo, respectivamente, no Exército e na Armada.

Paragrapbo unico. Os promotores da 6^a circumscripção se substituirão reciprocamente nas suas faltas e impedimentos dentro das jurisdicções em que servem.

Art. 33. Em caso de necessidade, o procurador geral nomeará promotor interino, e o auditor, ou o presidente do Conselho de Justiça, segundo a hypothese, promotor ad hoc.

Paragrapbo unico. O promotor interino e o ad hoc serão tirados, sempre que fôr possível, dentre os cidadãos diplomados em direito.

(...)

SECÇÃO IV
DOS AUXILIARES DE JUSTIÇA MILITAR

Art. 49. Ao promotor incumbe:

a) requerer á autoridade militar competente inquerito policial para o descobrimento do crime e seus autores;

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

b) denunciar os crimes, assistir á formação da culpa e julgamento e promover todos os termos da acção;

c) recorrer sempre para o Supremo Tribunal Militar dos despachos do não recebimento da denuncia e de não pronuncia do indidado;

d) accusar os criminosos, promover a sua prisão e a execução das sentenças;

e) appellar para o Supremo Tribunal das sentenças absolutórias do Conselho de Justiça, contrarias á evidencia dos autos, ou quando tenham sido preferidas formalidades substanciaes do processo;

f) interpôr os demais recursos legaes;

g) requisitar das repartições e autoridades competentes, dos arvos e cartorios, as certidões, exames, diligencias e esclarecimentos necessarios ao exercicio de suas funcções;

h) organizar e remetter ao procurador geral a estatistica criminal de sua promotoria.

Art. 50. Ao promotor, como ao auditor, nos casos de procedimento ex-officio, é licito arrolar testemunhas que não tenham deposto no inquerito policial militar.

Revista do Ministério Público Militar

Art. 51. Ao procurador geral, além do que, estatuido no art. 49, lhe fôr applicavel, incumbe:

a) superintender todo o serviço do Ministerio Publico, expedir ordens e instrucções aos promotores para o desempenho regular e uniforme de suas attribuições, fazer effectiva a responsabilidade dos mesmos e dos demais empregados da justiça;

b) officiar nos recursos interpostos pelos promotores e submettidos ao conhecimento do Supremo Tribunal Militar e naquelles em que os relatores entenderem necessaria a sua audiencia;

e) requerer tudo quanto julgar necessario para o julgamento das causas;

d) denunciar e accusar os réos nos crimes da competencia originaria do Supremo Tribunal Militar;

e) organizar annualmente a estatistica criminal militar.

(...)

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

CAPITULO VIII DISPOSIÇÕES PECULIARES AOS JUIZES E FUNCIONARIOS DA JUSTIÇA MILITAR

SECÇÃO I DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS JUIZES E MAIS FUNCIONARIOS; DA SUSPENSÃO E PERDA DAS FUNÇÕES

Art. 59. O procurador geral e os promotores exercerão os seus cargos enquanto bem servirem, a juízo do Governo.

Art. 60. Os ministros militares, em caso de licença, perderão quantia correspondente á gratificação de exercicio dos ministros civi.

Art. 61. Os funcionarios da justiça militar terão os vencimentos da tabella anexa.

Art. 62. E' facultado aos auditores de primeira entrancia renunciar a promoção á segunda, e aos desta a promoção a ministros do Supremo Tribunal. Os renunciantes, porém, perderão, todos os direitos de antiguidade no respectivo quadro.

Art. 63. Os juizes e mais funcionarios da justiça militar ficarão suspensos do exercicio de suas funções:

Revista do Ministério Público Militar

a) quando pronunciados ou condenados, si a condenação não importar a perda do cargo;

b) quando deixarem o exercicio do cargo sem licença, ou não o reassumirem depois de finda esta.

Art. 64. Os auditores e promotores serão passíveis das seguitites penas disciplinares, impostas respectivamente pelo Supremo Tribunal Militar, por intermedio do seu presidente, e pelo procurador geral:

a) advertencia particular;

b) censura publica;

c) suspensão do exercicio até um mez.

(...)

SECÇÃO II DO VESTUARIO DOS JUIZES E MEMBROS DO MINISTERIO PUBLICO

Art. 67. Os ministros militares e os juizes militares dos Conselhos de Justiça, sempre que se reunirem, deverão estar fardados.

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

Art. 68. Os ministros civis, o procurador geral, os auditores, os promotores, o secretario, o escrivão, os officiaes e continuos usarão nas sessões e audiencias o vestuario descripto no Regimento interno do Tribunal.

(...)

TITULO SECUNDO

Do processo

CAPITULO I

DO INQUERITO POLICIAL MILITAR

Art. 74. O inquerito policial militar consiste em um processo summario, em que se ouvirão o indiciado e o offendido, e duas ou tres testemunhas, e se fará o corpo de delicto ou qualquer exame e diligencia necessaria ao esclarecimento do facto o suas circumstancias.

Paragrapho unico. A autoridade que fizer o inquerito juntará aos autos uma lista das pessoas, além das já ouvidas, que tenham razão de saber do facto criminoso.

Art. 75. O inquerito pode ser instaurado:

Revista do Ministério Público Militar

a) ex-officio ou em virtude de determinação superior;

b) a requerimento da parte offendida ou de quem legalmente a represente;

c) em virtude de requisição do ministerio publico.

§ 1º O procedimento ex-officio compete á autoridade militar sob cujas ordens estiver o accusado, logo que ao conhecimento della chegue a noticia do crime que a este se attribue.

§ 2º A determinação para instauração do inquerito compete, observada a ordem hierarchica ou administrativa, ao superior ou chefe da autoridade a que se refere o paragrapho anterior.

§ 3º O requerimento e a requisição de que tratam as lettras b e c, serão dirigidos á autoridade militar sob cujas ordens servir o accusado.

Art. 76 A policia militar será exercida, pelos ministros da guerra e da marinha, inspectores de região, commandantes, chefes ou directores de estabelecimentos ou repartições militares, por si ou por delegado, que será official de patente.

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

Paragraphe unico. No caso de indicios contra um official, essa delegação só poderá ser exercida por outro de patente superior, ou igual mas de maior antiguidade.

Art. 77. A autoridade militar que presidir ao inquerito será auxiliada por militar idoneo de sua confiança e designação, o qual escreverá os termos necessarios e não poderá excusar-se nem ser recusado pela autoridade sob cujas ordens estiver servindo.

Art. 78. Terminadas as diligencias policiaes e autoadas todas as peças, no caso de delegação, serão os autos remetidos á autoridade que determinou ou requisitou a abertura do inquerito, seguidos de um relatorio.

§ 1º Si os factos constantes das averiguações constituirem contravenções da disciplina militar, proceder-se-á de conformidade com o disposto nos regulamentos disciplinares do Exercito e da Armada.

§ 2º Si os factos constituirem crime ou contravenção da competencia dos tribunaes civis, serão os autos remetidos á autoridade competente.

Revista do Ministério Público Militar

§ 3º Si os factos constituírem crime da competência dos tribunales militares, serão os autos remetidos ao auditor respectivo, e na 6ª circumscripção, ao auditor mais antigo, respectivamente, com jurisdição no Exercito e na Armada.

Art. 79. O promotor poderá assistir por iniciativa propria ou por solicitação do presidente do inquerito aos termos deste.

Art. 80. Não haverá inquerito policial em caso de flagrante delicto, ou quando se julgar dispensavel por estar o facto já esclarecido.

CAPITULO II DA ACÇÃO CRIMINAL, DENUNCIA E PROCEDIMENTO EX-OFFICIO

Art. 81. O processo criminal inicia-se:

- a) por denuncia;
- b) ex-officio.

Cada um destes meios de acção póde ser precedido do inquerito policial militar.

Art. 82. A denuncia compete ao Ministerio Publico.

Art. 83. A denuncia deve conter:

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

a) a narração do facto criminoso com todas as circumstancias conhecidas;

b) o nome do delinquente, seu posto ou emprego, ou os seus signaes caracteristicos, si o nome for ignorado;

c) as razões de convicção ou presumpção da delinquencia;

d) nomeação das testemunhas em numero nunca menor de tres nem maior de seis, e dos informantes.

Art. 84. A denuncia que não tiver os requisitos legaes não será recebida.

Art. 85. Não se admittirá denuncia de pae contra filho ou vice-versa; de irmão contra irmão, nem de advogado contra constituinte, pelos crimes que vier conhecer em confiança no exercicio da profissão.

Art. 86. A parte offendida poderá intervir para auxiliar o promotor, mas não lhe é licito produzir testemunhas além das arroladas, ou interpôr qualquer dos recursos legaes.

Paragpho unico. Do despacho que não admittir o auxiliar da accusação cabe recurso.

Revista do Ministério Público Militar

Art. 87. Compete ao offendido ou a quem tiver qualidade para represental-o o direito de invocar a acção do Ministerio Publico por meio de petição á autoridade militar a que estiver subordinado o accusado. O uso deste direito, porém, só será permittido antes da denuncia.

Paragrapho unico. A petição, que poderá ser acompanhada de documentos, será remettida pela referida autoridade ao auditor, que della dará vista ao representante do Ministerio Publico para proceder como de direito.

Art. 88. A denuncia, sob pena de responsabilidade criminal, será offerecida pelo promotor dentro de cinco dias, contados do recebimento do inquerito ou dos documentos em que ella se basear.

Art. 89. O procedimento ex-officio compete ao presidente do Supremo Tribunal ou ao auditor em todos os crimes quando, esgotado o prazo legal, não tiver sido apresentada a denuncia.

Art. 90. A acção criminal ex-officio será iniciada por meio de portaria, na qual o presidente do Supremo Tribunal ou o auditor exporá o facto com as suas circumstancias, e mandará autoar os papeis ou documentos que lhe tiverem sido

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

presentes, para proceder nos termos
ulteriores do processo.

(...)

*(Trechos que dispõem sobre a organização e atuação do
Ministério Público Militar)*

**Artigos temáticos:
Corrupção e crimes afins**

A Inteligência investigativa a serviço da sociedade

Ângela Montenegro Taveira

Promotora de Justiça Militar

Coordenadora-Geral do Centro de Apoio à Investigação

(CPADSI)

Antônio Pereira Duarte

Procurador-Geral de Justiça Militar

O ser humano está mais próximo de se tornar Deus por ter um poder gigantesco nas mãos graças à tecnologia, e não necessariamente sabemos lidar com isso.
– Yuval Noah Harari, filósofo e historiador israelense.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade expor algumas considerações sobre a tecnologia da informação e a aplicação de ferramentas inteligentes na investigação criminal, como um ponto de inflexão na curva da eficiência do combate à corrupção e elucidação de crimes financeiros complexos praticados por organizações criminosas em detrimento da administração pública de um modo geral. Procura, ainda, evidenciar, no âmbito específico de atuação do Ministério Público Militar, o esforço para o desenvolvimento de tecnologias de investigação que possam contribuir, de forma segura, legal, ágil e eficiente, para o enfrentamento da criminalidade de grande porte, como a corrupção, que impacta diretamente a administração pública militar, em decorrência do desvio dos escassos recursos públicos.

PALAVRAS-CHAVES: Tecnologia da Informação. Inteligência investigativa. Ministério Público Militar. Macro criminalidade. Corrupção.

ENGLISH

TITLE: Investigative Intelligence at the Service of Society.

ABSTRACT: The purpose of this article is to expose some considerations about information technology and the application of intelligent tools in criminal investigation as a turning point in the efficiency curve of combating corruption and elucidating complex financial crimes committed by criminal organizations to the detriment of public administration. It also seeks to highlight, within the specific scope of the Military Prosecutor's Office, the effort to develop investigative technologies that can contribute, in a safe, legal, agile and efficient manner, to the confrontation of large-scale crime such as corruption, which directly impact the military public administration, due to the diversion of scarce public resources.

KEYWORDS: Information Technology. Investigative intelligence. Military Prosecutor's Office. Macrocriminality. Corruption.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Breve contextualização na linha do tempo – 3 A criminalidade na sociedade digital – 4 O processo judicial eletrônico e a prova digital – 5 A tecnologia da investigação inteligente desenvolvida no Ministério Público Militar – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A história da evolução do *homo sapiens* revela que a forma de viver em sociedade pode ser alterada por três fatores: a força da natureza e seus eventos climáticos, as guerras de dominação e a implementação de novas tecnologias.

A revolução tecnológica da era da informação, acelerada com o advento da *internet*, determinou novos padrões de comportamento em uma recém-formada sociedade digital, caracterizada pela conectividade e agilidade nas relações interpessoais e interorgânicas.

Gradualmente, serviços e atividades cotidianas foram informatizados, e o sistema bancário talvez seja um dos primeiros e mais fortes exemplos dessa transformação. A

popularização dos cartões de crédito e débito, as transações através de portais digitais dos bancos e a facilidade da movimentação financeira na sociedade digital representaram ganhos significativos para a população que faz uso desses serviços, com todas as complicações e novas possibilidades que isso representa para um processo investigativo de movimentações financeiras. Se por um lado as movimentações financeiras passaram a deixar mais rastros, como pegadas digitais geradas pelos sistemas nos quais são processadas, por outro lado, o grande volume de informações disponíveis, paradoxalmente, tornou mais difícil a identificação de informações relevantes, fator que propiciou a inserção do sistema bancário na era do *Big Data*.

Como tudo o que é novo, a aplicação de novos sistemas informatizados requer um período de transição para ajustes pontuais e graduais na legislação de regência da sociedade digital, em especial para lidar com fenômenos como a insegurança no ambiente da *internet* e a gestão de milhões de dados que ficam registrados nas plataformas digitais fixas e móveis de acesso.

O Ministério Público Militar, como órgão responsável pela persecução penal na esfera de atuação das Instituições

Militares, tem procurado desenvolver, de forma praticamente escoteira, ferramentas de inteligência investigativa que possibilitam celeridade, eficiência e eficácia às ações investigativas.

No tocante à investigação de crimes complexos de corrupção e lavagem de dinheiro, o Ministério Público Militar assume papel de destaque e referência no desenvolvimento de soluções tecnológicas que exaurem o ciclo de conhecimento da prova digital: extração, tratamento, validação, cruzamento e análise dos dados bancários.

No presente artigo, serão vertidos esforços no sentido de situar o tema, mostrando sua relevância, avanços e perspectivas, na convicção de que toda inteligência investigativa, utilizada de forma responsável e legal na captação de provas das práticas ilícitas, constitui inelutável mola propulsora da estabilidade das relações humanas, propiciando o encadeamento lógico dos processos penais, garantindo punibilidade aos violadores do ordenamento penal e, por via de consequência, contribuindo para a segurança social.

2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO NA LINHA DO TEMPO

A tecnologia digital, que antecedeu a tecnologia da inteligência artificial, começou a transformar o mundo, na segunda metade do século XX, e evoluiu muito rapidamente nestas primeiras duas décadas do século XXI, em especial a partir da implementação do *design* gráfico com interface digital autoexplicativa, que permite a interação intuitiva entre a máquina, ou *software*, e o usuário. De fato, os atuais dispositivos eletrônicos podem ser operados sem o pleno conhecimento da tecnologia aplicada. O funcionamento da máquina é inteligente e sua aplicação se faz de forma fácil, intuitiva e veloz.¹

Para se ter ideia da velocidade dos avanços tecnológicos na área da informação, parece útil uma breve remissão à cronologia da evolução da inteligência humana voltada para a descoberta de novas tecnologias.

Segundo Yuval Noah Harari, professor de História e autor do *best seller* internacional “SAPIENS”, os primeiros

¹Jaeger, Eduardo. *Interface autoexplicativa. Tendências digitais*. Disponível em: <https://medium.com/tend%C3%A2ncias-digitais/interfaces-o-design-auto-explicativo-c406db2d8d0c>. Acesso em: 22 ago. 2020.

ancestrais do gênero *homo* surgiram há 2,5 milhões de anos e viveram como caçadores e coletores².

A inteligência ainda primária do *homo* voltava-se, exclusivamente, à descoberta dos melhores caminhos para obter alimento proveniente da caça e conhecer as referências dos cursos dos rios, de onde obtinham a água. Essas eram as informações que determinavam as decisões dos grupos de nômades de caçadores e coletores.

Sobreviver aos perigosos animais em ambientes inóspitos era muito difícil, até que, há 300 mil anos, o *homo*, ancestral do *sapiens*, dominou o fogo, evento que determinou o surgimento de uma nova tecnologia para caçar e se alimentar (HARARI, 2017, pág. 20). Os *sapiens* puderam então gozar de uma vida mais confortável e desenvolveram formas cognitivas de se comunicarem e colherem informações para tomarem decisões. Partiram da África para a Eurásia em busca de melhores climas. O uso cotidiano do fogo favoreceu a proliferação de tribos de caçadores e coletores e o surgimento do *homo sapiens*, há aproximadamente 200 mil anos.

² HARARI, Yuval Noah. *Sapiens. Uma breve história da humanidade*. p. 49. Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

A primeira revolução cognitiva do *homo sapiens* se deu com o estabelecimento de uma linguagem ficcional, determinante para a sobrevivência dessa espécie humana. Isso ocorreu há aproximadamente 70 mil anos. A mudança de hábitos alimentares e a produção de armas rudimentares para a caça e a guerra possibilitaram o domínio de territórios. Os neandertais³ e os denisovanos⁴, hominídeos com tipologia genética diversa dos *sapiens*, embora da mesma espécie humana, não sobreviveram à dominação dos *sapiens*. “Os *sapiens* eram melhores caçadores e coletores, graças à superioridade de sua tecnologia e suas habilidades sociais, de modo que se multiplicaram e se espalharam”⁵. Por certo, a falta de uma comunicação eficiente concorreu para a extinção dos *neandertais*, há 30 mil anos, embora fossem maiores e mais fortes que os *sapiens*.

Há 12 mil anos, a revolução agrícola se acelerou e propiciou os assentamentos permanentes na Eurásia a partir do domínio de técnicas de agricultura e domesticação de animais.

³ Espécie humana que viveu no Oriente Médio e Europa há 500 mil anos até ser extinta há 50 mil anos.

⁴ Espécie humana que viveu na Sibéria há 40 mil anos.

⁵ HARARI, Yuval Noah. Op. cit., pp. 25-27.

A capacidade dos nossos ancestrais de transmitirem grandes quantidades de informação sobre a natureza, as relações sociais e os direitos humanos, determinou sua sobrevivência em detrimento de outros humanos da mesma espécie inteligente que habitaram o planeta.

A revolução científica, iniciada há 500 anos, brindou a humanidade com pesquisas e experimentos científicos que possibilitaram o despertar da humanidade para uma nova consciência sobre a natureza e o formato do mundo. No período conhecido como “renascimento cultural”, máquinas e invenções surgiram das mentes inquietas e brilhantes do italiano Leonardo da Vinci, reverenciado por sua engenhosidade tecnológica, e do alemão Johannes Gutemberg, inventor da máquina de “imprensa”, ancestral das atualíssimas impressoras multifuncionais. As grandes navegações também modificaram o destino da humanidade e produziram magníficas caravelas, tecnologicamente revolucionárias e únicas desbravadoras de novas terras.

Há pouco mais de 200 anos, deu-se início à primeira revolução industrial, que abriu novos caminhos para converter energia e produzir bens por meio de um sistema fabril mecanizado. A revolução industrial acelerou o ritmo das

inovações tecnológicas, e a humanidade ingressou na era da informação em tempo real. Saltos tecnológicos que outrora levavam séculos para ocorrerem, atualmente ocorrem no espaço de poucas décadas ou poucos anos.

Os pilares dos avanços tecnológicos que desfrutamos na atualidade foram lançados durante a 2ª Guerra Mundial, com a invenção do primeiro computador digital eletrônico de grande escala, o *Electronic Numeric Integrator And Calculator - ENIAC*, capaz de fazer quinhentas multiplicações por segundo. O ENIAC, projetado para calcular trajetórias balísticas, foi mantido em segredo pelo governo americano até o final da guerra, quando foi anunciado ao mundo⁶.

A 2ª Grande Guerra marca o início da terceira revolução industrial, também chamada de revolução informacional⁷. Outras máquinas, conhecidas como supercomputadores, capazes de processar um número cada vez maior de dados, com maior velocidade, foram projetadas no âmbito dos programas espaciais

⁶ KEMPF, Karl. *Historical Monograph: Electronic Computers Within the Ordnance Corps*. cap. 2, pp. 19-39, 1961. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Computador>. Acesso em: 22 ago. 2020.

⁷ SOUSA, Rafaela. "Terceira Revolução Industrial"; *Brasil Escola*. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/terceira-revolucao-industrial.htm>. Acesso em: 26 ago. 2020.

estadunidense e russo, no período conhecido como “guerra fria”, iniciado em 1947 com a Doutrina Truman⁸; e terminado, oficialmente, em 1991, com a extinção da antiga União Soviética.

O evento que sedimentou e impulsionou os avanços da era digital foi a criação da rede internacional de computadores, *internet*, no laboratório do Departamento de Defesa dos Estados Unidos ARPA (*Advanced Research Projects Agency*), para o armazenamento e compartilhamento de informações em um ambiente de rede segura de computadores.

A *internet* nasceu em 1969 com o nome de *arpanet*, mas levou 20 anos para ser remodelada e obter os recursos e funcionalidades conhecidos atualmente. Foi em 1990 que um cientista britânico chamado Tim Berners-Lee conseguiu compilar e interligar hipertextos em sistemas de informação acessíveis por qualquer ponto de rede de computadores, criando o primeiro navegador de *internet*, o *WorldWideWeb*.⁹

⁸ A expressão Doutrina Truman designa um conjunto de práticas do governo dos Estados Unidos em escala mundial, à época da chamada Guerra Fria, que buscava conter o avanço do comunismo junto aos chamados "elos frágeis" do sistema capitalista.

⁹ ANDREI L. *A História da Internet – Do início ao status atual da rede*. Disponível em: <https://www.weblink.com.br/blog/historia-da-internet/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

Após a popularização da *internet*, a tecnologia a serviço da informação remodelou conceitos, quebrou paradigmas sobre convivência social, hábitos de consumo e formas de fazer negócios. Hoje, o fluxo de informações entre pessoas e organismos acontece em tempo real, com o uso de plataformas digitais fixas e móveis. O exemplo mais popular está no telefone celular inteligente, ou *smartphone*, equipamento lançado no Brasil em 1993, hoje indispensável às pessoas inseridas em qualquer sociedade.

Os primeiros modelos de terminais móveis de telefonia celular eram grandes e pesados, por isso foram apelidados de “tijolões”. Passados poucos anos, os “tijolões” diminuíram em razão do desenvolvimento da nanotecnologia, que permitiu a disposição de numerosos circuitos integrados num suporte de metal miniaturizado, do tamanho de uma unha do menor dedo da mão, o *chip*.

Na virada do século XX para o XXI, a antena do telefone celular foi internalizada, o uso da *internet* no telefone foi disponibilizado e surgiu a aplicação da tecnologia *bluetooth*.

Em 2005 o telefone inteligente tornou-se o menor computador pessoal que se podia ter, com funcionalidade *mp3* para ouvir músicas selecionadas, câmera fotográfica, além da

internet e do *bluetooth*. Esses modelos de *smartphones* possuíam teclado mecânico e reinaram no mercado até 2007, quando Steve Jobs, CEO da empresa pioneira na popularização de computadores personalizados “Apple”, lançou o sistema operacional inteligente de telefonia celular *Iphone OS* com teclado *touchscreen*. No ano seguinte, 2008, um grupo de desenvolvedores de tecnologia digital concorrente, liderado pela “Google”, lançou o sistema operacional *Android*. Em 2009 ambos os sistemas operacionais disponíveis para *smartphones* passaram a operar com *WhatsApp*, aplicativo de troca de mensagens e outros aplicativos de redes sociais. De lá para cá, a cada ano os aparelhos celulares adquirem mais funcionalidades, melhor desempenho das câmeras de filmagens e fotos, maior qualidade dos processadores, ampliação de espaço de armazenamento em *Tera Bite* e acessos para descarregamento de aplicativos¹⁰.

Em 2020 os aparelhos de telefonia celular inteligentes possuem interfaces com o carro, com o relógio de pulso, com a televisão, com a geladeira, com a central inteligente da casa, ou

¹⁰ *Tudo sobre o mundo digital. A História do Telefone Celular*. Disponível em: <https://smldigital.com.br/historia-do-telefone-celular/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

tudo equipamento modelado com *design* gráfico capaz de trocar informações por ondas eletromagnéticas.

Diante do aceleramento de inovações na área da tecnologia da informação, indaga-se: o uso dos *smartphones* modificou o curso da humanidade? Será que, no futuro, a raça humana habitará outros planetas e influenciará as formas de viver de outras sociedades ainda desconhecidas? Impossível prever, assim como não se podia prever se o homem chegaria à lua quando Santos Dumont realizou seu primeiro voo com uma máquina mais pesada do que o ar, em 1906, por uma distância de 50 metros; ou quando Dom Pedro II, então imperador do Brasil, testou o primeiro telefone¹¹, em 1876, na Exposição Universal realizada na Filadélfia, EUA, e exclamou “Meu Deus, isto fala!”¹².

¹¹ Invenção do engenheiro escocês radicado nos Estados Unidos Alexander Graham Bell,

¹² VAIANO, Bruno. *Dom Pedro II, o Nerd*. A mente insaciável do intelectual que não ligava para ser rei – mas quis que o Brasil fosse uma potência científica. Disponível em: <https://super.abril.com.br/especiais/dom-pedro-ii-o-nerd>. Acessado em: 23 ago. 2020.

3 A CRIMINALIDADE NA SOCIEDADE DIGITAL

Para Klaus Schwab, engenheiro e economista alemão, fundador do Fórum Econômico Mundial de DAVOS, Suíça, estamos na quarta revolução industrial, que transformará fundamentalmente a forma que vivemos, diferentemente de qualquer revolução antes experimentada pela sua escala, alcance e complexidade. Segundo Schwab (2015), “a quarta revolução industrial não é definida por um conjunto de tecnologias emergentes em si mesmas, mas a transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital (anterior)”¹³.

Nos dias atuais, as emergentes tecnologias da informação encurtam distâncias, conectam pessoas e organismos, possibilitam a interação humana virtual face-a-face (com som e imagem) e contribuem para que a humanidade, antes dispersa e culturalmente fragmentada, desfrute do fenômeno da globalização, que trouxe a reboque a expansão da criminalidade digital.

¹³ORTEGA, João. *Indústria 4.0*: entenda o que é a quarta revolução industrial. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/nova-economia/industria-4-0-entenda-o-que-e-quarta-revolução-industrial>. Acessado em: 23 ago. 2020.

Segundo Rodrigo Carneiro Gomes, delegado da Polícia Federal e Professor da Academia Nacional de Polícia e de programas de capacitação do Ministério da Justiça¹⁴:

[...] a globalização seria um conjunto de transformações na ordem política e econômica mundial, com o foco na integração de mercados e da sociedade em uma verdadeira aldeia global, partilhada por grandes corporações internacionais, que se valem do progressivo desaparecimento das barreiras tarifárias e abrem-se ao comércio e ao capital internacional, impulsionadas pela revolução nas tecnologias da informação.

A conectividade e a agilidade tornaram-se características do mundo globalizado. Manter-se conectado constitui uma necessidade básica de pessoas de todas as idades, inclusive crianças. Todos estão expostos às inseguranças do mundo virtual, mesmo dentro de suas casas, nesse novo padrão de convivência da sociedade digital.

A volatilidade das relações, as informações não controladas e a desinformação impactam a ordem política,

¹⁴ GOMES, Rodrigo. *O Crime Organizado na Convenção de Palermo*. Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 640.

econômica e social. O que hoje é considerado ético amanhã pode não ser.

As relações internacionais e a segurança geopolítica também são afetadas, e os países líderes do G7¹⁵ voltam suas preocupações para o combate ao terrorismo, à corrupção, às organizações criminosas internacionais e à lavagem de dinheiro em escala global, conclamando os povos para a cooperação internacional.

CUNHA; SOUZA (2017:16)¹⁶ de igual modo, ao mencionarem a priorização, na agenda mundial, do debate sobre o tema corrupção, asseveram a urgência da adoção de instrumentos preventivos e repressivos desses atos verdadeiramente corrosivos do erário:

[...] A globalização da economia e das relações sociais intensificadas no século passado, as implicações transnacionais da corrupção, e a constatação de que as leis internas tradicionais quase sempre fracassam como resposta às práticas corruptas que ocorrem no mundo, obrigou o tema corrupção a ser prioridade na agenda de discussão da comunidade internacional, demandando o desenvolvimento

¹⁵Grupo de países mais industrializados do mundo: Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão e Reino Unido.

¹⁶ CUNHA, R. S.; SOUZA, R. *Lei Anticorrupção Empresarial*, Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p.16.

de mecanismos de prevenção e punição dos atos lesivos à administração pública.

Muito em razão disso, o Estado brasileiro alinhou-se com a nova ordem mundial e é signatário dos principais tratados internacionais que tratam da cooperação internacional para o combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e lavagem internacional de ativos (Convenção de Viena de 1988, ratificado pelo Brasil em 1991); organização criminosa e lavagem de dinheiro (Convenção de Palermo de 2000, aderida pelo Brasil em 2004); e lavagem de dinheiro decorrente de crimes de corrupção (Convenção de Mérida de 2003, aderida pelo Brasil em 2006).

Em 2003, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) foi criada por iniciativa do Ministério da Justiça, como forma de somar esforços e melhor integrar a atuação dos diversos órgãos e entidades públicas e privadas envolvidas no combate sistemático à criminalidade transnacional.

Os três tratados anticorrupção abordados preveem mecanismos de acompanhamento da implementação dos instrumentos acordados. O Brasil tem obtido avanços na implementação desses tratados anticorrupção por meio de

medidas legislativas e administrativas que fortaleceram instrumentos legais para o combate à criminalidade organizada.

Na esfera penal, a Lei n° 9.613/1998, que trata do crime de lavagem de dinheiro, foi alterada pela Lei n° 12.683/2012, eliminando-se o rol taxativo de crimes antecedentes para a tipificação legal do crime de lavagem.

A lei de Organização Criminosa, Lei n° 12.850/2013, regulou institutos como a infiltração policial e a colaboração premiada, avanços legais importantes no combate à criminalidade “do colarinho branco”, integrada por autoridades que se julgam protegidas pelo escudo do poder político e do foro privilegiado.

Alguns tipos penais específicos foram criados para a tutela de novas objetividades jurídicas, como o crime de “invasão de dispositivo informático” (artigo 154-A do Código Penal, modificado pela Lei n° 12.737/12), e os de disponibilização de cenas de pornografia envolvendo crianças (artigos 241-A a 241-D do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n° 8.069/90, modificada pela Lei n° 11.829/2008).

Surgiu um novo conceito de crime, o cibernético, aquele praticado em ambiente virtual. Augusto Rossini assim o conceitua (2004:110)¹⁷:

[...] o conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade.

Entidades governamentais como a ENCLLA e órgãos públicos com atribuições de investigação passaram a investir no desenvolvimento de ferramentas de investigação inteligentes e em laboratórios de tecnologia da informação albergados em departamentos de combate à corrupção, para prevenir e reprimir a corrupção e a lavagem de dinheiro, bem como outros crimes patrimoniais que deixam marcas em dados digitais de dispositivos eletrônicos com acesso à *internet*.

Mais recentemente, a 30ª Pesquisa Anual de Administração e Uso de Tecnologia da Informação nas

¹⁷ ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, Telemática e Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica 2004, p.110.

Empresas, realizada pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-EASP), concluiu que, em abril de 2019, o Brasil contava com 230 milhões de celulares inteligentes em uso (*smartphones*). Somando-se a esse número os *notebooks* e os *tablets*, o cálculo é de 324 milhões de dispositivos eletrônicos portáteis, uma média de 1,6 dispositivo portátil por habitante.¹⁸

Chamou a atenção dos pesquisadores a preferência, em especial dos mais jovens, pelo *smartphone* para a realização de atividades como interação com bancos, compras e mídias sociais. Simples tarefas como realizar negócios e transações bancárias, contratar um seguro ou planejar uma viagem, são hoje resolvidas confortavelmente sem fila, sem tumulto nem espera. Baixa-se o aplicativo relacionado à atividade, e em poucos minutos a tarefa estará concluída ou o negócio estará fechado.

A pesquisa da FGV-SP previu que, no fim de 2019, seriam 420 milhões de aparelhos digitais ativos e identificou uma ruptura digital acelerada. Ruptura ou “disrupção” digital é o efeito das tecnologias emergentes sobre os modelos tradicionais

¹⁸ FGV - EAESP – CENTRO DE TECNOLOGIA DE INFORMAÇÃO APLICADA. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/sites/eaesp.fgv.br/files/noticias2019fgvcia_2019.pdf. Acesso em: 19 fev. 2020.

de negócios, fenômeno identificado na medida em que a evolução tecnológica rompe e supera as tecnologias existentes.

A grande maioria dos usuários dos aplicativos não estão muito atentos para o fato de que seus dados pessoais são registrados e coletados, durante o uso desses dispositivos, pelas entidades que administram as conexões, com o objetivo de traçar o perfil econômico e político do usuário e estimular a oferta de consumo por bens e serviços. Não bastasse essa exposição, o mundo virtual está cheio de predadores digitais travestidos de entidades confiáveis que rastreiam os navegadores na *internet* (*cookies*, *pixel tags*, *web beacons*) e pescam (*phishing*) informações confidenciais como senhas, detalhes de cartão de crédito e de contas bancárias para serem utilizadas na prática de fraudes e crimes.

Certo é que, conforme o alerta de ROBINSON (2001: 19):

[...] enquanto vivermos num mundo onde uma filosofia de soberania do século XVII é reforçada por um modelo judiciário do século XVIII, defendido por um conceito de combate ao crime do século XIX, que ainda está tentando chegar a um acordo com tecnologia do século XX, o século XXI pertencerá aos criminosos transnacionais.

Ante tal e sombrio cenário, inafastável é o desenvolvimento de expertise investigativa, com adoção de recursos tecnológicos que possam dotar os órgãos encarregados da apuração de crimes de grande porte e quase sempre de caráter difuso dos instrumentos hábeis à elucidação desse conjunto de delitos que se pode denominar de macrocriminalidade¹⁹, tanto por sua construção plural quanto por seus efeitos abrangentes, reclamando o emprego da inteligência investigativa para em cotejo minucioso de elementos de prova, lograr identificar não apenas um, mas todos os integrantes dessas organizações criminosas que sangram, com suas condutas ilícitas, especialmente a corrupção, os já limitados recursos públicos²⁰. Como bem pontificado por SOARES (2014: 206):

¹⁹ CARDOSO (2018: 288), com ênfase na tendência mundial de compartilhamento informacional e em face do atual quadro de crise do direito penal liberal, adverte para “a necessidade de desenvolvimento de uma verdadeira cultura de inteligência no âmbito do Ministério Público, mediante o emprego de tecnologia adequada, a fim de racionalizar o trato da informação bruta para fazer frente e se antecipar às demandas oriundas da macro criminalidade organizada”.

²⁰ Sobre tal aspecto, lapidar a posição de CUNHA; SOUZA (2017: 15), no sentido de que a corrupção a improbidade são ilícitos que devem ser combatidos porque levam ao desvio e desperdício de recursos públicos, impossibilitam a implantação das políticas públicas, precarizam o Estado, solapam a legitimidade das instituições públicas e atentam contra a sociedade, a ordem moral e a justiça, bem como o desenvolvimento integral dos povos.

[...]A criatividade, o dinamismo e a inovação caracterizam o fenômeno criminoso. Por isso, a repressão estatal também necessita ser criativa, dinâmica e inovadora, com uma importante diferença: a ação criminosa é absolutamente livre, enquanto a repressão estatal é fortemente condicionada pelo ordenamento jurídico especialmente pelos direitos fundamentais.

Com efeito, a evolução dos contextos criminosos impõe o aperfeiçoamento da técnica investigativa, a qual se vê compelida a fornecer meios de elucidação sempre mais criativos e a buscar auxílio dos melhores e mais recentes recursos tecnológicos alcançáveis – cães farejadores, interceptações, câmeras e escutas variadas, aparelho de raio-X, microfones direcionais, gravações, filmagens, fotografias, rastreadores de frequência, rastreamentos através de *ground positioning system* (GPS), monitoramentos de dados informáticos (Ips, programas espíões, *e-mails*, participações em salas de debate e comunidades virtuais), análises psicológicas, polígrafos, detectores variados, análises genéticas, perícias cada vez mais sofisticadas, acesso a cadastros públicos e privados (destaques no original).

4 O PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO E A PROVA DIGITAL

A primeira experiência de processo eletrônico no país surgiu em 2003, com a implantação do sistema de tramitação

processual *E-Proc*, desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.²¹

Naquele início de transição dos autos físicos para os autos eletrônicos, a morosidade do sistema judiciário brasileiro era inegável e inspirou a Emenda à Constituição número 45, de 2004, que acrescentou o inciso LXXXVIII ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

A lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, legalizou o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, a comunicação de atos e a transmissão de peças processuais.

Em 2009, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região desenvolveram o PJE – Processo Judicial Eletrônico, programa que visou à padronização da tramitação processual eletrônica em todo o território nacional.

A Justiça Militar da União foi a última a implantar o processo eletrônico no âmbito da Justiça Federal. A transição

²¹ARNOUD, Analou Neves Dias. *Do contexto Histórico do Processo Judicial Eletrônico*. Disponível:

http://lex.com.br/doutrina_27012760_DO_CONTEXTO_HISTORICO_DO_PROCESSO_JUDICIAL_ELETRONICO.aspx#:~:text=A%20primeira%20experi%C3%Aancia%20do%20processo,Especiais%20Federais%20de%20suas%20abrang%C3%Aancia. Acesso em: 19 ago. 2020.

dos autos físicos para os autos eletrônicos foi determinada pela Resolução do Superior Tribunal Militar nº 244, de 28 de junho de 2017. A transição foi iniciada pelo ato Normativo nº 339, de 30 de outubro de 2017, que também regulamentou o *e-Proc/JMU*, disponibilizado ininterruptamente pela *internet*.

No início, as peças dos processos físicos foram escaneadas uma a uma, sem índice nem indexação eletrônica, uma ausência de critérios que dificultava sobremaneira a localização de documentos, principalmente nos processos mais volumosos. Superados os traumas causados pela transição do papel para o ambiente de rede de computadores e feitos os ajustes mais urgentes, a informatização do processo judicial trouxe uma série de adequações procedimentais úteis, imprimindo mais celeridade e efetividade na prestação jurisdicional. A funcionalidade de editar peças processuais dentro do próprio processo eletrônico ou inseri-las remotamente por comandos de um dispositivo eletrônico móvel, a qualquer momento do dia, de qualquer localidade geográfica, é uma facilidade valiosa.

No novo ambiente de rede, o domínio das técnicas de busca de informações nas plataformas digitais tornou-se uma habilidade tão obrigatória para o operador do direito quanto

manusear uma máquina de datilografia do século passado, pois a prova hígida e insofismável do delito pode estar registrada nos dados digitais.

Atualmente, tanto os dados digitais extraídos do telefone celular quanto os *print screens* das páginas do Facebook podem compor o conjunto probatório de casos complexos. Esses documentos ainda são inseridos nos autos do procedimento investigatório eletrônico por cópia. Ora, se cumpre ao órgão acusatório garantir a legitimidade e a higidez da prova extraída da *internet*, medidas de proteção da prova digital contra vulnerabilidades internas e externas devem ser tomadas. Transcrever para os autos o termo de uso das redes sociais, em que o usuário declara ter ciência de que as postagens são de acesso público, é uma forma de validar a prova, a depender do entendimento do juiz da causa. Outra forma seria a certificação por ato notarial, o que nem sempre é possível, por ser custoso e porque a página pode ser derrubada da *internet* antes de se chegar ao cartório de Registros Públicos. Como última opção, encaminhar ao perito criminal para que ele faça a busca na *internet* ou no dispositivo eletrônico das páginas que se pretende validar. Também nem sempre é viável, pelo tempo dispendido ou indisponibilidade de peritos em algumas localidades.

A tecnologia da *blockchain*²², criada em 2008 para a transação da moeda virtual *bitcoin*, é um método que confere legitimidade a qualquer documentação digital. Com a tecnologia da *blockchain*, o percurso do documento digital, desde sua extração até a inserção no processo eletrônico, é registrado por uma cadeia de blocos digitais criptografados, indexáveis, rastreáveis e auditáveis de ponta a ponta nos blocos da cadeia. Na prática, a aplicação da *blockchain* traria segurança quanto à validade do conteúdo de um *email*, de *prints* extraídos de conversas mantidas em aplicativos como *WhatsApp* ou *Telegram*, de postagens em redes sociais e de qualquer outro documento de origem digital.

Assim, a par das alterações no direito penal material, pelo surgimento de novos tipos penais e outras circunstâncias de tempo e lugar para a prática de crimes complexos, a obtenção e a custódia da prova digital passam a merecer especial atenção dos legisladores e operadores do direito.

Algumas novidades, ainda incipientes, relacionadas à obtenção das provas digitais vieram no bojo do “pacote

²² TOCO, Leonardo. *Blockchain no Judiciário* – veja o que já é realidade e projetos futuros. Disponível em: <https://ldsoft-propriedade-intelectual.jusbrasil.com.br/artigos/623255838/blockchain-no-judiciario-veja-o-que-ja-e-realidade-e-projetos-futuros>. Acessado em: 25 ago. 2020.

anticrime”, como ficou conhecida a lei nº 13.964, de 2019. A exemplo, cite-se a possibilidade de captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, mediante autorização judicial, modificação introduzida na lei de interceptação telefônica, lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Também a possibilidade de infiltração digital de agente policial prevista pela lei nº 13.441/17, instituto introduzido no estatuto da criança e do adolescente, lei nº 8.069/90,²³ e na lei de organização criminosa, lei nº 12.850/2013²⁴.

Outra alteração legislativa muito relevante refere-se à coleta de material para ser inserido no Banco de Dados de Perfil Genético de sentenciados. Esse método de identificação criminal, previsto na Lei de Execução Penal (lei nº 7.210 de 1984, modificada pela lei nº 12.654, de 2012, e pela lei nº

²³ Art. 190-A. A infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar os crimes previstos nos arts. 240, 241, 241-A, 241-B, 241-C e 241-D desta Lei e nos arts. 154-A, 217-A, 218, 218-A e 218-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), (...).

²⁴ Art. 10-A. Será admitida a ação de agentes de polícia infiltrados virtuais, obedecidos os requisitos do **caput** do art. 10, na internet, com o fim de investigar os crimes previstos nesta Lei e a eles conexos, praticados por organizações criminosas, desde que demonstrada sua necessidade e indicados o alcance das tarefas dos policiais, os nomes ou apelidos das pessoas investigadas e, quando possível, os dados de conexão ou cadastrais que permitam a identificação dessas pessoas. (...).

13.964 de 2019)²⁵ não estava sendo cumprido com rigor por ausência de previsão de medidas protetivas ao material genético colhido. A alteração introduziu dispositivo que prevê a regulamentação quanto à proteção do material genético e considera falta grave a recusa do preso em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Com todo o avanço tecnológico da era digital, a clássica investigação cartorária, com base em prova oral e documentos desorganizados, não indexados e não pesquisáveis, distribuídos aleatoriamente nos autos, dificulta e atrasa a ação investigativa. É preciso capacitar membros e servidores para se libertarem das amarras cartorárias e adotarem metodologias de investigação a partir da gestão de dados estruturados: como buscar, onde buscar, como extrair e como validar a prova digital.

A apreensão e acesso do aparelho celular do investigado, quando oportunamente autorizado²⁶, possibilita a captura de dados como contatos, endereços de e-mails, arquivos gravados,

²⁵ Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor. (...).

²⁶ HC 590.296, relator o ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 04/08/2020, DJe de 13/08/2020.

mensagens *WhatsApp* arquivadas. Todavia, o espelhamento é feito por peritos policiais que devolvem os dados brutos ao investigador. Se o órgão ministerial não dispuser de conhecimento ou assessoramento técnico capaz de estruturá-los, a pouco servem.

A autoria e a materialidade dos crimes cibernéticos também requerem perícia. Nos casos clássicos busca-se primeiramente o IP, *international protocol*, identificador do provedor de internet, ou o IMEI, *international mobile equipment identity*, que identifica o aparelho celular utilizado para o cometimento do crime. A partir desses elementos é possível instruir um pedido de afastamento de sigilo telemático ou um mandado de busca e apreensão do dispositivo eletrônico, que então é encaminhado para perícia.

Os crimes financeiros, entendidos em sentido amplo como os que são praticados no âmbito do sistema financeiro nacional, em que o criminoso oculta e realoca valores de origem ilícita, são de elucidação complexa, pelo volume de dados bancários a serem analisados e necessidade de identificação e cruzamento das movimentações bancárias para o conhecimento da trajetória do dinheiro.

Os crimes licitatórios com desvio de recursos públicos envolvem o conluio entre agentes públicos e privados, corrupção e lavagem de dinheiro. São ainda mais complexos, pois, antes do cruzamento dos dados bancários, é necessário decompor os quadros societários das empresas envolvidas, identificar autores e coautores, operadores financeiros e laranjas, classificá-los em núcleos de ação, investigar o papel desempenhado por cada agente dentro de seus núcleos para então requerer o afastamento dos sigilos de dados bancários e fiscais, dados de administradoras de cartões de crédito, *fintechs*, corretoras de valores, imobiliárias, seguradoras e cartórios de registros de imóveis, e onde o investigado puder ter ocultado patrimônio. O corrupto geralmente tem muitos amigos e familiares no nome de quem o patrimônio ilicitamente amealhado é registrado.

O sucesso da investigação de crimes complexos conta muito com a experiência do investigador e com a adoção de um método estratégico, de pesquisa e personificação dos agentes, análise de vínculos e cruzamento de dados, a partir de uma memória permanente dos caminhos a serem percorridos.

Os órgãos de controle externo de contas públicas, como a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União, desenvolveram metodologias e ferramentas tecnológicas dotadas

de inteligência artificial para o monitoramento de licitações e contratos públicos. Essas ferramentas indicam “trilhas” a partir da aplicação de algoritmos e filtros com perguntas a serem exploradas, inspiradas em tipologias de fraudes licitatórias. As “trilhas” motivam o investigador a pesquisar plataformas digitais abertas e a analisar hipóteses de fraudes, como a prática de sobrepreços, a disputa suspeita de lances, o superfaturamento, a prática de aditivos ao contrato etc. A ideia é de que um único indício de fraude pode gerar uma hipótese, por vezes frágil, para o oferecimento de denúncia, porém vários indícios veementes de fraude compõem a materialidade, além de orientar os passos do investigador na direção da autoria e do sucesso do processo deflagrado.

Nesse contexto, a criação de Núcleos Regionais de Pesquisa e Análise de Contas Públicas é um projeto criado no âmbito de algumas Procuradorias Regionais de Justiça Militar para que a utilização dessas ferramentas de inteligência artificial possa facilitar uma atuação preventiva ou de imediata repressão ante a detecção da ocorrência de fraudes perceptíveis a partir de gastos injustificados.

A aplicação das ferramentas dotadas de inteligência artificial favorece a transparência e a fiscalização das contas

públicas. Essa funcionalidade, desenvolvida no âmbito dos órgãos de controle de contas com os quais o Ministério Público Militar buscou integração e parceria, foi aplicada pelos Núcleos de Pesquisa e Análise de Contas Públicas das Procuradorias de Justiça Militar de Bagé e de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, como parte do projeto piloto.

Na esteira do sucesso da experiência das regionais do sul, recentemente ocorreu a implantação do Núcleo Regional de Pesquisa e Análise de Contas Públicas do Rio de Janeiro, com o objetivo de fortalecer o combate à corrupção e a defesa do patrimônio público sob a administração militar.

5 A TECNOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO INTELIGENTE DESENVOLVIDA NO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

CARDOSO (2018: 298), em relação ao incremento dos riscos globais, deixa evidenciado que o Ministério Público começa a atuar, estrategicamente, no manejo das ferramentas tecnológicas para extrair elementos que possam nortear sua atuação persecutória.

[...] O Ministério Público, atento ao fluxo intenso e em tempo real de informações, às

externalidades negativas da globalização como a criminalidade cibernética, o crime transnacional, o tráfico variado, a lavagem mundial de capitais e a degradação mundial descontrolada, já começa a fazer uso dos recursos de tecnologia disponíveis para realizar o cruzamento de dados em tempo hábil e o tratamento da informação bruta para transformá-la em conhecimento útil para a instituição.

O Ministério Público Militar, denominado por vezes de *Parquet* das Armas por alusão a sua atuação especializada, completa, em 30 de outubro de 2020, o seu primeiro centenário, criado que foi no bojo do antigo Código de Organização Judiciária e Processo Militar, trazido a lume por meio do Decreto 14.450, de 1920. Neste sentido e certamente por ostentar tão longo trajeto existencial, não poderia ficar alheio aos avanços que a ciência investigativa vem produzindo, muito em particular no campo das ferramentas tecnológicas.

Sob tal pálio, a construção de novas estratégias e métodos eficientes de investigação são desafios que o Ministério Público Militar, com poderes investigatórios²⁷, assumiu de forma inédita e pioneira nessa primeira metade do século XXI.

²⁷ “Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral,

O desenvolvimento de ferramentas inteligentes para a análise de dados financeiros, fiscais e telefônicos e a adoção de

com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1º), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “*O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição*”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1º, inciso XIV, do Decreto-Lei nº 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria.”

uma metodologia de tratamento estruturado da prova digital têm sido objeto de estudos e de trabalhos desenvolvidos pelo Centro de Apoio à Investigação do Ministério Público Militar há pelo menos uma década.

O Centro de Apoio à Investigação – CPADSI – foi inaugurado em 2007 com o objetivo de assessorar a atividade finalística dos membros do Ministério Público Militar, realizar pesquisas nas suas bases de dados e análises técnicas de dados bancários e fiscais.

Dentro desse esforço surge o ARGUS, ferramenta tecnológica inteligente de grande valor para o aperfeiçoamento das atividades investigativas do Ministério Público Militar e, potencialmente, da justiça brasileira, em suas mais diversas instâncias.

O desenvolvimento da primeira versão ocorreu em 2010, logo após a adoção do SIMBA²⁸ pelo Banco Central do Brasil – Sistema de Movimentação Bancária, que padronizou as normas para tráfego de dados bancários entre instituições financeiras e órgãos governamentais por módulos e processos de transmissão digital dos dados.

²⁸ O SIMBA foi desenvolvido pelo laboratório da Assessoria de Pesquisa e Análise da Procuradoria-Geral da República (MPF) e está em funcionamento até hoje.

Em 2011 o ARGUS passou a ser aplicado como uma ferramenta de inteligência investigativa para a análise financeira, capaz de recepcionar, tratar, cruzar e analisar os dados das quebras de sigilos bancários autorizadas pela justiça e encaminhadas via SIMBA ao CPADSI. Todas essas ações são realizadas com o auxílio de algoritmos elaborados para responderem a perguntas normalmente formuladas por qualquer investigador criminal sobre validade, natureza, origem, destino e volume das movimentações bancárias.

No decorrer das etapas do ciclo de conhecimento das informações, analistas treinados na aplicação da ferramenta avaliam e controlam cada fase da estruturação dos dados quanto a aspectos de coerência, credibilidade e confiança, antes e após os cruzamentos.

As informações gráficas e as tabelas produzidas pelo sistema, quando associadas a outros elementos colhidos na investigação, auxiliam o investigador a desvendar núcleos de atuação criminosa e padrões de comportamento dos agentes. Obviamente, a construção do *modus operandi* e o enquadramento legal da conduta ao tipo penal mais adequado ficam por conta do membro do Ministério Público responsável pelo caso, pois a máquina ainda não é capaz de empreender

raciocínio jurídico, tampouco possui a perspicácia e a sensibilidade humanas.

O grande ganho tecnológico da ferramenta está na possibilidade de conhecimento dos vínculos associativos entre os investigados, ou entre estes e terceiros suspeitos. Além disso, a trajetória do dinheiro é traçada de forma inteligente pelos algoritmos que a detectam. A ferramenta permite a extração de uma variada gama de relatórios com dados estruturados e gráficos que facilitam o entendimento e a visualização das relações criminosas.

A qualidade da denúncia alcança maior relevo e densidade, visto que fundamentada no firme terreno das informações seguras, extraídas do cruzamento dos dados bancários dos investigados, com detalhes sobre a origem e o destino do dinheiro (materialidade) e identificação dos vínculos ilícitos (autoria), elementos probatórios de difícil desconstrução em contrapartida à prova testemunhal.

Em 2013, por seu ineditismo e qualidade, o ARGUS foi agraciado com o Prêmio CNMP, concedido pelo Conselho Nacional do Ministério Público como melhor projeto de diminuição da criminalidade e da corrupção²⁹.

²⁹ O Prêmio CNMPM 2013 está disponível em:
<https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/6010-premio-cnmp-2013>

Com o passar dos anos, os métodos de ocultação de ganhos ilícitos alcançam sofisticação, mas o aprimoramento e a inovação das ferramentas de inteligência investigativa são constantes.

Nesse sentido, o ARGUS recebeu outras funcionalidades para o tratamento das cargas bancárias e gestão dos casos. A nova plataforma possibilita que analistas de diferentes especialidades possam ser acionados a trabalhar em equipe, sob a supervisão de um gestor do caso. Ademais, a associação da tecnologia do *Big Data* é responsável por personificar os agentes investigados, familiares e terceiros.

Em 2018, a ferramenta atualizada concorreu ao prêmio INNOVARE, Edição XV³⁰.

A inovação de sistemas inteligentes de investigação continua a motivar a equipe de desenvolvedores do CPADSI. Outras ferramentas de inteligência investigativa estão prontas para serem implementadas, mas esbarram na lentidão da organização interna de alguns órgãos públicos detentores dos dados a serem analisados, como os dados de telefonia celular, os dados fiscais e os dados bursáteis, apenas para mencionar os mais conhecidos.

³⁰ O Prêmio “Innovare” identifica e coloca em evidência iniciativas que trazem inovações e contribuem para o aprimoramento da justiça. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/>

As soluções tecnológicas automatizam tarefas repetitivas e economizam o tempo dispensado por membros e servidores na elucidação de casos simples. Essas soluções ampliam a capacidade investigativa dos membros do Ministério Público Militar, seja para trabalhar com mais casos simultaneamente, seja para uma maior dedicação aos casos complexos e desafiadores, que demandam estratégias de atuação institucional.

Sem o auxílio da tecnologia desenvolvida pela equipe do CPADSI, seriam necessárias algumas centenas de horas de trabalho da equipe de técnicos para analisar, limpar e validar os dados oriundos de somente uma investigação com o desperdício de incontáveis horas de trabalho de servidores para o desempenho de uma atividade realizada pela máquina em poucos *clicks* de *mouse*, com resultado de incomparável precisão e celeridade.

Desenvolver soluções tecnológicas que permitam gerar inteligência analítica a partir dos dados sigilosos nos autos de um procedimento de investigação criminal é uma missão que o Ministério Público Militar tem cumprido com destaque ao longo dos seus anos de existência, graças a uma equipe dedicada e gestores sensíveis às transformações da sociedade digital.

6 CONCLUSÃO

Como é facilmente perceptível, o tema sucintamente exposto é muito rico e instigante, exigindo reflexões críticas aprofundadas e bem mais abrangentes.

O propósito, no entanto, é retratar em incursão desafiadora que, na era da informação, a prova digital deve ser tratada de forma estruturada pelos órgãos de investigação criminal no enfrentamento de crimes complexos de corrupção, peculato, fraudes licitatórias e lavagem de dinheiro, praticados por organizações criminosas sofisticadas com ramificações inter-regionais e transnacionais.

A investigação individual, documentada em relatórios, anotações e planilhas de *excell*, passa a ser ineficaz diante da macrocriminalidade, dotada de feitiço empresarial, com grande lastro financeiro e ingerência nas esferas públicas de poder.

Uma nova cultura organizacional emerge como resultado da quebra de paradigmas da burocracia cartorária e digital. A disrupção digital avança contra a obsolescência sistemática de antigos sistemas e modelos de investigação e cria a necessidade de adaptação inclusiva dos investigadores às soluções tecnológicas por meio de treinamentos e cursos de capacitação de servidores, delegados de polícia judiciária e

membros do Ministério Público, com o escopo de neutralizar resistências e preparar a atual e as futuras gerações para os desafios impostos por máquinas inteligentes.

A adoção de métodos e estratégias de investigação a partir de dados estruturados – tratados, validados, cruzados e analisados – é capaz de selecionar, dentro de um universo de milhões de dados, os elementos de prova necessários e suficientes à elucidação da autoria e da materialidade do crime praticado. Essa nova realidade precisa ser absorvida pelos órgãos de investigação no desempenho de suas atribuições.

A geração de inteligência analítica é dotada de elevado valor estratégico pela eficiência, celeridade e eficácia que imprime à persecução penal, deve, portanto, ser continuamente trabalhada e estimulada.

Por outro lado, a otimização na produção de um conjunto probatório robusto reduz o tempo do processo criminal e favorece uma prestação jurisdicional mais rápida e mais justa, ao tempo em que combate a impunidade.

As ferramentas de inteligência investigativa desenvolvidas no Ministério Público Militar combinam a ciência de dados com a ciência jurídica e fornecem uma relevante oportunidade para a ampliação da capacidade investigativa de membros do Ministério Público, em

momento crítico pelo qual passa o País, que precisa racionalizar os esforços de combate à corrupção, às fraudes licitatórias e à defraudação do patrimônio público em prol de melhor aplicação dos recursos públicos, da segurança e do bem-estar da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, N. A. C. *Ministério Público: crise de racionalidade e cultura de inteligência. Sistema de justiça criminal*. Organizador: Daniel de Resende Salgado; Bruno Barros de Assunção e Natália Angélica Chaves Cardoso, Brasília: ESMPU, 2018.

CUNHA, R. S.; SOUZA, R. *Lei Anticorrupção Empresarial*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GOMES, Rodrigo. *O Crime Organizado na Convenção de Palermo*. Crime Organizado. Coordenadores: Ana Flávia Messa, José Reinaldo Guimarães Carneiro. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – Uma breve história da humanidade*. Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

ROBINSON, J. *A globalização do crime*, tradução Ricardo Inojosa, Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Informática, Telemática e Direito Penal*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SOARES, G. T. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites*. Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Programas de compliance, imputação penal e o direito militar

Péricles Aurélio Lima de Queiroz

Ministro do Superior Tribunal Militar. Pós-graduado (Especialista) em Direito Internacional Humanitário (Universidade de Brasília – 2006). Ingressou no Ministério Público Militar em 1981, onde exerceu os cargos de Promotor de Justiça Militar (1981-1993), Procurador de Justiça Militar (1993-1995), Vice-Procurador-Geral (1996-2000) e Corregedor-Geral do MPM (2000-2004). Membro e Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM (2006-2016). Membro nato do Conselho Superior (1995-2016). Presidente do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (2003). Membro de Bancas de Concurso para Promotor de Justiça Militar (1997, 1999, 2020). Membro da Comissão da Memória Institucional do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenador e Membro do

Conselho Editorial da Escola Superior do Ministério Público da União (2002-2005/2011-2014). Vice-Diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (2019-2021).

Alexandre Hugo Santana Sampaio Netto

Analista Judiciário, área judiciária, na função de Chefe de Gabinete de Ministro do Superior Tribunal Militar, onde também trabalhou no Controle Interno e na Presidência, neste como Assessor Jurídico Substituto. Possui especialização em Direito Penal, Direitos Humanos e Direito Penal e Processual Militar.

RESUMO: Programas de compliance comprometidos com a ética e bem executados no âmbito organizacional podem evitar a prática de crimes complexos, como a corrupção e a lavagem de dinheiro. Para tanto, é apresentada um breve histórico normativo brasileiro e mundial acerca da temática e sua evolução. Os reflexos para a imputação penal são de difícil configuração, pois a autoria e o dolo nem sempre são claros e evidentes. Assim, novas teorias penais surgem a fim de suprimir as últimas lacunas

dogmáticas. Destacam-se a imputação objetiva, o domínio do fato e o dever de vigilância. O objetivo deste artigo é demonstrar a importância da autorregulação institucional e como o direito militar encontra-se em consonância com últimos progressos normativos e doutrinários.

PALAVRAS-CHAVE: Compliance. Corrupção. Lavagem de dinheiro. História normativa. Teorias Penais. Direito militar. Autorregulação.

ENGLISH

TITLE: Compliance Programs, Penal Imputation and Military Law.

ABSTRACT: Compliance programs committed to ethics and well executed at the organizational level can avoid the practice of complex crimes, such as corruption and money laundering. To this end, a brief Brazilian and worldwide normative history about the theme and its evolution is presented. The reflexes for criminal imputation in complex offenses are hard to configure, as the authorship and the deceit are not always clear and evident.

Thus, new criminal theories emerge in order to close the last dogmatic gaps. We highlight the objective imputation, the mastery of fact and the vigilance's duty. The purpose of this article is to demonstrate the importance of institutional self-regulation and how military law is in line with the latest normative and doctrinal advances.

KEYWORDS: Compliance. Corruption. Money Laundering. Normative History. Criminal Theories. Military Law. Self-Regulation.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Breve história da regulação internacional e brasileira – 3 Características essenciais da autorregulação – 4 Reflexões penais e jurisprudência – 5 direito militar e *compliance* – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O termo *compliance*, e seu programa empresarial preventivo de cumprimento de normas éticas e legais, vem do

inglês *to comply* (cumprir) ou *comply with* (cumprir com).¹ Muito embora tenha se difundido nas organizações como forma de controle interno e gestão de risco, uma das suas muitas origens no direito norte-americano se operou a fim de evitar a prática de corrupção.² A conformidade se refere à viabilidade de resguardar e acautelar a instituição, bem como seus gestores.

Um programa de *compliance* trata, basicamente, acerca da obediência a normas internas e externas, sejam éticas ou legais, impostas às atividades da organização, a fim de particularizar o dever ou a atuação de cada colaborador e sua respectiva esfera de abrangência. Em muitos casos, por falta de regulação e fiscalização, opera-se a responsabilização criminal dos diretores.

A punição estatal em tal esfera é rodeada de controvérsias jurídicas, como a eventual responsabilidade penal da pessoa jurídica e a omissão do dirigente ou gestor para a imposição, até mesmo, de dolo eventual ao não fiscalizar e regulamentar atividades de colaboradores. Desse modo,

¹ SAAD-DINIZ, Eduardo, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2015. (699-701).

² The United States. Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 8 set. 2020.

inúmeras teorias surgem para a responsabilização criminal, como a da cegueira deliberada, do domínio do fato e da omissão imprópria, apesar da responsabilidade objetiva no Direito Penal.

Além disso, sem medo de uma hipérbole situacional, foi gerado um novo modelo de imputação delitiva, cuja importância outrora centrava-se em danos *ex post*, e um contemporâneo modelo de prevenções *ex ante*.³

Assim, o Direito Penal Econômico, mediante crimes de perigo abstrato, se consolidou; sua disciplina envolve delitos contra o sistema financeiro, a lavagem de dinheiro, as relações consumeristas, e logicamente em atos de corrupção, que também englobam os delitos que se relacionam à contratação pública. Mas, a conformidade legal de empresas e órgãos públicos não envolve apenas tais infrações, mas também um universo de cenários sensíveis.

A diligência normativa criminal também se refere à antecipação administrativa de uma empresa ou órgão público em verificar possíveis fragilidades em seus sistemas de controle. Assim, o setor de *compliance* deve ser necessariamente independente, interdisciplinar; e sua comunicação com a cúpula deve ser direta. Acesso integral aos dados, igualmente, é

³ SAAD-DINIZ, Eduardo, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. op. cit. (301)

importante a fim de evitar uma omissão ou imputação criminal do gestor. É mandamental, portanto, fazer parte da cultura organizacional, cujo objetivo será o de promover a missão, a visão e os valores prescritos.⁴

Isto posto, não apenas a obediência ao ato normativo legal-punitivo merece guarida, mas, especialmente, o rigor da norma de conduta voltada à ética organizacional. Ou seja, quais valores são essenciais em determinada organização, dos quais os seus colaboradores não se podem desviar.

Logo, a autorregulação em cada organismo público e privado, realizada de forma descentralizada, comprova-se mais eficiente na prevenção de delitos, em cotejo a leis e a tratados internacionais elaborados de forma centralizada e que demandam uma burocracia e tempo maior em sua gestação.

Na realidade atual de rápidas mudanças tecnológicas e maior interação econômica entre as nações, o processo de *compliance* será fundamental para acompanhar esse quadro evolutivo de forma rápida e segura.

Por fim, evidencia-se a ressalva de que o objetivo do artigo é tratar de forma holística cada tema apresentado e sua

⁴ Guimarães, Carlus Vinicius de Almeida. *Gestão de Compliance no Exército Brasileiro*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Curso Gestão, Assessoramento e Estado-Maior, Escola de Formação Complementar do Exército, 2019.

inter-relação. Demonstrar cada pormenor dos múltiplos assuntos cotejados inviabilizaria o breve conhecimento multidisciplinar almejado.

2 BREVE HISTÓRIA DA REGULAÇÃO INTERNACIONAL E BRASILEIRA

Embora, desde os meados de 1960, a americana *Securities and Exchange Commission – SEC* (similar à nossa Comissão de Valores Mobiliários – CVM) tenha exigido de empresas que negociam na bolsa de valores a figura do *Compliance Officer*, responsável pelo controle interno, treinamento e monitoramento de procedimentos,⁵ apenas em 1977, mediante o *Foreign Corrupt Practices Act – FCPA*, foi que a prática realmente se difundiu.

Apurou-se que inúmeras empresas americanas realizavam pagamentos questionáveis ou ilegais a funcionários de governos estrangeiros, políticos e partidos políticos.⁶ Assim,

⁵ PEIXOTO, Ariosto Mila. *Atribuições e responsabilidades do compliance officer*. Disponível em: <https://licitacao.com.br/index.php/atribuicoes-e-responsabilidades-do-compliance-officer/>. Acesso em: 8 set. 2020.

⁶ The United States. Federal Bureau Investigation. Disponível em: https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2010/january/fcpa_012610. Acesso em: 8 set. 2020.

para criar uma imagem de segurança e respeito às leis de cada país, criou-se o *FCPA*. A não subordinação de regras de *compliance* passou a ter consequências jurídicas também na seara penal.⁷

O resto do mundo seguiu o mesmo destino. De forma preponderante, a direção da regulação e os incentivos para um maior autocontrole centraram-se no mercado financeiro. Então surgiu em 1989 o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – GAFI/FATF, por iniciativa de países membros da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) e associados.⁸ Destaca-se que lavagem de dinheiro e o desvio de dinheiro público são delitos próximos.

Na ótica interna, a Lei de Lavagem de Dinheiro 9.613/1998⁹ pode ser considerada um dos marcos para os

⁷ CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. *O compliance como mecanismo de combate à corrupção*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-compliance-como-mecanismo-de-combate-a-corrupcao/>. Acesso em: 9 set. 2020.

⁸ Brasil. Ministério da Economia. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>. Acesso em: 8 set. 2020.

⁹ 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.

programas de *compliance* atuais. A exposição de motivos da citada lei exemplifica um regime administrativo de comunicação obrigatória, não apenas para instituições financeiras:

[...] 91. Por isso que o artigo 9º, ao definir as pessoas jurídicas sujeitas ao regime administrativo, procura abarcar não só as instituições financeiras (bancos, financeiras, distribuidoras de títulos mobiliários, sociedades creditícias etc...), como também todas aquelas instituições que, por terem como atividade principal ou acessória, o giro de médias e grandes quantidades de dinheiro, podem ser utilizadas como canais para a lavagem de dinheiro, em virtude do que o projeto abrange também as entidades seguradoras, de capitalização, distribuidoras de prêmios, administradoras de cartões de crédito e de credenciamento, etc.

92. Abrange, ainda, o projeto as pessoas jurídicas que operem no ramo imobiliário, assim como aquelas que, também físicas, comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades (art. 9º, X e XI). Quanto a estas, a autoridade competente disciplinará aquelas que estão sujeitas às regras da lei, evitando-se, assim, uma banalização da fiscalização (art. 14, § 1º).¹⁰

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20de,COAF%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 8 set. 2020.

¹⁰ Brasil. Ministério de Estado da Justiça. *Exposição de Motivos nº 692/MJ*.

Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/expoicao-de-motivos-lei-9613.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

O alvo direcionou-se de forma prioritária à corrupção, por meio da Convenção sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais de 1997, realizada na cidade de Paris. No Brasil, o referido Acordo passou a ser obrigatório internamente com a promulgação do Decreto 3.678/2000, em que se evidencia:

1. Para o combate efetivo da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, cada Parte deverá tomar todas as medidas necessárias, no âmbito de suas leis e regulamentos sobre manutenção de livros e registros contábeis, divulgação de declarações financeiras, e sistemas de contabilidade e auditoria, para proibir o estabelecimento de contas de caixa "dois", a realização de operações de caixa "dois" ou operações inadequadamente explicitadas, o registro de despesas inexistentes, o lançamento de obrigações com explicitação inadequada de seu objeto, bem como o uso de documentos falsos por companhias sujeitas àquelas leis e regulamentos com o propósito de corromper funcionários públicos estrangeiros ou ocultar tal corrupção.

2. Cada Parte deverá prover penas civis, administrativas e criminais efetivas, proporcionais e dissuasivas pelas omissões e falsificações em livros e registros contábeis, contas e declarações financeiras de tais companhias.¹¹ (grifo nosso)

¹¹ Brasil. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000*. Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris,

Outro destaque para um programa de *compliance* efetivo na conjuntura norte-americana foi a Lei Sarbanes-Oxley, aprovada em 2002, em decorrência das inúmeras fraudes realizadas pela gigante de energia *Enron Corporation* em seus balanços contábeis, em claro prejuízo aos acionistas. A adulteração de dados contou com a participação criminosa de empresa de auditoria e de escritórios de advocacia.¹² A referida Lei, apelidada de *SOX*, teve por finalidade trazer mais mecanismos de controle interno e monitoramento. Regulou de forma mais detalhada os conflitos de interesses, trouxe mais transparência e aumentou as penas para executivos coniventes com fraudes.¹³ Do *FCPA* ao *SOX* verifica-se a esfera criminal, em tese, último baluarte de proteção social, como uma constante do *compliance*.

Seguindo a cronologia, em 2003, o Brasil assinou a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção (Convenção de Mérida), cuja obrigatoriedade nacional se operou mediante o

em 17 de dezembro de 1997. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

12 The United States. Federal Bureau Investigation. Disponível em:
<https://www.fbi.gov/history/famous-cases/enron>. Acesso em: 8 set. 2020.

13 GITMAN, Lawrence J. Princípios de Administração Financeira. Tradução de Allan Vidigal Hastings. 12. ed. São Paulo: Pearson Practice Hall, 2010, p. 15.

Decreto 5.687/2006.¹⁴ Ressalta-se na norma para o *compliance* a necessidade de capacitação de colaboradores, mecanismos eficientes de prevenção, tanto no aspecto administrativo como na investigação judicial, recuperação de bens desviados e intercâmbio de informações.

Não há maior destaque internacional para o período em que a Convenção de Palermo, promulgada pelo Decreto 5.015/2004, buscou combater o crime organizado transnacional, cujo destaque para a integridade é o art. 31:

2. Em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, os Estados Partes procurarão reduzir, através de medidas legislativas, administrativas ou outras que sejam adequadas, as possibilidades atuais ou futuras de participação de grupos criminosos organizados em negócios lícitos utilizando o produto do crime. Estas medidas deverão incidir:

a) No fortalecimento da cooperação entre autoridades competentes para a aplicação da lei ou promotores e entidades privadas envolvidas, incluindo empresas;

b) Na promoção da elaboração de normas e procedimentos destinados a preservar a integridade das entidades públicas e privadas

¹⁴ Brasil. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

envolvidas, bem como de códigos de conduta para determinados profissionais, em particular advogados, tabeliães, consultores tributários e contadores; (grifo nosso)

A cooperação e a elaboração de normas são pontos centrais para o *compliance*. Logicamente, devem ser adequados aos riscos do negócio e não servir de fachada para o cometimento de ilícitos ou a garantir a impunidade.

Um ato alienígena que merece atenção, elaborado em 2010, foi o *Bribery Act – UBK*,¹⁵ da legislação britânica, o qual traz responsabilidade penal de forma clara ao não se adotar uma postura ativa de prevenção e enumera uma série de atos, em especial, a gestão de risco por parte das empresas.¹⁶

Para a realidade brasileira, a partir de 2012, o quadro mudou radicalmente de figura. Onde antes imperava a garantia da impunidade com o julgamento do mensalão (Ação Penal 470) na Suprema Corte, que condenou incríveis 37 Réus, trouxe que normas relacionadas à corrupção serão cumpridas, independentemente, do grau de importância ou autoridade da

¹⁵ Cf. CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. Op. cit.

¹⁶ United Kingdom. Ministry of Justice. *The Bribery Act, 2010*. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

personalidade pública ou privada. Os aspectos criminais da Ação Penal 470 e o *compliance* serão tratados adiante.

Nessa conjuntura duas importantes normas foram aprovadas, a Lei 12.846/2013 (Anticorrupção) e a Lei 12.850/2013 (Organização Criminosa).

De caráter sancionador administrativo, a Lei Anticorrupção, apesar das críticas, trouxe um Acordo de Leniência com regras cristalinas e a responsabilidade da pessoa jurídica de forma autônoma da pessoa física. Obviamente, foi o marco para a adoção de um programa de conformidade empresarial ao levar em consideração para qualquer medida sancionatória que se deve condicionar “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.¹⁷

O Decreto 8.420/2015,¹⁸ regulamento da Lei Anticorrupção, finalmente, trouxe o quadro normativo elementar

¹⁷ Brasil. Art. 7º, inciso XIII, da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

¹⁸ Brasil. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

de *compliance* sob a titulação de programa de integridade, *in verbis*:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade. (grifo nosso)

A autorregulação não deve ser apenas mais um ato burocrático. É mandamental estar enraizado na estrutura da empresa e de cada colaborador com valores, transparência e mecanismos eficientes para a sua gestão de risco.

A Lei de Organização Criminosa trouxe profundas marcas para o país, como a Operação Lava Jato, por meio da figura colaboração premiada, originária do *common law*.

Em Sentença de 8 de março de 2016, no Processo 5036528-23.2015.4.04.7000, Sergio Moro, à época magistrado, consignou a importância da responsabilidade empresarial:

Grupo Odebrecht, por sua dimensão, tem uma responsabilidade política e social relevante e não pode fugir a elas, sendo necessário, como primeiro passo para superar o esquema criminoso e recuperar a sua reputação, assumir a responsabilidade por suas faltas pretéritas. É pior para a reputação da empresa tentar encobrir a sua responsabilidade do que assumi-la. Com as devidas adaptações, o recente exemplo da reação pública da automotora Volkswagen é ilustrativo do comportamento apropriado de uma grande empresa quando surpreendida na prática de malfeitos, diga-se de passagem aparentemente menores dos que os apurados no presente feito. A admissão da responsabilidade não elimina o malfeito, mas é a forma decente de superá-lo, máxime por parte de uma grande empresa. A iniciativa depende muito mais da Grupo Odebrecht do que do Poder Público.¹⁹

Assim, para vivermos sob os rumos da prosperidade como nação e nos livrarmos do peso da corrupção, o *compliance* será fundamental em todos os setores, cujo objetivo é trazer mais ética, transparência e responsabilidade.

¹⁹ Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Justiça Federal do Paraná. Processo n.º 5036528-23.2015.4.04.7000.

3 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA AUTORREGULAÇÃO

Uma política ou um programa de *compliance* não deve apenas refletir a noção de estar em conformidade às leis e regulamentações. Abarca particularidades e pontos avançados de governança, conduta, transparência e ética. Além da atuação preventiva, apresenta inigualável suporte aos objetivos estratégicos. Então, a vontade de difundir a integridade corporativa para espectros maiores como a missão, a visão e os valores, constitui um requisito essencial para seu sucesso.²⁰

Desse modo, a alta administração da empresa ou órgão público deve estar engajada no programa, até como exemplo para toda a organização e colaboradores, os quais passarão necessariamente por treinamento independentemente da função exercida. A constante disponibilização de informações auxilia para um monitoramento mais eficaz, além da incessante avaliação e revisão de procedimentos para prevenir de forma ativa atos, possivelmente, criminosos.

²⁰ Federação Brasileira de Bancos. *Boas Práticas de Compliance*. Edição Revista 2018. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/pagina/3228/52/pt-br/guia-compliance>. Acesso em: 8 set. 2020.

A gestão de riscos é fundamental, a fim de evitar não somente possíveis danos à organização, mas também para a prevenção de sanções regulatórias e a imputação penal. Os riscos podem ser de operação na localidade em que se encontram, de setor em que atuam, de transação, de oportunidade e de parceria.

A localidade influencia sobremaneira na gestão do risco. Uma operação da polícia militar do Rio de Janeiro é diferente da que ocorrerá pela polícia militar do Distrito Federal, por exemplo. Em relatório do Banco Mundial sobre a facilidade de realizar negócios, o Brasil ocupa a posição 124ª de 190 países.²¹ Investir e empreender é um risco que deve considerar as inúmeras variáveis de cada realidade.

O setor em que a organização empenha seu ofício, da mesma forma, deve ser adequadamente mensurado. Nos aspectos da atividade em si, legal e regulatório.

O risco de transação envolve operações contratuais ou financeiras que possam gerar dúvidas acerca da ilicitude ou a obtenção de vantagens. O *Bribery Act* – *UBK* caracteriza a doação a partidos políticos como exemplo de uma transação

²¹ The World Bank. *Ease of doing Business Rankings, 2020*. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/en/rankings>. Acesso em: 8 set. 2020.

sensível, cujo controle e rigor de dados devem conduzir à transparência.²²

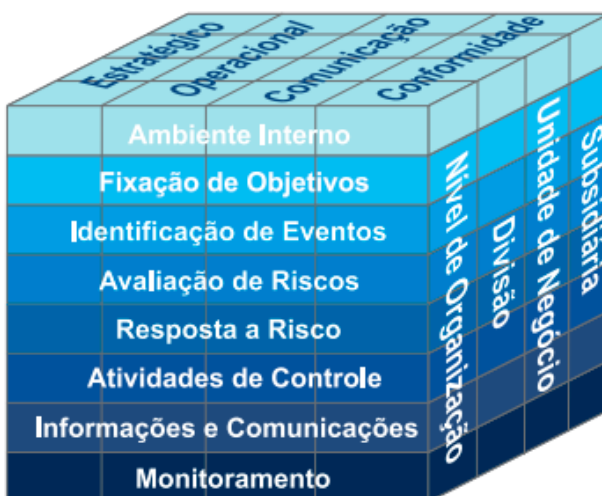
A oportunidade e a parceria são desafios que se interconectam. A ampliação das atividades de uma organização em certa medida envolve a possibilidade da entrada de novos investidores, sócios ou acionistas. O *Compliance Officer* deve realizar uma completa análise do quadro operacional, procedimentos, as possíveis ameaças ao negócio e aos objetivos estratégicos. Ademais, o monitoramento será a constante.

Considera-se, ainda, como indicador para uma boa gestão se utilizar das métricas e relatórios do *Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission – COSO*, organização sem fins lucrativos dedicada à melhoria do controle interno e gestão de risco por meio da ética e efetividade de procedimentos.

Há relacionamento direto entre os objetivos que uma organização estabelece e os componentes do gerenciamento de riscos corporativos, os quais representam o necessário para

²² United Kingdom. Ministry of Justice. *The Bribery Act, 2010*. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

evitar a ruína estratégica. Esse relacionamento é apresentado em uma matriz tridimensional em forma de cubo.²³



O risco não é importante somente para esfera da conformidade. No Direito Penal, ao se utilizar a Teoria da Imputação Objetiva de Claus Roxin, em que o comportamento do agente sofre influência da autorresponsabilidade, uma gestão negligente e permissiva, especialmente daqueles responsáveis pelo controle, pode gerar responsabilização criminal.

²³ Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. *Gerenciamento de Riscos Corporativos*. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>. Acesso em: 8 set 2020.

Os critérios de imputação dentro da ótica de Roxin envolvem a criação ou a realização de um risco não permitido, cujo fim é a proteção da norma de cuidado. Ações que diminuam o risco não são imputáveis.²⁴ Logicamente, o risco deve se realizar no resultado concreto e dentro do alcance do tipo.

Outra relação entre o Direito Penal e as normas de *compliance* é a sua importância como fontes informais ao lado dos costumes. A Lei continua como a única capaz de criar crimes e cominar penas, mas a adequação do tipo penal se preenche com o estudo dos fatos e regras de integridade de uma organização.

O programa de *compliance* bem definido pode se ajustar ao Direito Penal sob a ótica político-criminal, cujo último modelo punitivo é direcionado à pacificação social, segundo valores e cultura de determinado povo. E, igualmente, sob o ponto de vista empírico, cujo objetivo teleológico é a proteção de bens essenciais voltados à prevenção geral e especial da pena.

A lei viva de Eugen Ehrlich não está presa em estamentos burocráticos e lentos, mas surge da comunidade em

²⁴ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

suas relações sociais,²⁵ em verdadeiro *cuius tempora eius ius* (a cada época seu direito).²⁶

4 REFLEXÕES PENAIS E JURISPRUDÊNCIA

As principais controvérsias na dogmática penal para a responsabilização do gestor privado e público se relacionam à autoria, uma vez que há uma fragmentariedade de ações ou condutas por diversos agentes, não necessariamente criminosas, e, quanto à prova do dolo, o real intento cognitivo.

Tipos penais abertos e de perigo abstrato, embora criticados por garantistas penais seja por inconstitucionalidade ou indefinição jurídica, são cada vez mais empregados na coerção estatal, especialmente, em delitos de natureza econômica.

Outro ponto doutrinário contestado no âmbito punitivo da pessoa jurídica e ultrapassado é a teoria *ultra vires societatis*, que preconiza a não responsabilização societária caso o administrador extrapole o objeto social da organização. Todavia, a nossa origem *civil law* não permite a responsabilização penal

²⁵ EHRLICH, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

²⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Op. cit.

da pessoa jurídica (*Societas Delinquere Non Potest*), apenas há previsão constitucional em caso de crime ambiental.

A resposta da problemática do dolo merece destaque. Desde que o elemento subjetivo passou a fazer parte do substrato da tipicidade e não mais na culpabilidade, apesar das referências causalistas no Código Penal Militar, a inferência ao pensamento deixou de ter relevância e a intenção é mensurada por atos ou omissões.

O elemento dolo é mera criação humana abstrata que só existe no mundo jurídico, a fim de instrumentalizar a realidade natural e suas consequências sociais. Ao fazer parte do sistema finalista, a cognição ficou restrita à objetividade da conduta e a derivação de seus resultados. Em termos subjetivos o conhecimento é a capacidade de representação material do fato como certo ou provável.²⁷

As teorias da vontade (clássica) e do assentimento para o emprego do dolo se complementam no sentido de que consentir com a produção de um resultado também é uma forma de querê-lo.²⁸

²⁷ GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: Teoria do crime*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018, p. 207.

²⁸ *Ibidem*.

Apesar de controvertido o emprego no sentido de argumentação jurídica, a teoria da cegueira deliberada,²⁹ instituto do *common law* norte-americano, trata-se de uma forma ou visão ampliada do dolo eventual. O simples fato de sua origem diferir da nossa cultura jurídica de *civil law* não a impede como linha de fundamentação. O acordo de leniência e a delação premiada também são elementos que vieram do *common law* e as adequamos ao nosso sistema legal.

A teoria da cegueira deliberada apresenta grande semelhança com a teoria do assentimento prevista em legislação. A equivalência se opera na previsão de resultado como certo e provável. Colacionam-se trechos de julgado da Corte Superior Castrense que explica a origem:

Embora no Brasil a teoria da cegueira deliberada, aplicada na Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal, no famoso caso do mensalão, tenha se referido a um crime complexo de lavagem de dinheiro, nada impede sua aplicação em crimes de menor complexidade causal. Porquanto, o paradigma norte-americano de aplicação da teoria, qual seja, o caso *United States v. Jewel* tratou de um quadro fático extremamente simples.

Assim, resumindo o paradigma, o agente encontrava-se na fronteira do México com os

²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. Boletim IBCCrim n. 246.

Estados Unidos e lhe foi oferecido maconha para compra, não aceita, e posteriormente oferecido US\$ 100,00, para simplesmente atravessar um carro pela fronteira. Dessa forma, o réu foi pego e condenado. Porque poderia agir diligentemente e escolheu, contudo, de maneira deliberada manter-se em estado de ignorância. (Superior Tribunal Militar. Apelação 0000126-57.2015.7.02.0202. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, julgado em 25.4.2017, DJe de 12.5.2017.)

Ademais, a direção de condutas fragmentadas para o dolo eventual, ou seja, o risco de produzir o resultado, pode encontrar nexos causal e enquadramento típico na teoria da imputação objetiva de Claus Roxin e no dever de vigilância de Silva Sánchez.³⁰

A teoria da imputação objetiva busca resolver problemas não solucionados nas teorias causal e final da ação. Em breve exposição, um resultado causado pelo agente só deve lhe ser imputado quando preenche o tipo de forma objetiva, dentro do princípio da autorresponsabilidade. Assim, no momento em que o comportamento do autor cria um risco não permitido para o

³⁰ LEUTERIO, Alex Pereira. *Criminal compliance e o pensamento penal de Silva Sanchez*. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39331/criminal-compliance-e-o-pensamento-penal-de-silva-sanchez#_ftn21. Acesso em: 8 set. 2020.

objeto da ação e o risco se realiza no resultado concreto, há o alcance do tipo.³¹

Por outro lado, ações que diminuam riscos não são imputáveis ao tipo objetivo, não obstante possam estar inseridos na causa do resultado de forma concreta e de estarem abrangidas pela consciência do sujeito. O famoso exemplo de Roxin do transeunte que flagra um ladrão furtando 1.000 Marcos Alemães, mas o convence a levar somente 100, não é punível por participação, pois sua conduta não elevou, mas diminuiu a lesão. Da mesma forma o *Compliance Officer* pode encontrar ilegalidades em alguma operação empresarial e tentar minorar o prejuízo. Lógico, sempre denunciando eventuais irregularidades penais e regulatórias às autoridades competentes.

Julgado do Superior Tribunal Militar empregou a teoria da imputação objetiva ao se incrementar ou criar o risco, no momento em que o agente apontou arma de fogo municada para colegas de farda, apesar de todo o treinamento a respeito da utilização correta da pistola:

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA. APELANTE REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). HOMICÍDIO NA FORMA TENTADA.

³¹ ROXIN. Op cit.

MANUSEIO DA ARMA DE SERVIÇO - PISTOLA PARABELLUM 09 MM. APONTAR ARMA MUNICIADA EM DIREÇÃO A COLEGAS DE FARDA. CONDUTAS ANTERIORES QUE EXORBITARAM O DEVER DE CUIDADO. DOLO EVENTUAL CONFIGURADO. PENA NO MÍNIMO LEGAL. TENTATIVA NA FRAÇÃO DE 1/3. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. MAIORIA. I - Configura-se o dolo eventual na conduta do agente que, embora com intuito de realizar brincadeira, aciona gatilho, apontando o armamento, a todo tempo, contra colegas de farda. Ademais, os elementos fáticos indicam a clara distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente com base na Teoria da Imputação Objetiva. II - Uma vez que as circunstâncias judiciais são favoráveis, a pena deve restar no patamar mínimo legal. III - Considerando a jurisprudência desta Corte Castrense e o princípio da proporcionalidade, haja vista o resultado danoso e o desvalor da conduta no âmbito das Forças Armadas, o quantum da diminuição da pena em face da tentativa deve restar no mínimo legal. IV - Provimento parcial do recurso defensivo. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Apelação 0000148-27.2015.7.02.0102, Relator para o Acórdão Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, julgado em 19.4.2018, DJe de 17.5.2018, grifo nosso.)

A Teoria do Domínio do Fato, idealizada por Hans Welzel, mas desenvolvida por Roxin ilustra uma teoria objetiva-subjetiva de autoria, em que o poder de decisão influencia na figura do autor mediato, controlador do executor, cuja reitoria

no resultado pode apresentar quem realmente cometeu o núcleo do tipo penal apenas como um mero instrumento.³²

Em qualquer organização há uma hierarquia e divisão de tarefas. Muitas atividades são tão incompletas ou particionadas que o agente realizador de uma ação concreta não tem a noção do que ocorre no quadro geral da instituição. Por isso, a importância de que os Diretores tenham uma visão completa e fiscalizem todas as atividades ocorridas.

Na visão de Jesús María Silva Sánchez, catedrático em direito pela Universidade de Barcelona, o *compliance* está associado aos deveres de vigilância, uma vez que, para a doutrina e a jurisprudência espanhola, os superiores hierárquicos assumem a posição de garante sobre a conduta dos seus subordinados.³³

Obviamente, esse dever de vigilância não pode ser abusivo e adentrar a esfera privada do colaborador. A fiscalização deve verificar acerca do modo em que o subordinado gerencia sua esfera de competência. Tal obrigação, claramente, não é um tipo penal por si mesmo, se sujeita a uma

³² Bitencourt, Cezar Roberto. *A teoria do domínio do fato e a sua autoria colateral*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em: 8 set. 2020.

³³ LEUTERIO. Op. cit.

classe de acessoriedade do crime, cumulada pela imprudência ou comissão por omissão.³⁴

O programa de *compliance* estabelece um verdadeiro dever de agir do gestor ou administrador da organização. Ao passo que pode isentá-lo de responsabilidade criminal diante de uma postura ativa. Colaciona-se julgado do STM que imputa o tipo penal de corrupção ante o dever legar de informar:

PARTICIPAÇÃO ILÍCITA - TIPO DE DELITO DE CORRUPÇÃO, CRIME FUNCIONAL CONTRA OS INTERESSES GERAIS E PATRIMONIAIS DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. NA HIPÓTESE DO 'CAPUT' DO ARTIGO 310 O DELITO SE FORMALIZA PELA PARTICIPAÇÃO A QUALQUER TÍTULO OU POR QUALQUER MODO, EM CONTRATO, FORNECIMENTO OU CONCESSÃO DE QUALQUER SERVIÇO A QUE DEVA FISCALIZAR OU INFORMAR EM PROVEITO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PLENAMENTE CARACTERIZADA NO CASO 'IN TELA', A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO DELITO. CRIME DOLOSO, HOUVE, 'IN CASU', A VONTADE DO AGENTE NA CONSECUÇÃO DO RESULTADO. TIPIFICAÇÃO INTEGRAL DO DELITO DISPOSTO NO ART. 310, 'CAPUT', DO DIPLOMA CASTRENSE. NÃO MERECENDO REPARO A R. DECISÃO ATACADA, O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AOS APELOS DO MPM E DA

³⁴ Ibidem.

DEFESA, E MANTEVE O DECISÓRIO 'A QUO'. (Superior Tribunal Militar. Apelação 1983.01.043865-3, Rel. Min. Deoclécio Lima de Siqueira, julgamento em 16.2.1984, DJe de 13.7.1984)

As fragilidades de um programa de *compliance*, usualmente, conduzem a prática de crimes de perigo abstrato, como os delitos econômicos. Preconiza-se que subsiste a possibilidade de tipificação em nosso ordenamento legal. Trata-se de legítima estratégia para a defesa de bem jurídico contra agressões em seu estágio inicial, a fim de reprimir eventual conduta, antes que venha a produzir vultoso perigo concreto.³⁵ Por exemplo, a associação e a organização criminosa são tipos de perigo abstrato. Igualmente qualquer delito relacionado ao uso ou tráfico de substâncias entorpecentes.

Jurisprudência do STM a respeito da possibilidade normativa do crime de perigo abstrato, consubstanciado no caso diante de delitos relacionados ao uso de entorpecentes e à associação criminosa, *in verbis*:

[...] O delito de tráfico, posse ou uso de substância entorpecente tipificado no art. 290 do CPM é de perigo abstrato. Para a sua

³⁵ CAPEZ, Fernando. *Coleção Curso de direito penal V. 1*. 24° ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 102.

configuração não se faz necessária a comprovação de resultado lesivo. Em ambiente militar, a potencial lesividade da substância entorpecente é suficiente para incriminar o seu possuidor, o que torna desnecessária a existência de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem juridicamente tutelado pela norma penal, *in casu*, a saúde pública. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000290-05.2020.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 20/08/2020, Data de Publicação: 31/08/2020)

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (RSE). TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS CONFIGURADOS. *FUMUS COMISSI DELICTI. PERICULUM LIBERTATIS*. I - A característica constitucional da excepcionalidade da medida cautelar possui duas faces, uma geral e outra restrita, a primeira está condicionada a observância dos requisitos legais e a segunda na possibilidade de substituição por outra medida menos agressiva. II - Ao se verificar os princípios informadores da restrição cautelar nos substratos da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, a prisão preventiva se impõe aos Flagranteados, uma vez que os fatos evidenciam diversas e sérias violações normativas. O porte de arma restrito, alçado à natureza de crime hediondo por meio da Lei 13.497/2017, o tráfico de drogas e a associação para fins ilícitos deixam claro que a tentativa de homicídio qualificado direcionada aos militares foi apenas a ponta o de uma série de atos ilegais perpetrados. III - A aparência do delito (*fumus comissi delicti*) se configurou, uma vez que provados a existência do crime e os indícios suficientes de autoria. IV - A prisão em flagrante na modalidade própria constitui robusta

prova indiciária da autoria. Ademais, os depoimentos dos militares em sede inquisitorial são uníssonos e claros a respeito da dinâmica dos fatos. V - A materialidade se comprova, a priori, com os armamentos de uso restrito apreendidos e os respectivos laudos periciais, os quais atestam a capacidade de dano e o bom estado de conservação. VI - *O periculum libertatis* se comprova diante da probabilidade do cometimento de novas infrações, a gravidade em concreto do crime, a reincidência dos agentes e o modo de execução do delito. É inquestionável a seriedade do ato de disparar contra militares, mediante fuzil ou outro armamento de uso restrito, com a finalidade de manter atividades ilegais e o controle violento da região sob o domínio do tráfico. VII - Restabelecimento da prisão preventiva outrora decretada. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 7000250-57.2019.7.00.0000. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Julgado em 2.5.2019, DJe de 22.5.2019, grifo nosso)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESCRIÇÃO. CRIME DE ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. ART. 288 DO CP. AUSÊNCIA DE PEDIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. PLEITO MINISTERIAL EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NON REFORMATIO IN PEJUS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. UNANIMIDADE. 1. Acórdão que aborda todos os pontos controvertidos constantes dos autos não é omissivo, de forma que os Embargos de Declaração que buscam inaugurar discussão acerca de matéria até então ignorada não devem ser conhecidos. 2. A Corte Castrense não está autorizada a reconhecer, em avançada fase processual, a prescrição de pretensão punitiva

somente vislumbrada pelo Parquet em sede de Embargos de Declaração, o que, no caso concreto, significa dizer: após o trânsito em julgado para a Acusação, que, despida de sua faceta acusatória, desconsidera o princípio do promotor natural. Agravo desprovido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Agravo Interno 7000537-20.2019.7.00.0000, Rel. Min. Carlos Augusto de Sousa, julgado em 22.8.2019, DJe de 6.9.2019, grifo nosso)

À título de *compliance* na Ação Penal 470 do Pretório Excelso, a condenação do responsável pelo Controle Interno do Banco Rural, instituição que operava financeiramente o crime de lavagem de dinheiro e outros delitos, foi a de imputação penal pela omissão fraudulenta em relatórios para coautoria nas infrações financeiras. Pode-se afirmar a existência de uma comissão por omissão, uma vez que sua tarefa era a de zelar por todas as regras e normas legais, investigar as fragilidades e monitorar os resultados.

O nobre Ministro Marco Aurélio votou pela absolvição do dirigente responsável pelo Controle Interno do Banco Rural, sob o argumento de que ele não operava a parte financeira, seu setor era administrativo. Por outro lado, o eminente Ministro Celso de Mello fez referência à teoria do domínio funcional do fato para a condenação. Citou que em concurso de pessoas há

um itinerário criminoso, pois nem todos praticam as mesmas condutas ou ações.³⁶

No famoso julgamento tentou-se aproximar a questão dos crimes financeiros a aspectos constitucionais. A regulação penal desses crimes, embora de perigo abstrato, busca garantir o cumprimento de segurança da ordem econômico-financeira, mandamento presente na Carta Magna.³⁷

5 DIREITO MILITAR E COMPLIANCE

Como visto, uma política de *compliance* dentro de uma organização define os valores éticos fundamentais, a fim de fiscalizar gestores e colaboradores, bem como equacionar os riscos aos objetivos estratégicos. No Direito Militar a hierarquia e a disciplina, estabelecidos constitucionalmente, são a base institucional de onde advém, por exemplo, os deveres e a constante autorregulação. Assim, os regulamentos disciplinares e as normas sobre riscos impedem a quebra desses conceitos essenciais para as Forças.

³⁶ Baliardo, Rafael. *Ministros do STF dizem não flexibilizar jurisprudência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-set-06/ministros-supremo-garantem-nao-flexibilizando-jurisprudencia>. Acesso em: 8 set. 2020.

³⁷ *Ibidem*.

Da mesma forma, o Direito Penal Militar, sob o enfoque das teorias da prevenção geral da pena, cujo finalidade é inibir a coletividade de intentos delitivos, por meio da ameaça e da vigência da lei. A coação psicológica produz no indivíduo motivação para não realizar crimes. A norma penal, ainda, possui a função orientadora dos valores que legitimam e conferem estabilidade ao sistema vigente.³⁸

Em 1970 no V Congresso Internacional de Direito Penal Militar e Direito de Guerra em Dublin, os Ministros do Superior Tribunal Militar, Tenente Brigadeiro do Ar Gabriel Grün Moss, General de Exército Octacilio Terra Ururahy e Dr. Eraldo Gueiros Leite, orientavam quanto à conformidade ou o *compliance* do sistema castrense brasileiro diante da possibilidade de o subordinado não cumprir ordens ilegais. Hierarquia é um princípio fundamental nas Forças Armadas, porém, a obediência não deve ser cega e absoluta.³⁹

Assim, citou-se o art. 38, alíneas “a” e “b”, combinado com o art. 40 e art. 41, todos do Código Penal Militar, que

³⁸ Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal volume 1*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁹ Cinquieme Congress Internacional Dublin, 1970. *National and International Penal Law on Compliance with an Illegal Order*. Tenente Brigadeiro do Ar Gabriel Grün Moss, General de Exército Octacilio Terra Ururahy e Dr. Eraldo Gueiros.

tratam de exclusão da culpabilidade do agente sob coação irresistível, moral e física, além da estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços. Logo, o militar cumpridor de ordens estando dentro de sua competência laboral é mero instrumento. O autor mediato é o oficial que emanou a ordem ilegal. Perfeita consonância com o *compliance*, uma vez que o gestor pode se utilizar de funcionários para tarefas não em tese não criminosas, mas no momento em que as peças se montam surge a figura delitiva.

Dentro do cenário do Código Penal Militar, o art. 118, não obstante entendimentos pela sua inconstitucionalidade,⁴⁰ já acompanhando a teoria da aparência (art. 1.015, incisos II e III, do Código Civil), previu a possibilidade de interdição cautelar de organização que existe apenas como pretexto para a realização de ilícitos penais.

Interdição de estabelecimento, sociedade ou associação

Art. 118. A interdição de estabelecimento comercial ou industrial, ou de sociedade ou associação, pode ser decretada por tempo não inferior a quinze dias, nem superior a seis meses, se o estabelecimento, sociedade ou associação

⁴⁰ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

serve de meio ou pretexto para a prática de infração penal.

§ 1º A interdição consiste na proibição de exercer no local o mesmo comércio ou indústria, ou a atividade social.

§ 2º A sociedade ou associação, cuja sede é interdita, não pode exercer em outro local as suas atividades.⁴¹

Pode-se conceber, ainda, que o rigor normativo da legislação substantiva castrense em toda a sua extensão enaltece a prevenção geral positiva, tese a qual advoga pela internalização e fortalecimento de valores sociais em determinada coletividade, no caso, os constitucionais militares de hierarquia e de disciplina. Em breve lição, há três efeitos que se inter-relacionam: o de aprendizagem, a reafirmação de confiança na lei, e a pacificação social quando a pena é aplicada.⁴²

Os bens jurídicos militares não se limitam apenas à hierarquia e à disciplina. Outros de igual importância aparecem em todo o arcabouço jurídico militar como a neutralidade

⁴¹ Brasil. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

⁴² Cf. Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal volume 1*. 26ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

política, o dever de obediência, a unidade e coesão da tropa e a ética na administração militar.⁴³

Como visto, um dos aspectos essenciais de um programa de integridade é a prevenção de condutas delitivas, mediante normas claras e constante monitoramento não só no cenário legal-punitivo, mas também no aspecto ético e de valores institucionais.

Assim, os Regulamentos Disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica buscam o papel de cautela e advertência, cuja finalidade é evitar a quebra de valores no seio da tropa. Hierarquia, disciplina, neutralidade política, comportamento ético e moral perante a sociedade são todos valores defendidos pelos regulamentos.

A finalidade do ato disciplinar militar é manter essas estruturas básicas de eficiência. Claro, o sistema punitivo deve ser proporcional e razoável. A gradação da punição em leve, moderada e grave deve atender a critérios objetivos e de limitação da discricionariedade. É certo, entretanto, que: “[...] a vida castrense tem *modus vivendi* próprio, impõe-se uma

⁴³ FILHO, Nelson Lacava. *Bases de direito penal militar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 228.

rigorosa observância dos usos e costumes militares, de modo que o ato disciplinar militar adquira contornos específicos”.⁴⁴

Assim, o mérito administrativo é exclusivo da autoridade militar que emprega a sanção. Ao Poder Judiciário somente cabe o exame de legalidade do ato castrense. A tese de algum tribunal adentrar ao próprio mérito da punição acaba por minorar ou prejudicar os valores defendidos na caserna, por um terceiro ente que não conhece a realidade e o cotidiano. Em consequência, não somente a hierarquia e a disciplina são minoradas, mas a própria segurança jurídica do ato administrativo, em caso de interferência indevida.

Colacionam-se, como exemplo, dispositivos do Regulamento Disciplinar do Exército, em que as condutas ético-morais são reforçadas, a fim, até mesmo, de conferir mais eficiência ao serviço militar, cuja abordagem visa o dever de informar, o bom preparo da tropa e a neutralidade política.⁴⁵

[...] 8. Deixar de comunicar a tempo, ao superior imediato, ocorrência no âmbito de suas

⁴⁴ ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 5ª ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 187.

⁴⁵ Brasil. *Decreto 4.346, de 26 de agosto de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

atribuições, quando se julgar suspeito ou impedido de providenciar a respeito;

9. Deixar de cumprir prescrições expressamente estabelecidas no Estatuto dos Militares ou em outras leis e regulamentos, desde que não haja tipificação como crime ou contravenção penal, cuja violação afete os preceitos da hierarquia e disciplina, a ética militar, a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe; [...]

12. Desrespeitar, retardar ou prejudicar medidas de cumprimento ou ações de ordem judicial, administrativa ou policial, ou para isso concorrer;

19. Trabalhar mal, intencionalmente ou por falta de atenção, em qualquer serviço ou instrução;

39. Ter pouco cuidado com a apresentação pessoal ou com o asseio próprio ou coletivo;

40. Portar-se de maneira inconveniente ou sem compostura; [...]

56. Tomar parte, em área militar ou sob jurisdição militar, em discussão a respeito de assuntos de natureza político-partidária ou religiosa;

57. Manifestar-se, publicamente, o militar da ativa, sem que esteja autorizado, a respeito de assuntos de natureza político-partidária;

58. Tomar parte, fardado, em manifestações de natureza político-partidária;

59. Discutir ou provocar discussão, por qualquer veículo de comunicação, sobre assuntos políticos ou militares, exceto se devidamente autorizado;

A prisão disciplinar se realça no meio militar, não como abuso de poder ou autoritarismo, mas de forma a preservar a disciplina e o decoro da instituição. A própria Constituição Federal reforça a importância do ato punitivo administrativo

(art. 5º, inciso LXI). E mesmo quando declarada cautelarmente para a pronta resposta ao agressor da ética militar, a obediência é restrita à norma nos pressupostos do *fumus comissi delicti disciplinaris*, do *periculum libertatis* e da subsunção da infração ao caso concreto.⁴⁶

É o rigor da disciplina, do controle, da fiscalização, da obediência à lei e do constante treinamento que fazem as Forças Armadas eficientes em suas atividades finalística e subsidiária.

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que corrobora a tese apresentada:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. PRISÃO. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. CONHECIMENTO E DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. A proibição inserta no artigo 142, parágrafo 2º, da Constituição Federal, relativa ao incabimento de *habeas corpus* contra punições disciplinares militares, é limitada ao exame de mérito, não alcançando o exame formal do ato administrativo-disciplinar, tido como abusivo e, por força de natureza, próprio da competência da Justiça castrense.

2. Havendo previsão expressa em lei, que se encontra em vigor, atribuindo competência ao Corregedor-Geral da Polícia Militar do Estado para aplicar sanção disciplinar nos processos

⁴⁶ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Manual de direito disciplinar militar*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 335.

disciplinares, descabe falar em usurpação da competência exclusiva do Comandante-Geral da Corporação.

3. Recurso improvido.

(RHC 27.897/PI, Rel. Min. Hamilton Carvalho, Primeira Turma, julgado em 2.9.2010, DJe de 8.10.2010, grifo nosso)

Compliance também envolve a gestão de riscos, a qual consiste em identificar as possíveis incertezas que sejam capazes de gerar dano à unidade militar. Uma vez que se identifica a inconsistência, deve haver um tratamento adequado. Assim, destacam-se, igualmente, os manuais técnicos das Forças, cujas fragilidades levantadas envolvem o desenho de processos, a estratégia, os projetos e a integridade em si.⁴⁷

Os riscos nas Forças Armadas permeiam não somente as suas respectivas atividades essenciais de defesa da pátria e de garantia dos poderes. As atribuições subsidiárias elevam o potencial de dano institucional ao exigir operações de natureza interna diversas das finalísticas e em cooperação com outros órgãos. As atividades administrativas de aquisição de bens e serviços, igualmente, podem demonstrar uma ameaça ao ente

⁴⁷ Brasil. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Estado-Maior do Exército. Manual Técnico de Gestão de Riscos do Exército Brasileiro, 2019. Disponível em: [port_292_manual_tecnico_da_metodologia_de_gestao_de_riscos_%20do_eb.pdf](#). Acesso em: 8 set. 2020.

político em licitações complexas, como do caça sueco Gripen ou de submarino com propulsão nuclear.

A definição de risco da Marinha do Brasil em sua Política de Gestão realça pela simplicidade, concisão e detalhe. O processo de monitoramento e comunicação se sobressai, bem como a associação do risco financeiro e orçamentário ao processo licitatório, em que a necessidade assessoramento jurídico se faz necessário:

Riscos podem ser considerados como eventos ou condições incertas, que caso ocorram, podem gerar impactos negativos (ameaças) ou positivos (oportunidades) para a organização. O gerenciamento ou gestão de riscos consiste na aplicação de princípios e processos para identificação e avaliação de riscos aos quais as organizações estão expostas em suas atividades. Na MB, a Gestão de Riscos tem por propósito identificar, avaliar, tratar, monitorar e comunicar os riscos que possam interferir, positivamente ou negativamente, na execução dos objetivos estratégicos de mais alto nível da MB, denominados Objetivos Navais (OBNAV) e descritos no Plano Estratégico da Marinha (PEM), a fim de garantir o cumprimento eficaz e eficiente da Gestão Estratégica. Dessa forma, é necessário que a Gestão de Riscos considere uma visão holística da Força e que possua critérios de avaliação de riscos únicos, padronizados e associados aos OBNAV. Os critérios devem definir como serão mensuradas as probabilidades, os impactos dos eventos de risco,

as naturezas das causas e consequências, bem como sua mensuração. [...]

Riscos Financeiros/Orçamentários - eventos que podem comprometer a capacidade da MB, dos órgãos ou das OM de contar com os recursos orçamentários e financeiros necessários à realização de suas atividades, ou eventos que possam comprometer a própria execução orçamentária como, por exemplo, atrasos no cronograma de licitações. Ao final desta etapa, os riscos identificados devem ser atribuídos a uma OM, designada “proprietária do risco”, que será a responsável por assegurar que os riscos sejam gerenciados e monitorados adequadamente e para isso deve ter a autoridade necessária e suficiente.⁴⁸

No Plano de Integridade da Força Aérea, evidencia-se a citação ao Código Penal Militar e à Justiça Militar como base para a segurança jurídica, haja vista seu rigor normativo, sob o aspecto preventivo de vigência.⁴⁹

3.5.2.1 O Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969) tutela os bens jurídicos ligados à Instituição Militar, porquanto define quais são as condutas consideradas como crimes militares,

⁴⁸ Brasil. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Portaria 110, de 4 de maio de 2017. Política de Gestão de Riscos. Disponível em: https://www.marinha.mil.br/dadm/sites/www.marinha.mil.br.dadm/files/BolAdm052017_0.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

⁴⁹ Brasil. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Plano de Integridade de Força Aérea Brasileira, 2018. Disponível em: https://www.fab.mil.br/Download/arquivos/prestacaodecontas/DCA_16_3%20_2018_Plano_de_Integridade_da_FAB.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

elencando uma série de tipos penais, dentre os quais muitos já previstos no Código Penal, mas com uma previsão de penas maiores.

3.5.2.2 O tratamento mais rígido dado pelo Código Penal Militar aos desvios de conduta dos militares, somado à celeridade da Justiça Militar, proporciona um nível satisfatório de segurança jurídica para que a Autoridade Judiciária Militar, isto é, o Comandante da Organização Militar, possa coibir os ilícitos no seio da Instituição Militar.

Não obstante todo o arcabouço legal e regulamentar direcionados para a preservação de valores da caserna, deve haver instrumentos capazes de realizar os objetivos assegurados pelas normas. Aqui, citar-se-ão dois de forma breve: o processo oriundo de Conselho de Justificação e a Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade para com o oficialato.

O Conselho de Justificação, de natureza híbrida,⁵⁰ primeiro administrativa e depois judicial, é destinado ao julgamento de incapacidade do oficial das Forças Armadas de permanecer na ativa ou na inatividade, assegurado o contraditório e a ampla defesa, cujo fim é verificar a incapacidade moral ou profissional.

⁵⁰ Cf. para uma posição divergente ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

O posto e a patente são garantidos constitucionalmente, e sua perda ocorre mediante processo regular cuja decisão final é do tribunal militar permanente, em tempo de paz, ou tribunal especial, em tempo de guerra. A Lei 5.836/1972⁵¹ atribuiu essa competência privativa ao Superior Tribunal Militar. O reconhecimento de culpa do justificante decorre do paradigma de honra, pundonor e decoro da classe a que está obrigado o Oficial das Forças Armadas pelas leis, regulamentos, usos, costumes e tradições militares.⁵² Exemplo de julgado, *in verbis*:

EMENTA: CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. LEI Nº 5.836/72. PRELIMINAR DE JULGAMENTO PELOS FATOS NÃO PENDENTES DE APRECIACÃO JUDICIAL. CONTINUIDADE DO JULGAMENTO. UNANIMIDADE. MÉRITO. PLEITO DEFENSIVO DE REFORMA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEITOS DA ÉTICA MILITAR. ASPECTOS MORAIS DA CONDUTA. OFENSA GRAVE. OFICIAL SUPERIOR NÃO JUSTIFICADO. DECLARADO CULPADO E INDIGNO. MAIORIA. [...] 3. No Conselho de Justificação, o mérito do processo administrativo que lhe deu origem não é mais passível de discussão. Atém-

⁵¹ Brasil. Lei 5.836, de 5 de dezembro de 1972. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15836.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

⁵² QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. *O Conselho de Justificação e o Direito Militar Brasileiro*. Direito Militar – História e Doutrina. Florianópolis: AMAJME, 2002.

se para os aspectos morais da conduta do Justificante e os seus reflexos em relação aos preceitos da ética militar, caracterizada pelo sentimento do dever, pelo pundonor militar e pelo decoro da classe, que impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis. 4. Os militares lidam com valores sublimes: a vida, o patrimônio, a ordem pública e a própria soberania estatal. Todos esses preceitos exigem retidão inequívoca comportamental, inclusive em sua vida particular. A seu turno, os Oficiais, notadamente os Oficiais Superiores, devem observar com ainda mais rigor esses mandamentos éticos, uma vez que representam modelos paradigmáticos a serem seguidos por seus subordinados. 5. Quando o dano à ética revela-se não só pela gravidade das condutas perpetradas pelo Justificante, mas também pelas suas consequências diretas e significativas ao posto de Oficial Superior do Exército Brasileiro, a não declaração de indignidade do Justificante cria perigoso precedente de permissividade, tendente a constituir e legitimar péssimo exemplo para a tropa, de efeitos deletérios. 8. Oficial Superior não Justificado dos 12 (doze) itens que lhe foram imputados. Declarado culpado e indigno para com o Oficialato. Maioria. (Superior Tribunal Militar. Conselho de Justificação 0000126-67.2017.7.00.0000, Rel. Min. Carlos Augusto de Sousa, julgado em 21.6.2018, DJe de 6.8.2018, grifo nosso)

Ao contrário do Conselho de Justificação, a Representação de Indignidade é considerada feito de natureza judicial, admitindo a interposição de embargos infringentes do julgado, e do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal

Federal, por ambas as partes em demanda. O Ministério Público Militar atua no processo como órgão agente, autor da ação, representando o interesse estatal na ocorrência desse julgamento.

Outro ponto dissonante do Conselho de Justificação é o sujeito passivo da relação processual, podendo ser militar da ativa, da reserva, reformado e, até mesmo, oficial temporário.⁵³ Segue acórdão a respeito da temática:

EMENTA. REPRESENTAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR PARA DECLARAR OFICIAL INDIGNO OU INCOMPATÍVEL PARA COM O OFICIALATO. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DO FEITO EM FACE DA OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. Major da reserva da Aeronáutica, condenado pela justiça comum à pena de 16 anos de reclusão, e 266 dias-multa, pela prática de tráfico internacional de drogas e associação criminosa, em regime fechado, por ter se aproveitado da sua condição de oficial da Aeronáutica, promovendo e monitorando o transporte de 32,960 Kg de cocaína, alocada no interior de aeronave pertencente à FAB, em Recife/PE, com destino à cidade Clermont

⁵³ Brasil. *Decreto nº 4.502, de 9 de dezembro de 2002*. Aprova o Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva do Exército - R-68. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4502.htm#art60. Acesso em: 8 set. 2020.

Ferrand, na França, com escala técnica em Las Palmas, nas Ilhas Canárias, lugar previsto para entrega da droga. O instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, de notada índole penal, não se relaciona com o pedido ou mesmo com a causa de pedir da presente Ação, que é de cunho moral. Cabe a este Tribunal verificar, tão somente, as circunstâncias e as conseqüências da decisão condenatória para as instituições militares e para a sociedade, em razão do tipo penal cometido. E não há como afastar a torpeza da conduta. A Representação para Declaração de Indignidade importa juízo de valor ético e moral a revelar conhecimento sobre a personalidade do Representado e se presta para julgar, através de processo especial, a capacidade do Oficial das Forças Armadas de permanecer na Força. Em tal procedimento, deve-se levar em conta a gravidade inerente aos atos atribuídos ao Representado. Uma vez violadas as regras morais e éticas a serem pautadas na vida na caserna ou fora dela, a exclusão da Força torna-se inevitável, tendo em vista a necessidade de se preservar a regularidade do sistema, no caso, as instituições militares e o seu papel perante a sociedade. Preliminar de prescrição rejeitada e Representação deferida para declarar o Representado indigno para com o oficialato e, por conseguinte, decretar a perda de seu posto e patente, com fundamento no art. 142, § 3º, incisos VI e VII, da Constituição Federal. (Superior Tribunal Militar. Representação p/ Declaração de Indignidade/Incompatibilidade 7000694-27.2018.7.00.0000, Rel. Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, julgado em 11.4.2019, DJe de 10.5.2019, grifo nosso)

O devido processo legal deve sempre ser respeitado, pois cercear o direito de defesa na vida militar é sustentar o próprio prejuízo à disciplina.⁵⁴ O outro lado da moeda, o excesso de defesa, provocadora de impunidade, também gera a decadência dos valores castrenses preconizados constitucionalmente. Contudo, o arcabouço militar legal e regulatório, como demonstrado, acaba por gerar segurança jurídica para a prevenção de práticas criminosas e sua correta repressão no momento da judicialização.

6 CONCLUSÃO

Um programa de *compliance* bem delineado e executado institucionalmente, não só evita o devaneio de práticas criminosas e a corrupção do desvio organizacional para fins não previstos em seus objetivos estratégicos, como também preserva os valores essenciais e fundamentais de sua missão e visão a curto e longo prazo.

⁵⁴ Prudente de Moraes Filho, Deputado A., “Anais do Congresso Nacional”, Diário Oficial de 22-9-1920, in “O Direito Penal Militar nos Congressos Jurídicos Brasileiros”, de Mário Tibúrcio Gomes Carneiro, Arquivo de Direito Militar, Ano I, Set/Dez de 1942, nº 2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, p. 381/477.

A história recente brasileira e mundial buscou segurança jurídica, a fim de se preservar de crimes financeiros e, posteriormente, de atos fraudulentos, na elaboração de leis, tratados internacionais e cooperação mútua. Apesar dos avanços, a realidade cada vez mais impõe novos desafios. Logo, a autorregulação e o comprometimento ético se tornaram indispensáveis para gerar mais eficiência ao sistema de combate a crimes complexos, como a corrupção e a lavagem de dinheiro.

O quadro probatório no tocante à autoria para a responsabilização penal é difícil e intrincado, porquanto há dentro de uma organização inúmeras divisões de tarefa, nem sempre criminosas, mas cujo resultado é danoso à sociedade. Para tanto, a Teoria do Domínio do Fato e o Dever de Vigilância complementam os dogmas penais tradicionais diante desse quadro multifacetado. Assim, se impôs um dever de cuidado à alta administração, cujo descumprimento pode trazer sérias consequências no âmbito penal.

No direito militar a prevenção de infrações sempre foi a constante e o norte, uma vez que calcado em valores éticos de disciplina e de obediência. Desse modo, a regulamentação interna e a fiscalização das atividades fazem parte do cotidiano

organizacional. Por isso, em pesquisas de confiança institucionais, as Forças Armadas sempre lideram o ranking.⁵⁵

Atrair a confiança de toda a sociedade no combate à corrupção somente irá ocorrer quando todos estiverem engajados na transmissão e regulação de valores ético-legais. Do pequeno ao grande empreendedor, do escritório de advocacia e de contabilidade, do público e do privado. Somente assim poderemos alterar a nossa imagem como sociedade e perante a comunidade internacional.⁵⁶

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Manual de direito disciplinar militar*. Curitiba: Juruá, 2015.

ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

⁵⁵ Datafolha: Forças Armadas são as instituições mais confiadas no Brasil. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/datafolha-forcas-armadas-sao-a-instituicao-mais-confiada-por-brasileiros/>. Acesso em: 8 set. 2020.

⁵⁶ Transparência Internacional. *Índice de Percepção da Corrupção 2019*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc>. Acesso em: 8 set. 2020.

BALIARDO, Rafael. *Ministros do STF dizem não flexibilizar jurisprudência*. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2012-set-06/ministros-supremo-garantem-nao-flexibilizando-jurisprudencia>. Acesso em: 8 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A teoria do domínio do fato e a sua autoria colateral. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2012-nov-18/cezar-bitencourt-teoria-dominio-fato-autoria-colateral>. Acesso em: 8 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal volume 1*. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. *Lei 5.836, de 5 de dezembro de 1972*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15836.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

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:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. *Decreto 4.346, de 26 de agosto de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 4.502, de 9 de dezembro de 2002*. Aprova o Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva do Exército - R-68. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4502.htm#art60. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. Ministério de Estado da Justiça. *Exposição de Motivos nº 692/MJ*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.* Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3678.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015.* Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Defesa. Exército Brasileiro. Estado-Maior do Exército. Manual Técnico de Gestão de Riscos do Exército Brasileiro, 2019. Disponível em:
port_292_manual_tecnico_da_metodologia_de_gestao_de_riscos_%20do_eb.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Defesa. Marinha do Brasil. Portaria 110, de 4 de maio de 2017. Política de Gestão de Riscos. Disponível em:
https://www.marinha.mil.br/dadm/sites/www.marinha.mil.br.dadm/files/BolAdm052017_0.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica. Plano de Integridade de Força Aérea Brasileira, 2018. Disponível em: https://www.fab.mil.br/Download/arquivos/prestacaodecontas/DCA_16_3%20_2018_Plano_de_Integridade_da_FAB.pdf. Acesso em: 8 set. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Justiça Federal do Paraná. Processo n.º 5036528-23.2015.4.04.7000.

BRASIL. Ministério da Economia. Disponível em: <http://fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>. Acesso em: 8 set. 2020.

CAPEZ, Fernando. *Coleção Curso de direito penal V. 1*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAVALIERI, Davi Valdetaro Gomes. *O compliance como mecanismo de combate à corrupção*. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/o-compliance-como-mecanismo-de-combate-a-corrupcao/>. Acesso em: 9 set. 2020.

Cinquieme Congress Internacional Dublin, 1970. *National and International Penal Law on Compliance with an Illegal Order*. Tenente Brigadeiro Gabriel Grün Moss, General de Exército Octacilio Terra Ururahy e Dr. Eraldo Gueiros.

Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission. *Gerenciamento de Riscos Corporativos*. Disponível em: <https://www.coso.org/Documents/COSO-ERM-Executive-Summary-Portuguese.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

Datafolha: Forças Armadas são as instituições mais confiadas no Brasil. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/brasil/datafolha-forcas-armadas-sao-a-instituicao-mais-confiada-por-brasileiros/>. Acesso em: 8 set. 2020.

EHRlich, Eugen. *Fundamentos da Sociologia do Direito*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1986.

Federação Brasileira de Bancos. *Boas Práticas de Compliance*. Edição Revista 2018. Disponível em: <https://portal.febraban.org.br/pagina/3228/52/pt-br/guia-compliance>. Acesso em: 8 set. 2020.

FILHO, Nelson Lacava. *Bases de direito penal militar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: Teoria do crime*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GITMAN, Lawrence J. *Princípios de Administração Financeira*. Tradução de Allan Vidigal Hastings. 12. ed. São Paulo: Pearson Practice Hall, 2010.

GUIMARÃES, Carlus Vinicius de Almeida. Gestão de Compliance no Exército Brasileiro. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Curso Gestão, Assessoramento e Estado-Maior, Escola de Formação Complementar do Exército, 2019.

LEUTERIO, Alex Pereira. Criminal compliance e o pensamento penal de Silva Sanchez. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/39331/criminal-compliance-e-o-pensamento-penal-de-silva-sanchez#_ftn21. Acesso em: 8 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PEIXOTO, Ariosto Mila. Atribuições e responsabilidades do compliance officer. Disponível em: <https://licitacao.com.br/index.php/atribuicoes-e-responsabilidades-do-compliance-officer/>. Acesso em: 8 set. 2020.

Prudente de Moraes Filho, Deputado A., “Anais do Congresso Nacional”, Diário Oficial de 22-9-1920, in “O Direito Penal Militar nos Congressos Jurídicos Brasileiros”, de Mário Tibúrcio Gomes Carneiro, Arquivo de Direito Militar, Ano I, Set/Dez de 1942, nº 2, Imprensa Nacional, Rio de Janeiro, p. 381/477.

QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. *O Conselho de Justificação e o Direito Militar Brasileiro*. Direito Militar – História e Doutrina. Florianópolis: AMAJME, 2002.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAAD-DINIZ, Eduardo, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Compliance, Direito Penal e Lei Anticorrupção*. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Cegueira deliberada e lavagem de dinheiro. Boletim IBCCrim n. 246.

THE UNITED STATES. Department of Justice. Foreign Corrupt Practices Act. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 8 set. 2020.

THE UNITED STATES. Federal Bureau Investigation. Disponível em: https://archives.fbi.gov/archives/news/stories/2010/january/fcpa_012610. Acesso em: 8 set. 2020.

THE UNITED STATES. Federal Bureau Investigation. Disponível em: <https://www.fbi.gov/history/famous-cases/enron>. Acesso em: 8 set. 2020.

The World Bank. *Ease of doing Bussiness Rankings, 2020*. Disponível em: <https://www.doingbusiness.org/en/rankings>. Acesso em: 8 set. 2020.

Transparência Internacional. *Índice de Percepção da Corrupção 2019*. Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ipc>. Acesso em: 8 set. 2020.

United Kingdom. Ministry of Justice. *The Bribery Act, 2010*. Disponível em: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. Acesso em: 8 set. 2020.

Análise sobre o acordo de leniência como exemplo do papel institucional da comissão de enfrentamento da corrupção do CNMP e a atribuição do Ministério Público

Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior

Procurador Regional da República

Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público

Especialista e Mestre em Direito Constitucional

Leandro Bastos Nunes

Procurador da República

Especialista em Direito Penal e Processo Penal

Professor em cursos do Ministério Público da União

RESUMO: O combate à corrupção é uma tarefa que requer uma intervenção interinstitucional de esferas públicas e privadas, tendo como foco uma atividade que mescla prevenção, controle e repressão. Como, nesse contexto, se mostra imprescindível a atuação do Ministério Público, especialmente da Comissão de Enfrentamento da Corrupção (CEC), o presente trabalho volta-se para o questionamento do modo com que o acordo de leniência pode representar a materialização do papel institucional dessa Comissão, que compõe o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Para responder tal inquirição, apresentam-se, inicialmente, os princípios que basearam o surgimento e expansão das referidas políticas institucionais. Em sequência, discute-se o chamado acordo de leniência, compreendido como uma proposta de colaboração premiada para empresas que auxiliam o *Parquet* – e/ou os Órgãos do Poder Público legitimados – na instância administrativa. Por consequência, sustenta-se a chamada Teoria dos Poderes Implícitos, que fundamenta a atribuição do MP para firmar o referido pacto. Conclui-se que o acordo de leniência deve ser firmado, preferencialmente, de forma conjunta, pelo Ministério Público e os demais Órgãos do Poder Público, a fim de que haja segurança jurídica; e a garantia dos princípios da eficiência e da

prevalência do interesse público. Contudo, ressalta-se que a mencionada doutrina norte-americana fundamenta a ausência de nulidade do pacto, caso seja firmado isoladamente pelo Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional do Ministério Público. Acordo de Leniência. Teoria dos Poderes Implícitos. Comissão de Enfrentamento da Corrupção. Princípios da segurança jurídica, eficiência e prevalência do interesse público.

ENGLISH

TITLE: Analysis of the leniency agreement as an example of the institutional role of the National Council for the Public Prosecution (CNMP)'s anti-corruption commission and the attribution of the Public Prosecutor's Office. Principles of legal certainty, efficiency and prevalence of the public interest.

ABSTRACT: The fight against corruption is a task that requires interinstitutional intervention from public and private spheres, focusing on an activity that mixes prevention, control and repression. As, in this context, the performance of the Public

Prosecutor's Office, especially of the Commission for Confronting Corruption (CEC), is essential, the present work turns to questioning the way in which the leniency agreement can represent the materialization of the institutional role of this Commission, which makes up the National Council for the Public Prosecution (CNMP). To answer such an inquiry, the principles that underpin the emergence and expansion of these institutional policies are presented initially. In sequence, the so-called leniency agreement is discussed, understood as a winning collaboration proposal for companies that assist the Parquet – and/or the legitimate Government Agencies – at the administrative level. Consequently, the so-called Theory of Implicit Powers is sustained, which underlies the attribution of the Public Prosecutor's Office to sign the said pact. It is concluded that the leniency agreement should be signed, preferably, jointly, by the Public Prosecutor's Office and the other Government Agencies, so that there is legal security, and the guarantee of the principles of efficiency and the prevalence of the public interest. However, it is emphasized that the aforementioned American doctrine justifies the absence of nullity of the pact, if it is signed separately by the Public Prosecutor's Office.

KEYWORDS: National Council for the Public Prosecution. Leniency agreement. Theory of Implicit Powers. Commission for Confronting Corruption.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O CNMP e a criação da Comissão de Enfrentamento da Corrupção – 3 A previsão legal do acordo de leniência – 4 A Teoria dos Poderes Implícitos – 5 Previsão legal para a propositura do pacto de leniência pelo MP – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Dada a sua multifatorialidade, o trabalho de combate à corrupção precisa ser analisado como interdisciplinar, transversal e interinstitucional. Ocorre que a complexidade dos ilícitos dessa natureza não apenas indica, como também demanda atuação concertada entre as esferas pública e privada, de modo que a questão possa ser vista – sobretudo – como tarefa de todo o tecido social.

É preciso, além disso, considerar que o enfrentamento de ilícitos dessa natureza dá-se a partir da prevenção, do controle e

da repressão. Nesse diapasão, a judicialização do tema é apenas uma de suas facetas, ao passo que não se apresenta – muitas vezes – como aquela mais eficiente.

É por isso que as instituições e órgãos públicos – com frequência cada vez maior – caminham em busca de resultados mais rápidos e mais eficientes no combate dessa modalidade delituosa. A intenção é que sejam diminuídas as possibilidades da prática de corrupção e de atos de improbidade administrativa, ao passo em que são realizadas iniciativas que visam evitar essa prática ilícita.

Em meio a esse contexto, a partir da normativa constitucional, criou-se o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) com a missão constitucional de exercer “[...] o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus Membros¹”. Destaca-se que permeia a atividade finalística do CNMP a indução e o fomento de práticas positivas entre os Ministérios Públicos, isto é, cabe ao Conselho ser o incentivador e o propagador de iniciativas de excelência no âmbito do “*Parquet*”.

¹ Art. 130-A, § 2º, “caput”, da Constituição Federal.

O Conselho Nacional do Ministério Público trilhou um claro e importante passo nessa direção ao criar – pela unanimidade de seu Plenário – a Comissão de Enfrentamento da Corrupção (CEC).

Eis os alicerces da criação da CEC, bem como o estado da arte central que justifica a produção deste artigo. Diante do exposto, questiona-se de que modo o acordo de leniência pode servir como exemplo do papel da Comissão de Enfrentamento da Corrupção do Conselho Nacional do Ministério Público.

2 O CNMP E A CRIAÇÃO DA COMISSÃO DE ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO

A CEC – inicialmente denominada Comissão *Especial* de Enfrentamento da Corrupção – foi instituída no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução CNMP nº 185, de 2/3/2018. Desde então, destinou-se a fortalecer as políticas públicas de enfrentamento da corrupção e a tornar mais eficiente a articulação para o desenvolvimento de estratégias de aprimoramento da atuação do Ministério Público dentro da temática.

Inicialmente de natureza temporária, a Comissão teve previsão inicial para funcionar pelo período de dois anos. Não obstante, o Plenário do Conselho tornou-a definitiva ao aprovar a Emenda Regimental CNMP nº 24, de 18/12/2019, ao passo que foi situada no art. 31, X, do seu respectivo Regimento Interno.

Nesse sentido, tem-se como objetivos principais da CEC:

I – Fomentar a integração entre os ramos e as unidades do Ministério Público e entre esses e outros órgãos públicos e entidades da sociedade civil que sejam essenciais ao enfrentamento da corrupção;

II – Promover estudos, coordenar atividades e sugerir medidas para o aperfeiçoamento da atuação do Ministério Público no combate à corrupção, fomentando a atuação extrajudicial resolutiva e a otimização da atuação judicial, inclusive;

III – Estabelecer articulação institucional com outros órgãos e instituições de controle e gestores das políticas públicas de enfrentamento da corrupção, a fim de buscar e consolidar informações que favoreçam a atuação coordenada do Ministério Público;

IV – Propor ao Plenário medidas normativas, ações e projetos, de âmbito nacional ou regional, voltados à consecução de seus objetivos;

V – Praticar outros atos necessários ao cumprimento dos seus objetivos e compatíveis com suas atribuições abaixo.

Diante dos desafios cada vez maiores para o enfrentamento da corrupção – a qual deve ser percebida em suas específicas complexidade e multidimensionalidade – requer-se a construção de estratégias no sentido de encontrar equilíbrio para fortalecer os três pilares do combate à corrupção: prevenção, controle e repressão. Dessa forma, a CEC busca pautar suas atividades com os olhos voltados às três frentes supracitadas, de maneira que – ao longo de seu ainda curto período de existência – realizou uma série de iniciativas, a saber:

- a) representação na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro – ENCCLA: no ano de 2020, por exemplo, a CEC participa de 4 ações que são empreendidas a partir da ENCCLA, sobre recomendações do GAFI (Ação 1), prevenção à corrupção em órgãos públicos (Ação 9), criação e divulgação de cartilha a respeito de contratações públicas (Ação 10) e transparência pública (Ação 11);
- b) gestão de dois Acordos de Cooperação sobre o assunto a partir do CNMP e com repercussão em todo o Ministério Público: um deles para acesso à rede SICONV, firmado com o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e com a Escola Nacional de

Administração Pública, e outro para ingresso à plataforma LabContas, celebrado com o Tribunal de Contas da União;

c) criação de Grupos de Trabalho para o fim de serem empreendidos estudos e apresentadas alternativas para melhoria da atuação do Ministério Público em temas como a tecnologia da informação e as tipologias da corrupção e da improbidade administrativa;

d) contribuição técnica, a partir da prestação de informação e apresentação de dados, para a avaliação do Brasil pelo Grupo de Ação Financeira (GAFI), organização intergovernamental criada para promover e desenvolver políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (LD/FTP);

e) compartilhamento de iniciativas relacionadas ao combate à corrupção, praticadas pelos Ministérios Públicos e por outros órgãos públicos, a partir da divulgação nacional e da realização de publicações a respeito²;

² Exemplo desse tipo de atuação da CEC é o incentivo à realização de “HackFest”, movimento tecnológico que objetiva gerar conhecimento para o enfrentamento da corrupção e melhorar a gestão pública pelo controle social.

f) realização de eventos e de produções científicas com foco no enfrentamento da corrupção, de que são exemplos a 1ª Ação Nacional de Enfrentamento da Corrupção, o Simpósio Nacional sobre Colaboração Premiada (acontecidos em 2018), o Simpósio Nacional sobre o Uso de “Data Analytics” e o Evento em Alusão ao Dia Internacional de Combate à Corrupção (ocorridos em 2019).

É, precisamente, essa última ação da CEC que é reforçada a partir do presente artigo, a tratar de tema atual e importantíssimo ao desempenho institucional do Ministério Público: o acordo de leniência.

3 A PREVISÃO LEGAL DO ACORDO DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência é uma espécie de colaboração premiada para empresas. Nesse ínterim, as companhias se comprometeriam a revelar fatos ilícitos apurados nas investigações internas relacionadas a ilicitudes praticadas no

Originado no Ministério Público da Paraíba, o “HackFest” passou a ocorrer em diversas outras Unidades da Federação (Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Amapá e Rio Grande do Norte) e teve lugar, inclusive, na Universidade do Norte da Colômbia).

âmbito empresarial ou de pessoas jurídicas envolvidas com atos de corrupção considerados lesivos à Administração Pública nacional ou estrangeira.

A avença permite que as empresas continuem suas atividades – inclusive participando de contratos com o poder público – no intuito de proporcionar os valores necessários à reparação dos atos ilícitos praticados. O pacto também estabelece mecanismos destinados a assegurar a adequação e a efetividade das práticas de integridade das empresas, à medida que previne a ocorrência de novas irregularidades e destaca-se, em grau prioritário, a ética e a transparência na condução de seus negócios.

Conquanto o artigo 16 da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa) não tenha expressamente conferido poderes ao MP para firmar acordo de leniência, a referida atribuição decorre dos poderes conferidos pela própria Constituição Federal e leis de regência.

O art. 129, IX, da Lei Maior expressamente trouxe a previsão de competência constitucional para que o Ministério Público exerça “outras funções”, desde que tenham pertinência temática com as suas finalidades institucionais. Com efeito, o MP é o Órgão responsável pela fiscalização da correta aplicação

da lei e do combate efetivo à corrupção e formas de burla ao sistema legal e normativo.

Nesse sentido, o acordo de leniência tem por finalidades identificar os demais envolvidos na infração, a fim de serem obtidos – de forma célere e eficaz – informações e documentos comprobatórios da ilicitude, ao passo que se proporciona o adiantamento da reparação do dano. Nesse contexto, exsurge a respectiva atribuição do *Parquet* para firmar os compromissos contidos no pacto de leniência.

4 A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

A teoria dos poderes implícitos pode ser explicada, em linhas gerais, pelo famigerado adágio “quem pode o mais, pode o menos”. Assim, se o Ministério Público detém ampla atribuição para determinada ação (exemplo: propor a ação penal), possuirá – como decorrência lógica – a atribuição para realizar investigações tendentes a colher provas necessárias ao processo criminal (realização de investigações criminais, de acordo com o procedimento previsto e regulado pela Resolução n.º 13/2006 do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público).

No mesmo sentido, a teoria dos poderes implícitos fundamenta que a Constituição Federal, ao outorgar atribuições a determinado órgão, confere-lhe, implicitamente, os poderes necessários para a sua execução. Desse modo, não seria lógico conferir competência ao Tribunal de Contas para julgar as contas dos administradores públicos – verificando a legalidade e economicidade dos gestores ou responsáveis pelo emprego dos recursos públicos (artigo 71 da Constituição Federal) – e não permitir a adoção de medidas acautelatórias (poder geral de cautela), visando suspender ilegalidades com potencial lesivo ao erário.

Em suma, a indigitada teoria aduz que, em decorrência de a Constituição atribuir uma competência expressa a determinado órgão, conferiria, na forma de poderes implícitos, ao respectivo órgão estatal os meios necessários à integral realização de tais fins que lhe foram outorgados, ficando sujeitos às proibições e limitações estruturais da Constituição Federal. Como exemplo, tem-se que a Constituição Federal atribuiu ao Tribunal de Contas da União (TCU), em seu artigo 71, diversas competências. Assim, o TCU disporia de poderes implícitos para imprimir efetivo cumprimento às suas funções institucionais expressamente previstas pela CF/88.

Nesse sentido, colaciona-se a seguinte ementa de decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RJ PARA DETERMINAR A PRESENTE MEDIDA CAUTELAR. Quando a Corte de Contas se vale do poder geral de cautela, isso não implica substituição da função jurisdicional. Constitui-se, em verdade, no instrumento que se destina a conferir eficácia final às manifestações estatais e encontra-se em consonância com a própria razão *de* existir daquele órgão, a fim *de* zelar pelos interesses do Erário estadual. O STF já reconheceu a atribuição de *poderes explícitos e implícitos ao Tribunal de Contas* para legitimar a incumbência *de* índole cautelar que permite à mesma Corte adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências estabelecidas nos artigos 33, § 2º, 70, 71, 72, § 1º, 74, § 2º, e 161, parágrafo único, todos da Constituição Federal de 1988. (MS 24.510/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 19/11/2003; Ministro Luiz Fux MS 30.924; MS 33.092, Rel.: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Processo eletrônico DJE-160, publicado 17/8/2015; MS 25.481-AgR/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Data de julgamento 4/10/2011). O STF, em caso similar, entendeu que os Tribunais de Contas têm atribuição para determinar a retenção *de* valores, cautelarmente, como no julgamento do MS 30.924, Rel. Min. Luiz Fux, data *de* julgamento 20/10/2011. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. O art. 75 da CF/1988 determina explicitamente que o mesmo formato do TCU também deve ser

aplicado, no que couber, aos *Tribunais de Contas* no âmbito estadual e no municipal [...]³.

Além disso, outros precedentes na jurisprudência pátria respaldam as decisões emanadas da teoria em tela, destacando-se o da Ministra Relatora Ellen Gracie, *in verbis*:

[...] se ao CNJ foi concedida a faculdade de avocar processos disciplinares em curso, fase seguinte à sindicância administrativa e mais completa, nada o impede de obstar o processamento de uma sindicância, que é mero procedimento preparatório [...]⁴.

Na mesma direção, em outra oportunidade, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

[...] é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia [...]⁵.

³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), *RMS 59078/RJ*, 2ª Turma, Rel. Herman Benjamin, DJe 18/10/2019.

⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *MS 29925/DF*, 2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, 13/10/2010.

⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *RE 441004/PR*, Rel. Joaquim Barbosa, 17/12/2009.

Com efeito, se o MP é o detentor exclusivo da promoção da ação penal segundo a constituição (atividade-fim), implicitamente teria poderes para a respectiva investigação criminal (meios para se chegar à atividade-fim). Referido entendimento também foi defendido pelo Ministro Marco Aurélio no RE 593727 e pela Ministra Ellen Gracie no RE 535478.

O tema voltou ao debate com a proposta de emenda constitucional número 37, a popularmente chamada “PEC da impunidade”, na qual o poder investigatório seria retirado do MP e ficaria a cargo somente da polícia federal e civil, nos termos do artigo 144 da Constituição Federal, a qual, porém, não foi objeto de aprovação pelo Parlamento.

De outra parte, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal outorga os fins, confere os meios para atingir o desiderato. Nesse sentido, se a atividade-fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* privativamente, não se cogita em não lhe oportunizar a colheita de provas para tanto, porquanto o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia⁶.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), RE 441004/PR, 2ª Turma, Rel. Joaquim Barbosa, 19/12/2009.

O entendimento doutrinário reforça a tese ora defendida. Nesse ponto, conforme lições de Alexandre de Moraes, “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceda”⁷.

Vale salientar que, se cabe ao MP propor ações penais para combater crimes contra a ordem econômica, e que envolvam atos de corrupção passiva, fraudes em licitações e ações civis públicas (artigo 129, III, da Carta Magna), decorre, pela teoria dos poderes implícitos, sua atribuição para conduzir investigações em inquéritos civis ou procedimentos criminais, que tenham por objetivo investigar, reprimir, e reparar condutas lesivas ao interesse público, e que decorram de suas atribuições legais previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei n.º 8.625/93; e na Lei Complementar 75/93 (estatuto do Ministério Público da União), incluindo, ainda, a competência administrativa para firmar os acordos de leniências necessários à proteção do respectivo bem jurídico que lhe foi conferido pela Lei Maior.

Nesse sentido, é o que consta da Nota Técnica nº 02/2020 oriunda da 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (5ª

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. 2007. São Paulo: Saraiva, p. 10.

CCR), ao analisar o Acordo de Cooperação Técnica subscrito pela AGU, CGU, TCU e MJSP, em 06.08.2020, com a participação do STF, em matéria de combate à corrupção no Brasil, sobretudo em relação aos Acordos de Leniência da Lei nº 12.846/2013:

[...] qualquer “ação sistêmica” ou “ação operacional”, no marco de uma cooperação interinstitucional no contexto de acordos de leniência, não podem ser estabelecidas de encontro à legitimidade do MPF para a proteção da probidade administrativa e proteção do patrimônio público e social, como disposto no artigo 129, inciso III e artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal. Sendo Instituição essencial ao funcionamento e à efetividade do enfrentamento à corrupção, mesmo que o legislador não tenha expressamente contemplado sua referência no artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, o MPF não pode ser alijado do acordo de leniência [...] ⁸.

Sob outro prisma, porém, deve-se afastar a invocação de “poderes implícitos”, de “poderes resultantes” ou de “poderes inerentes” como formas autônomas de competência, sendo admissível uma complementação de competências constitucionais, por intermédio da aplicação de

⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL(MPF). *Nota técnica 02/2020 – 5ª* CCR. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020.

instrumentos doutrinários de interpretação (sobretudo de interpretação sistemática ou teleológica). Por esta via, resulta-se em duas hipóteses de competência complementares implícitas, conforme preleciona a abalizada doutrina:

(1) competências implícitas complementares, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão);

(2) competências implícitas complementares, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica de preceitos constitucionais.⁹

Nota-se, portanto, que o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes. Por isso, afigura-se incorreta e contrária à jurisprudência pacífica a afirmação segundo a qual a competência do STF deve ser interpretada de forma restritiva¹⁰.

⁹ CANOTILHO J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. ed., Coimbra: Almedina. 2003, p. 543.

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Petição 3433/DF*.

5 PREVISÃO LEGAL PARA A PROPOSITURA DO PACTO DE LENIÊNCIA PELO MP

No plano da legalidade, destaque-se o teor do artigo 6º, da Lei Complementar 75/93, XIV, o qual atribui ao Ministério Público a missão de promover “outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, especialmente quanto:

- a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas;
 - b) à ordem econômica e financeira;
 - c) à ordem social;
 - d) ao patrimônio cultural brasileiro;
 - e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação;
 - f) à probidade administrativa;
 - g) ao meio ambiente;
- (grifos nossos)

As “ações” aqui compreendidas devem ser interpretadas em seu sentido amplo, a fim de abranger não só as ações judiciais, mas também as medidas necessárias para instrumentalizar e embasar os processos que serão movidos pelo *Parquet*, como guardião do interesse público e fiscal da correta aplicação da Lei, com fundamento, inclusive, na teoria dos poderes implícitos.

Demais disso, decorre do texto Constitucional, mais precisamente do art. 129, IX, da Lei Maior, a atribuição ao MP para “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”, ou seja, atribui expressamente o *munus* de exercer funções que atendam ao interesse público decorrente de sua missão constitucional.

Não obstante, o pacto de leniência – a fim de conferir segurança jurídica às partes signatárias e evitar futuros questionamentos acerca de sua extensão e validade – deve ser firmado pelo Ministério Público, conjuntamente com os órgãos do Poder Público, que tenham pertinência temática com os fatos (v.g, CGU, TCU, CADE, CVM, BACEN, dentre outros).

Referida providência, além de atender aos imperativos de segurança jurídica, responde aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública – como a eficiência, legalidade, e a supremacia do interesse público – conferindo ampla legitimidade e qualidade técnica ao aludido instrumento legal.

6 CONCLUSÃO

A Comissão de Enfrentamento da Corrupção do Conselho Nacional do Ministério Público apresenta-se como órgão inserido no esforço das esferas pública e privada de combater a corrupção nas vertentes da prevenção, do controle e da repressão.

Encontra-se inserido no escopo da CEC o fomento a produções científicas que despertem o interesse em assuntos relativos ao enfrentamento da corrupção, a exemplo do acordo de leniência.

Diante do evidenciado, nota-se que o acordo de leniência deve ser firmado – preferencialmente – de forma conjunta, pelo Ministério Público e os demais Órgãos do Poder Público, a fim de que haja segurança jurídica e legitimidade na repressão aos atos ilícitos, em consonância com os princípios da eficiência e da prevalência do interesse público.

Contudo, ainda que firmado exclusivamente pelo MP, foi observado que não se pode alegar nulidade, ou ausência de atribuição legal ou constitucional, ante a teoria dos poderes implícitos, e da correta exegese oriunda do texto Constitucional (artigo 129, IX, da Lei Maior), assim como diante das cláusulas

gerais de atribuições ligadas à pertinência temática do *Parquet* previstas na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e na Lei Complementar n.º 75/93.

REFERÊNCIAS

BRUM, Francisco Valle. Reclamação no TRF: Competência Constitucional Implícita. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 17, n. 3117, 13 jan. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20847>>. Acesso em: 18 set. 2020.

CANOTILHO J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5. ed., Coimbra: Almedina. 2003.

COMISSÃO ESPECIAL DE ENFRENTAMENTO À CORRUPÇÃO. *Resolução nº 185/18*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-n-185-2018-Dispe-sobre-a-criacao-da-Comisso-Especial-de-Enfrentamento-Corrupo.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CNMP). *Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público*. Brasília, Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/46/>>. Acesso em: 19 set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. *Lei Complementar nº 75/93*. Brasília. Disponível em: <<https://www1.tce.pr.gov.br/multimidia/2012/3/pdf/00239413.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2020.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. 2007. São Paulo: Saraiva.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). *Nota Técnica 02/2020 - 5ª CCR*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NotaTecnicaAcordodeCooperacaoFinal.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *RMS 59078/RJ*, 2ª Turma, Rel. Herman Benjamin, DJe 18/10/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *MS 29925/DF*, 2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, 13/10/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *RE 441004/PR*, Rel. Joaquim Barbosa, 17/12/2009.

Silvio Roberto O. de Amorim Junior; Leandro Bastos Nunes

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *RE 441004/PR*, 2ª Turma, Rel. Joaquim Barbosa, 19/12/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Petição 3433/DF*.

CORRUPÇÃO, estamos falando do quê?

Edmar Jorge de Almeida

Subprocurador-Geral de Justiça Militar.

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão.

Membro do Observatório do Ministério Público Militar para o
Enfrentamento da Corrupção.

RESUMO: Este trabalho traça um cenário da corrupção como fenômeno humano recorrente, desde a sua milenar origem irradia seus efeitos sobre indivíduos e instituições, comprometendo os valores e direitos fundamentais da pessoa humana. Procura identificar sua natureza e características no esforço prospectivo de teóricos contemporâneos, para delimitar o campo conceitual de incidência. A literatura estudada reflete a enorme dificuldade de combater a conduta, exigindo abordagem multidisciplinar. Revela que ninguém há que poderá se

considerar invulnerável ao contágio virulento, nem instituição alguma que esteja infensa aos seus nefastos efeitos. Ao fim, a constatação de que se trata de uma ameaça às Democracias e aos direitos fundamentais da pessoa humana, dever do Estado em combatê-la, direito e responsabilidade de todos em concorrer para a sua erradicação.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Conceito. Origem e efeitos. Instituições públicas e privadas. Invulnerabilidade.

ENGLISH

ABSTRACT: This work traces a scenario of corruption as a recurring human phenomenon, since its millenary origin radiates its effects on individuals and institutions, compromising the fundamental values and rights of the individual. It seeks to identify its nature and characteristics in the prospective effort of contemporary theorists, to delimit the conceptual field of incidence. The studied literature reflects the enormous difficulty in combating conduct, requiring a multidisciplinary approach. It reveals that there is no one who can consider himself invulnerable to virulent contagion, nor any institution that is

vulnerable to its harmful effects. In the end, the realization that this is a threat to Democracies and to the fundamental rights of the individual, the State's duty to fight it, everyone's right and responsibility to contribute to its eradication.

KEYWORDS: Corruption. Concept. Origin and Effects. Public and Private Institutions. Invulnerability.

SUMÁRIO

1 Introdução: corrupção, tão antiga quanto o ser humano – 2 Desenvolvimento – 2.1 Corrupção, um fenômeno inextrincável – 2.2 Política, economia e corrupção – 2.3 A invulnerabilidade à corrupção – 3 Conclusão.

I INTRODUÇÃO: CORRUPÇÃO, TÃO ANTIGA QUANTO O SER HUMANO

O presente trabalho busca uma delimitação conceitual do fenômeno da corrupção levando em conta: – a origem, os registros mais remotos; as diferentes perspectivas sob as quais

pretenderam os estudiosos melhor defini-lo e os seus efeitos para os interesses, bens e valores humanos, de forma a melhor compreendê-lo e encontrar meios que reduzam a recorrente incidência.

Quase inextrincável, resiste às mais sofisticadas formas de abordagem, sejam quais forem os campos do conhecimento usados para a prospecção, histórico, político, econômico, psicossocial, cultural.

Por mais alentadas, profundas e amplas sejam as pesquisas sobre a origem, causa e efeitos do fenômeno da Corrupção, parece não ter fim o esforço prospectivo.

Muitos a identificam em disposições do denominado Código de Hamurabi, dezoito séculos antes da era cristã, erigido por Khammu-rabi, rei da Babilônia, inscrito num monólito, com 21 colunas e 282 normas. O mais antigo conteúdo normativo que se tem notícia, o Código de Urukagina, há vinte e quatro séculos antes de Cristo, na Suméria, atual Iraque, revela a preocupação em combater os desvios de conduta.¹

¹ Kramer, Samuel Noah. *La historia empieza em Sumer*. Ed. Orbis S.A., 1985, p. 51; En consecuencia, Ur-Nammu eliminó los falsarios y los prevaricadores o, como los designa el código, los «rapaces», que se apropiaban de los bueyes, los carneros y los asnos de los ciudadanos. Además estableció un conjunto de pesas y medidas honradas e invariables. Disponível em:

Há cerca de 2.300 anos atrás, na sociedade hindu (Índia), já existia uma normativa fazendo referência à corrupção, enumerando cerca de quarenta formas de fraudar o dinheiro público.²

O Antigo Testamento contém um grande número de disposições sobre a corrupção, em que pese com acepções muitas vezes diversas das que nos ocupamos, não obstante referirem comportamentos éticos e legais desviados dos bons costumes³. (Deuteronômio 16:19-20): “Não torcerás a justiça, nem farás acepção de pessoas. Não tomarás subornos, pois o suborno cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos.”

Poderíamos representá-la numa configuração mítica grega, esotérica, como a Hidra, monstro de mil cabeças, que traduz os desvios psicológicos que todos trazemos dentro de nós, num pântano mental profundo, composto por agregados psíquicos de nossas tendências ao erro, à fraude, à mentira.

<http://www.manuelosses.cl/VU/La%20Historia%20Empieza%20en%20Sumerr.%20Samuel%20Noah%20Kramer.pdf>.

² Klitgaard, Robert, *A Corrupção sob Controle*, Jorge Zahar Editor, 1994, p. 23.

³ Deuteronômio 16:19-20: “Não torcerás a justiça, nem farás acepção de pessoas. Não tomarás subornos, pois o suborno cega os olhos dos sábios, e perverte as palavras dos justos.”

Conteúdo atávico, permite entrever que a sua eliminação não seria possível a curto prazo, senão a redução progressiva aos níveis mínimos de ofensividade ao outro.

Presente em todos os tempos e lugares⁴, assume inquietante crescimento e propagação com a internacionalização das relações econômicas entre os países, com a expansão da cultura do consumo – que se corrompeu no consumismo – com a obsessão do lucro a qualquer preço, a formação de enormes conglomerados industriais e comerciais, fomentando a fragilização dos sistemas de controle estatais e a contaminação de instituições, mesmo aquelas que foram organizadas sob os mais rígidos sistemas legais, administrativos, disciplinares e éticos, de que são exemplos instituições religiosas e militares.

Ameaça aos valores fundamentais dos regimes democráticos, passou à pauta de organizações multilaterais com vistas à prevenção, ao controle e à repressão internacional, de que são exemplos a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais internacionais elaborada no âmbito da Organização para a

⁴ A origem de Abraão e o berço dos códigos mais antigos de leis: Urukagina (2350 a.C.) Ur-Nammu (2050 a.C.) Lipit-Ishtar (1870 a.C.) Eshnunna (1825-1787 a.C.) Hammurabi (1792-1760 a.C.). Disponível em: <http://keetsalmayim.com/wp-content/uploads/2016/01/Parashat-Mishpatim-5778-1.pdf>

Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.678/2000; Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 152/2002, com reserva para o art. XI, §1º, inciso “C”, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687/2006.

No Brasil, há décadas, acompanhando os movimentos das nações, vê-se uma progressiva preocupação em deter o processo de degradação dos bons costumes no trato com a coisa pública, da improbidade às fraudes em licitações, à lavagem de dinheiro, às organizações criminosas que se instalaram no poder, como nunca antes ocorrera, com a instituição da corrupção como estratégia de dominação e permanência no poder.

Sem a ilusória pretensão de esgotar o trabalho de identificação de um conceito exauriente para o fenômeno, aqui manter-nos-emos na busca de um conceito tão abrangente quanto suficiente para abarcar um conjunto de mecanismos

jurídicos, sob cujo pálio possam os órgãos de controle encontrar meios de minimizar os efeitos nefastos dessas práticas que atassalam o interesse público.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. Corrupção, um fenômeno inextrincável

Nas múltiplas veredas de reflexão e pesquisa de estudiosos expõem-se as dificuldades de delimitar o fenômeno da Corrupção, que se irradia como cultura nefasta a todas as áreas da convivência humana, política, jurídica, psicossocial, econômica, cultural.

Afetando ou destruindo os valores e direitos mais caros das sociedades, é a confiança o ponto axial de maior inflexão, tese sustentada por Rose-Ackerman ao postular, *Trust and a strong “civil Society” are taken to be synonymous*,⁵ confiança e honestidade constituem pilares de sustentação ética e cívica dos agrupamentos humanos.

⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Trust, Honesty and Corruption: Reflection on the State-Building Process*, p. 3; <http://papers.ssrn.com/abstract=283429>.

Em uma nova metodologia dos conceitos, Luiz Fernando Miranda⁶ procura esquadriñar as ações corruptas para delimitar um conceito com maior ressonância e utilidade, como também auxiliar na formulação de novas definições de crimes públicos.

O trabalho antes citado exhibe um inventário crítico dos conceitos de corrupção, apontando vantagens e limites, na busca de construir uma opção conceitual que proporcione plena abrangência e suficiência.

Grande parte da dificuldade, citando (Schilling-2007), repousa na circunstância de a Corrupção significar uma enorme quantidade de práticas, a ponto de concluir que para suplantar o óbice é preciso considerar que há *quase um conceito de corrupção para cada estudioso do assunto*, (MIRANDA, p. 238).

Citando V. O. Key (1936, p. 5-6), um dos primeiros a definir o fenômeno, a corrupção seria *o controle abusivo do poder e dos recursos do governo visando tirar proveito pessoal ou partidário. Tal proveito (...) pode ser na forma de poder ou controle dentro da organização política ou na forma de apoio político por parte dos indivíduos*. Para o cientista político,

⁶ MIRANDA, Luiz Fernando. Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos conceitos, *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 25. Brasília. Janeiro – abril de 2018, pp. 237-272; DOI: 10.1590/0103-335220182507.

restringir-se-ia à extrapolação das tarefas de funcionários, para lograr vantagem no domínio público. Esta visão influenciaria muitos outros autores.

Outra forma de compreender a Corrupção seria classificá-la em tipos, como o fizeram Heidenheimer (1970) e Gibbons (1990), que tipificaram em quatro espécies: – conceitos centrados no ofício público, no mercado, na ideia de bem público e, o último, com o foco na opinião pública, este proposto por Gibbons, ou seja, a corrupção teria dimensões bem definidas pela percepção da população em geral.

Para Norberto Bobbio, Nicola Mateuti e Gianfranco Pasquino:⁷

Assim se designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir de modo diversos dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa.

Cinge-se, portanto, aqui, ao comportamento ilegal do servidor público através do exercício do cargo ou função vinculados ao poder público.

Distingue três tipos da prática corruptiva: a peita ou uso da recompensa clandestina – suborno – para mudar o

⁷ Norberto Bobbio, Nicola Mateuti e Gianfranco Pasquino, in *Dicionário de Política*, Ed. UnB, 10. ed., p. 291.

comportamento do servidor; o nepotismo, que é a cessão de empregos ou contratos públicos baseados nas relações de parentela e não no mérito; e o peculato, o desvio ou apropriação de fundos públicos ao uso privado.

Importante distinção formulam para o esforço de delimitação do tema:

A corrupção é considerada em termos de legalidade e ilegalidade e não de moralidade e imoralidade; tem de levar em conta as diferenças que existem entre práticas sociais e normas legais e a diversidade de avaliação dos comportamentos que se revela no setor privado e no setor público.

Significando uma transação ou troca na qual um corrompe, e o outro se deixa corromper; não cometeria corrupção o diretor de uma empresa privada que chamasse seu filho para um posto de responsabilidade, ainda que não possuísse os requisitos de capacidade para ocupar o cargo ou a função.

Na tarefa de unificação dos conceitos de corrupção, através da nova metodologia dos conceitos, Miranda refere a definição de Joseph Nye, que ajudou a alavancar a escola *Public Office* como referência em métodos para o estudo da corrupção:

Corrupção é o comportamento que se desvia das obrigações formais de um cargo público em benefício de interesses pecuniários ou de status que diz respeito ao mundo privado (seja um interesse pessoal, de um núcleo familiar e/ou parentes próximos, ou de um pequeno grupo de interesse); ou que viole regras contra o exercício de certos tipos de influência que o mundo privado possa exercer. (NYE, 1967, p. 419)

Curiosa noção é captada pelo autor citado ao distinguir autores de primeira geração – antes da consolidação do tema da reforma do Estado, selado no Consenso de Washington, antes, portanto, das décadas de 1980 e 1990 – para os quais alguma corrupção seria necessária para fazer funcionar a ineficaz burocracia estatal, uma espécie de lubrificação da máquina estatal, “graxa”; ideia abandonada e condenada depois do Consenso de Washington, no qual a corrupção passa a ser encarada como “areia” da máquina estatal, ou seja, inimiga plena de um bom e regular regime democrático.

Em Klitgaard (1995) e Gingerich (2006), Miranda identifica uma nova visão para encarar o fenômeno, no qual se entrevê a finalidade estritamente política para a corrupção.

A corrupção é o uso indevido das esferas oficiais para a obtenção de resultados não oficiais, para vantagens pessoais ou benefício de uma empresa ou partido político (KLITGAARD, 1995, p.252).

Esta ocorreria tanto em organizações públicas quanto privadas, com ações ou omissões, internamente ou para envolver os clientes, admitindo gradações, diferindo quanto ao alcance e danos sociais.

Analisando os conceitos expostos, cita um outro problema na unificação dos conceitos, mediante uma nova metodologia, de forma a suprir a utilidade empírica e teórico analítica, procurando obviar a dificuldade da fragmentação metodológica, que impediria a acumulação de conhecimento.

Assim:

Os conceitos das Ciências sociais esforçam-se, portanto, para atingir utilidade empírica e analítica. Três problemas, em particular, afligem o léxico das Ciências Sociais: homonimidade (múltiplos significados para o mesmo termo); sinonimidade (diferentes termos com o mesmo significado ou sobreposição de significados) e instabilidade (mudanças não previstas na sequência do processo). Com resultado disso, estudos do mesmo objeto parecem estar se referindo a objetos diferentes e estudos diferentes objetos parecem estar se referindo ao mesmo objeto. (MIRANDA, p. 250)

Seguindo a análise de Gerring (2001) para a formulação do conceito com plena abrangência e suficiência, submete-o aos oito critérios do autor: coerência, operacionalização, validade, utilidade de campo, ressonância, extensão contextual,

parcimônia e utilidade analítica, conclui com o seguinte enunciado:

Corrupção é o pagamento (financeiro ou não) para a obtenção, aceleração ou para que haja ausência de um serviço feito por um funcionário público ou privado. A motivação da corrupção pode ser pessoal ou política, tanto para quem corrompe quanto para quem é corrompido (MIRANDA, p.265).

Na mesma linha da característica multifacetada do fenômeno da corrupção, Márcia Noll Barbosa⁸ adota o significado mais difundido atualmente, como o de prática, conduta, ação corrupta:

Basta, de acordo com esse significado, um só ato corrupto para que se possa falar em corrupção. É o significado que permite empregar, por exemplo, as locuções corrupção generalizada ou níveis (alto/baixo) de corrupção, comumente utilizadas na literatura especializada, na imprensa e na sociedade em geral. (BARBOSA, 2003, P. 21)

⁸ BARBOSA, Márcia Noll, *O Combate à Corrupção no Mundo Contemporâneo e o Papel do Ministério Público no Brasil*, http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf

Nada obstante constituir opinião majoritariamente vigorante, adverte:

Não quer dizer que, nos limites de tal significado, não existam dissensões. Antes pelo contrário. Somente a compilação de ARNOLD J. HEIDENHEIMER, MICHAEL JOHNSTON e VICTOR T. LEVINE – Political corruption: a handbook –, uma publicação de mais de mil páginas com estudos de várias disciplinas, nos oferece uma diversidade de conceitos. (BARBOSA, 2003, P. 21)

Ante a impossibilidade da formulação de um conceito de corrupção no âmbito estritamente jurídico para abarcar o fenômeno, certamente mais amplo que infração administrativa, infração política ou infração penal, entende que não dispensaria os complementos das ciências sociais, propõe:

A corrupção pode ser definida como prática desconforme a uma função e ao dever posicional à luz do sistema normativo relevante, prática na qual se verifica a utilização da função e do poder que dela deriva em prol de interesses espúrios, assim considerados por não serem os interesses daqueles em favor de quem a função foi instituída, sendo que esses interesses espúrios se materializam em vantagens econômicas, podendo ser de outra natureza. (BARBOSA, 2003, p. 24)

Tendo como elementos do conceito: o sistema normativo relevante (podendo ser jurídico, corporativo, desportivo, religioso etc); – a função (que implica poder e dever); – a conduta infracional (violação do sistema normativo) e; – a vantagem particular, de natureza econômica ou não (para si, para outrem ou para um partido político) é capaz de abarcar toda uma variedade de condutas tipificadas pelo direito penal: – corrupção ativa e passiva; – concussão; – prevaricação; – peculato; – advocacia administrativa; bem como infrações administrativas, disciplinares, a improbidade administrativa e o enriquecimento ilícito, abrangendo, ainda, a lavagem de dinheiro e a evasão de divisas, como condutas acessórias.

À busca de uma perspectiva teórica, que proporcione um modelo de análise ampla de causas relevantes para a corrupção em diferentes sociedades, países, regiões, localidades ou mesmo organizações, levando em conta peculiaridades políticas, sociais, econômicas e culturais, na pesquisa das causas da corrupção na administração pública brasileira, Temístocles Murilo Oliveira, Frederico José Lustosa e Arnaldo Paulo Mendes⁹ encontraram

⁹ OLIVEIRA JUNIOR, Temístocles Murilo; COSTA, Frederico José Lustosa da; MENDES, Arnaldo Paulo. *Revista Serviço Público*. Brasília 67 (Especial) 111-1382016; <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/881>
(A pesquisa sobre corrupção, utilizando a teoria da ação de Bourdieu, deve se concentrar nas categorias de percepção e experiência vivida (...) de

na teoria social de Bourdieu (2013, p. 90), a partir do conceito de *habitus*, o referencial teórico apto a produzir explicações e a formulação de políticas públicas anticorrupção:

The research on corruption using Bourdieu's theory of action should focus on the categories of perception and de lived experience (...) of corrupt officials. This can be called a disposition analysis, in which the habitus of the corrupt official is analyzed. (Graaf, 2007, p. 72-73)

A partir do conceito de *habitus* é possível encontrar as razões que distinguem os casos concretos, em áreas governamentais distintas, os órgãos e carreiras mais susceptíveis, a estrutura e a lógica dos esquemas de corrupção, bem como a sua persistência, em que pese serem proibidos pelos ordenamentos jurídicos das democracias em geral.

Acentuam:

Produto da história, o *habitus* produz práticas, individuais e coletivas, portanto, da história, conforme esquemas engendrados pela história; ele garante a presença ativa das experiências passadas que, depositadas em cada organismo sob a forma de esquemas de percepção, pensamento e ação, tendem, de forma mais

funcionários corruptos. Isso pode ser chamado de análise de disposição, na qual o habitus do funcionário corrupto é analisado.)

segura que todas as regras formais e que todas as normas explícitas, a garantir a conformidade das práticas e sua constância ao longo do tempo (Bourdieu, 2013, p.90)

O conceito de *habitus* seria o elo de mediação entre a estrutura social (macro e meso) e a ação individual (micro), estabelecendo um vínculo entre o global e o local.

A prática da corrupção ocorre quando se combina um conjunto necessário de fatores macro, meso e micro, o sistema de disposições (que seria o próprio *habitus*). Essas disposições não excluem o comportamento e os valores sociais e culturais dos indivíduos, visto que há fatores sociais que funcionam por meio deles (Graaf, 2007).

Esse modelo de compreensão é próprio da perspectiva epistemológica do estruturalismo construtivista, orientando-se pela ideia de que:

(...) existem, no próprio mundo social e não apenas nos sistemas simbólicos – linguagem e mito etc – estruturas objetivas, independentes da consciência e da vontade dos agentes, as quais são capazes de orientar ou coagir suas práticas e representações (...), sendo que há, de um lado, uma gênese social dos esquemas de percepção, pensamento e ação que são constitutivos do que chamo de *habitus* e, de outro, as estruturas

sociais, em particular o que chamo de campos e grupos (...) (Bourdieu, 1987, p. 149).

Advertem os autores antes citados que, no conjunto de fontes da pesquisa bibliográfica estudada, não encontraram nenhuma referência sobre a aplicação da teoria de Bourdieu para análise de casos práticos, não tendo sido obtidas, portanto, informações sólidas sobre a verificação empírica de sua validade, aplicabilidade e abrangência.

Nada obstante, sustentam que essa perspectiva teórica de Bourdieu parece alcançar as questões tidas como fundamentais para a compreensão da corrupção no Brasil, levando em conta as peculiaridades culturais, políticas, sociais e econômicas, alcançando todos os níveis relacionados às causas da corrupção.

Como se vê, linhas atrás, o fenômeno da corrupção reclama abordagem multidisciplinar, envolvendo diversos ramos da ciência e da cultura humana, com reflexos para a política, a economia, para o ordenamento jurídico, às esferas psicossociais, em quase todas as áreas da convivência humana.

2.2. Política, economia e corrupção

Algo está mal!

Com essa sensação, há momentos na história que a percepção coletiva exige mudanças: – 1848, 24 de fevereiro, manifesto comunista, início do Materialismo Dialético e Histórico; 1848, 31 março, os fenômenos de Hydesville, início do Moderno Espiritualismo Ocidental, com as irmãs Katherine “Kate” Fox (1837-1892), Leah Fox (1814-1890) e Margaret “Maggie” Fox (1833-1893), marcos de uma defrontação de ideias que parece não se exaurir, não importa o tempo, o lugar, a cultura.

Não por acaso, eclodindo na mesma época, como exigência de transformações políticas, econômicas e sociais, a força desses princípios permanece mobilizando mentes e corações, na busca da satisfação do anseio supremo da pessoa humana – a felicidade.

Em o prefácio da obra, Joseph E. Stiglitz, em “O Preço da Desigualdade”¹⁰, a partir de uma análise econômica, em sua

¹⁰ Stiglitz, Joseph E. em “The Price of inequality”, *O Preço da Desigualdade*, Ed. Bertrand Editora, Lisboa, 1. ed., setembro, 2013.

(Experiência reconhecida. Joseph E. Stiglitz é economista, professor universitário e autor do bestseller, *O Preço da Desigualdade*. Foi presidente

tese de doutorado no MIT – Massachusetts Institute of Technology – descreve os problemas da desigualdade para a macroeconomia, sobretudo para o crescimento, nos quais a corrupção é o ovo da serpente, origem de todos os males, diríamos nós, parafraseando a metáfora de William Shakespeare.

Mesmo nas democracias mais sólidas de países desenvolvidos, como os Estados Unidos da América do Norte, um círculo vicioso persistente engendra e reforça a desigualdade.

A desigualdade é causa e consequência do falhanço do sistema político e contribui para a instabilidade do nosso sistema económico, que por sua vez contribui para uma maior desigualdade. (STLIGLITZ, 2013, p. 35)

As falhas na política e na economia estão relacionadas, e reforçam-se uma à outra. Um sistema político que amplifica a voz dos mais ricos dá azo a que leis e regulamentações – e a gestão das mesmas – sejam desenhadas de maneira que não só falham em proteger os cidadãos comuns contra os ricos, como também enriquecem ainda mais os ricos a expensas do resto da sociedade.

Isto nos leva a uma das teses centrais deste livro: embora possa haver forças económicas

do Conselho Económico da Administração Clinton e economista-chefe e vice-presidente do Banco Mundial. Recebeu o Prémio Nobel da Economia em 2001 e, em 2007, o Prémio Nobel da Paz; pp. 13-14).

subjacentes em jogo, a política moldou o mercado, e moldou-o a dar vantagem aos do topo em prejuízo do resto da sociedade. (STIGLITZ, 2013, P. 44).

A crescente e progressiva desigualdade é reforçada pela relação perversa entre a política e a economia, que acabam por moldar as forças sociais, os costumes, as instituições, que, por sua vez, robustecem a gradual desigualdade.

Há os que insistem na ideia – e são muitos, segundo Stiglitz – de que a desigualdade gera mais crescimento, na medida em que dar mais dinheiro aos que estão no topo acaba por beneficiar a todos, a denominada “economia trickle-down” - também identificada como a política da inveja – que, pela sua longa permanência demonstra exatamente o contrário, estando hoje desacreditada, como se constata nos EEUU, onde a riqueza que vai para o topo somente se dá às expensas dos de baixo.

Há um novo e complexo estilo de corrupção no mundo que moldam as ações políticas, engendram leis e limitam as ações governamentais. Os exemplos dos EEUU e da Rússia, citados por Stiglitz, revelam a extensão do problema, idêntico, em muitos aspectos, com o Brasil:

Nos Estados Unidos a venalidade opera a um nível mais elevado. Não são os juízes que são

comprados, mas sim as próprias leis, através de contribuições a campanhas e atividades lobistas, no que veio a ser chamado de “corrupção ao estilo norte-americano”. Nalguns estados, juízes são eleitos, e nesses estados existe uma ligação ainda mais estreita entre o dinheiro e a “justiça”. Os interesses do capital usam as contribuições a campanhas para conquistar os juízes solidários com as suas causas. (STIGLITZ, 2013, p. 283)

O que esperar de um país – como o nosso – no qual parte importante dos governantes, dos políticos e dos juízes – e até dos órgãos de controle – estão envolvidos no processo que mantém e reforça um sistema iníquo, que induz à corrupção, pela omissão sistemática? No qual alguns – não sendo omissos, ao revés, aderiram às práticas corruptivas – perderam até o decoro e a autoestima, a ponto de aderirem à corrupção institucionalizada e exibirem poder e riqueza incompatível com os seus subsídios, sem cerimônia ou apreço pela própria dignidade?

A exibição caricata de soberba e a insensibilidade de alguns beiram à psicopatia, como, aliás, já detectaram os neurocientistas de vários centros de estudo no mundo, ao proclamarem que os cérebros dos corruptos – à medida que a conduta é reiterada e permanece impune – identifica-se com os

cérebros dos psicopatas, com afetação, inclusive, da estrutura e da funcionalidade de certas áreas, como a amígdala.

O cérebro se adapta à desonestidade, diz o pesquisador, citando um artigo publicado em outubro de 2016 na revista Nature Neuroscience. O trabalho da Universidade College London (UCL) e da Universidade de Duke identificou alterações na amígdala, estrutura cerebral associada ao medo e à resposta de fuga/luta, à medida que os atos desleais vão sendo repetidos.¹¹

Nalguns poderíamos tolerar o benefício da dúvida, pelo “*habitus*” que os condiciona a percepção, as escolhas e as ações, como com acuidade adverte Stiglitz:

A minha experiência governamental sugere que os que detêm posições de poder querem acreditar que estão a fazer o correto – que procuram o interesse público. Mas as suas crenças são, pelo menos, maleáveis o suficiente para que possam ser convencidos por “interesses especiais” de que o que desejam é do interesse público, quando na verdade é do seu próprio interesse acreditar nisso. (STIGLITZ, 2013, p.272).

¹¹ Schmidh, Pedro Antônio, Psiquiatra, pesquisador do Instituto do Cérebro da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Inser/PUC-RS. (Correio Braziliense, 1 jul 2018. Jornalista Paloma Oliveto).

Entretanto, é da experiência e conhecimento comuns que só há duas formas básicas de enriquecer: – criando e produzindo riqueza; – ou se apropriando da riqueza alheia! Como pensa o citado autor, a primeira forma sempre entrega algo à sociedade; a segunda, sempre retira, porque neste processo uma parte é destruída. (STIGLITZ, 2013, p. 93).

À ideia de levar vantagem em tudo, subjaz o desvio da compreensão – que pode tornar-se inconsciente – de que quando alguém leva vantagem, alguém sempre estará em desvantagem, sua felicidade, conquistada com a vantagem, estará sustentada pela infelicidade alheia.

Num sistema político fragilizado pela desigualdade econômica e de oportunidades, pululam a injustiça, a iniquidade, induzindo à polarização das forças políticas e sociais, ambiência na qual a corrupção encontra o caldo de cultura ideal para combinação nefasta de elementos de ordem psicológica, sociológica, política e cultural para a sua institucionalização.

O longo percurso da Humanidade, cheio de percalços e desvios, resultado da indiferença, da vaidade, do orgulho e do fator gerador principal, o egoísmo, alerta-nos sobre a necessidade de tardia reconstrução das opções de convivência solidária, livre e justa, como se viu no alentado esforço de

teóricos mencionados, a despertar-nos para o fato de que não há ninguém a salvo das perversas influências das condutas corruptas.

2.3. A invulnerabilidade à corrupção

A salvo ou invulneráveis à corrupção ninguém, nem instituição alguma, poderá entender-se ou estar. Mesmo aquelas cujos sistemas de controle e disciplina de comportamentos, erigidos sob os mais rigorosos critérios éticos, dos quais se exige até o sacrifício da própria vida – no cumprimento dos deveres legais, cívicos e funcionais – estiveram ou estão, tais como as Igrejas e as Forças Armadas.

Permaneceram durante décadas ou séculos sob a falsa aparência de invulnerabilidade que, ao contrário de fortalecê-las, mais fragilizou-as contra o temível vírus da corrupção. As Igrejas e as Forças Armadas são, ainda hoje, segundo instituições de pesquisa, tidas como as mais confiáveis e infensas aos desvios de conduta.

As primeiras parecem não atender de forma suficiente, como deveriam, aos apelos primários de alento, conforto moral e esperança.

Segundo Toynbee, as civilizações se desenvolvem nas linhas conceptuais de uma religião fundamental e entram em agonia quando se esvai o poder vital dessas religiões (HERCULANO PIRES, 1994, p.1)

Repetimos agora os ciclos agônicos do Oriente, da Grécia e Roma, de Israel, da Europa Medieval, a explosão pornográfica sobrepõe-se aos instintos vitais e aos controles sociais. E a agonia das religiões anuncia a morte da civilização tecnológica.¹²

Citando “Os Demônios de Loudun”, Aldous Huxley, oferece um quadro impactante das medidas eclesiásticas e das providências estatais, na Europa dos séculos XVI e XVII, com repercussões no século XVIII, para aliviar a pressão moral e religiosa do caldeirão social. Informa o autor:

¹² HERCULANO, José Herculano, *A Agonia das Religiões*, Ed. Paideia Ltda. São Paulo, 4. ed., 1994.

- <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/rede-parlamentar-nacional-de-direitos-humanos/pedofiliaefieis>;

- <https://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2019-08-24/mafia-da-batina-corrupcao-e-luxuria-imperam-em-igrejas-catolicas-do-brasil.html>;

- <https://oglobo.globo.com/mundo/conheca-os-escandalos-mais-recentes-na-igreja-em-varios-paises-3034050>

Os prelados franceses e alemães estavam acostumados a receber o *collagium* de todos os padres e informavam àqueles que não tinham concubinas que poderiam tê-las, se quisessem, mas que deveriam pagar para isso uma licença (...) O celibato forçado explodia de tal maneira que era conveniente regulamentá-lo, a fim de salvar-se pelo menos a aparência de santidade dos clérigos.

Uma rápida e superficial pesquisa nos meios de comunicação no mundo de hoje dá notícia do alarmante envolvimento das Igrejas de várias doutrinas e denominações religiosas, cristãs ou não, em desvios de conduta; dos abusos sexuais a vulneráveis à associação com políticos corruptos e suas atividades criminosas.

As segundas, as Forças Armadas, aos poucos vão sendo também afetadas pela corrupção, comprometendo a reputação que desfrutavam no meio social.

Acerbas críticas vêm atingindo as Forças Armadas no mundo, com relação à corrupção, com escândalos que não eram sequer admitidos há pouco tempo atrás, em razão do elevado conceito que construíram ao longo da história.

A falsa noção de que as forças armadas são inerentemente mais limpas é perigosa para a democracia na América Latina.

Os chilenos conheciam casos isolados de corrupção nas forças armadas, mas nada tão concreto e generalizado. Com o Milicogate, tínhamos todas as evidências para demonstrar o que estava acontecendo.

A investigação judicial que se seguiu envolveu mais de 40 oficiais, incluindo o comandante do exército de 2010 a 2014, o general Juan Miguel Fuente-Alba, acusado de acumular uma fortuna incompatível com seu salário. Na época, Fuente-Alba estava sob prisão domiciliar e seu sucessor, general Humberto Oviedo, na prisão, acusado de obstruir a justiça. O ex-chefe de finanças do exército, general Jozo Santic, foi condenado a 13 anos de prisão.¹³

A ação secreta dos EEUU no Afeganistão, induzindo e olvidando a corrupção é denunciada pelo Washington Post, ao revelar que os EUA inundaram o país com dinheiro, depois fecharam os olhos para a repercussão da iniciativa, por Craig Whitlock, 9 de dezembro de 2019, “Consumido pela Corrupção.”¹⁴

Nas Forças Armadas brasileiras são crescentes as denúncias envolvendo militares da ativa e, aos poucos, a imagem de inexpugnáveis à corrupção vai-se corroendo:

¹³ SIMON, Robert, Americas Quartely, O Mito duradouro do Militares “não-corruptos”. Política, Negócios e Cultura nas Américas, 11 dezembro 2019.

¹⁴ WHITLOCK, Craig, The Washington Post, Consumido pela Corrupção, 9 dezembro 2019.

Em 9 de abril, dois fuzileiros navais foram presos em São Paulo. Eles vinham da fronteira com o Paraguai e transportavam 30 quilos de pasta base de cocaína que seria entregue no centro.

Em março, a Polícia Civil desbaratou uma quadrilha de tráfico de armas que atuava no Distrito Federal. Entre os envolvidos, militares da ativa e da reserva do Exército e da Aeronáutica.

Em janeiro, um sargento foi pego pela Polícia Rodoviária Federal (PRF) com 19 fuzis AR-15 e AK-47, munições e R\$ 3 milhões em drogas ocultas num carro com placas falsas do Exército. Ele servia em Foz do Iguaçu e, envergando farda, seguia na Via Dutra para o Rio de Janeiro.

O Ministério Público Militar estima que as falcatruas que investiga somem quase R\$ 200 milhões. Há 59 denúncias envolvendo desvios acima de R\$ 100 mil. Entre 2010 e 2017, foram condenados 132 militares de todas as patentes (...)

O caso mais emblemático é o do Vice-Almirante Othon Pinheiro da Silva (...) Ex-Presidente da estatal Eletronuclear (...) teria recebido R\$ 4,5 milhões em propinas envolvendo obras da Angra 3. Othon foi condenado a 43 anos na Lava jato. (...)

O MPM denunciou, em junho, onze civis e militares por participação em um esquema que teria desviado R\$ 150 milhões em contratos entre o Departamento de Engenharia e Construção do Exército (DEC), o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte (DNIT) e órgãos de apoio.

Essa constatação derruba a falácia de que as Forças Armadas seriam a reserva moral brasileira.¹⁵

¹⁵ <https://istoe.com.br/larapios-de-farda/>

Com efeito, num cenário de transformações radicais que experimenta a Humanidade, os desafios são superlativos, no plano individual e institucional, coletivo, exigindo de todos e de cada um, redobrados esforços de vigilância e decidida atuação, na defesa dos valores fundamentais da convivência humana.

3 CONCLUSÃO

À guisa de uma conclusão preliminar, por primeiro, cabe-nos ao fim deste trabalho observar o cenário que envolve o País, onde a corrupção endêmica se tornou sistêmica e institucionalizada, na maior sucessão de escândalos já registrada no mundo, sublinhe-se, em toda a história da Humanidade. Lamentável destaque!

Em segundo plano, cogitar sobre as providências que podem ser implementadas visando reduzir e, se possível, neutralizar, alguns dos tentáculos desse monstro devorador da confiança e da esperança dos povos.

Se a pauta do combate à corrupção ocupou a agenda política, decidindo, inclusive, as recentes eleições, o resultado não foi só píffio, como decepcionante.

Aliás, quanto a isso, ninguém poderá iludir-se com soluções mágicas, a curto prazo, como parece ocupar as expectativas de um povo que adotou como opção política prioritária “o fim da corrupção”, cujo êxito não será para as nossas gerações, talvez nem para as próximas, porque o esperado “fim” não será possível acalantar.

Nos dois últimos anos, o Brasil caiu para o pior patamar da série histórica no IPC – Corruption Perception Index – com apenas 35 pontos em 100, índice produzido pela Transparência Internacional desde 1995.¹⁶ Cento e oitenta países são avaliados numa escala de 0 a 100, sendo considerados os mais corruptos os que detêm a menor pontuação.

A partir desse cenário, poderíamos, desde já, adotar como conclusiva a premissa *da impossibilidade de extinguir a corrupção*, pelo menos nos próximos anos, em especial, para um país tido como um dos mais corruptos do mundo.

Há um inegável esforço das nações nesse sentido, mudando radicalmente o eixo que admitia a impossibilidade de

16

https://transparenciainternacional.org.br/ipc/?utm_source=Ads&utm_medium=Google&utm_campaign=%C3%8Dndice%20de%20Percep%C3%A7%C3%A3o%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&utm_term=Ranking%20da%20Corrup%C3%A7%C3%A3o&gclid=Cj0KCQjwsuP5BRCoARIsAPtX_wFyu_Lj0dTmLfZ6mjpK4Q8D3Tuig6PfJFYFCGrI_iAUWXt1Gh9EQ78aAiweEALw_wcB;

não conviver com corruptos e até a ideia que um pouco de corrupção era necessário ao progresso humano. “Há mesmo ocasiões em que atos de corrupção podem melhorar a eficiência econômica ou organizacional”. (KLITGAARD, 1994, p.18)

Seja pelo seu tempo de permanência – milenar – seja pela sua repercussão às instituições; da família às igrejas, dos indivíduos, em atividades públicas ou privadas às instituições, como as Forças Armadas, para limitarmos-nos às mais infensas, em tese, à corrupção.

Há de ser enfrentada, portanto, simultaneamente, em três níveis, como sugerem Temístocles Murilo de Oliveira Junior, Frederico José Lustosa da Costa, Arnaldo Paulo Mendes, no plano individual, *micro*, no das instituições, *meso*, e no *macro*, na estrutura social.

Repetindo Stiglitz, *algo está mal!*

De acordo com o IBGE, Instituto de Geografia e Estatística, em 2018, havia 11,3 milhões de pessoas analfabetas com 15 ou mais de idade. População equivalente à maior cidade da América do Sul, São Paulo.¹⁷

Trinta e oito milhões de brasileiros são analfabetos funcionais, entre 15 e 64 anos, segundo o mesmo instituto, o que

¹⁷ <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2019-09/analfabetismo-resiste-no-brasil-e-no-mundo-do-seculo-21>

corresponde ao percentual aproximado de 25% da população politicamente ativa. Serão essas pessoas que escolherão seus representantes para Prefeitos e Vereadores dos Municípios brasileiros nas próximas eleições.

Algo há de mudar no Plano Nacional de Educação, que repete diretrizes, metas e estratégias para a política educacional deficiente há décadas, não raro contaminada de ideologias fracassadas, em que pese os elevadíssimos custos para o erário. Não tem sido a insuficiência de recursos, senão a gestão, o foco da ineficiência, em muitos casos pelas vias nefastas da corrupção.

A engenharia institucional de controle deve ser aprimorada em seus marcos legais de combate à corrupção, bem como a implantação de programas de integridade funcional e neutralização de agentes corruptos nos níveis das entidades federativas e da União.

Parece termos atingido o ápice da inquietação, pela ameaça à própria segurança individual e coletiva, tal como a descreve Abraham Maslow, na teoria da hierarquia das necessidades humanas.¹⁸

¹⁸ Abraham H. Maslow. (1987). *Motivation and personality* New York, (3rd ed.), p.93

Não só a Segurança Pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos os cidadãos, art. 144 da CF, mas a própria segurança nacional, de vez que a corrupção deve ser considerada hoje a maior ameaça à igualdade, à liberdade, à dignidade dos cidadãos, ao Estado Democrático de Direito, art. 1º, II, da Lei 7.170/83.

Nesse sentido, a causa de maior impacto da corrupção no país, certamente não seja a ação dos corruptos, que impunemente se locupletam dos escassos recursos públicos, mas a indiferença, a descrença e a omissão da maioria honesta, digna e laboriosa, que parece convencida da inutilidade de seus esforços em coibir ou reduzir o fenômeno.

À ideia de levar vantagem em tudo, deve-se contrapor a implicação inevitável de que alguém foi ou será prejudicado, lesado, que esta é uma atitude que corrompe os bons costumes.

Cabe por inteiro aqui o pensamento daquele que cultivava a ação pacífica, mas firme, contra os que atassalham a dignidade da maioria, com suas perversas ações de corrupção, de indiferença pelo outro, de exclusão. Resistência não violenta, mediante o amor ao próximo, profligava contra a ação dos maus, com toda sua inigualável energia:

*O que me preocupa não é o grito dos maus. É o silêncio dos bons.*¹⁹

Mater Luter King Junior.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Márcia Noll. *O Combate à Corrupção no Mundo Contemporâneo e o Papel do Ministério Público no Brasil*, http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/noticias-1/eventos/docs-monografias/monografia_3_lugar.pdf.

Conheça os escândalos mais recentes na igreja em vários países. *O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/mundo/conheca-os-escandalos-mais-recentes-na-igreja-em-varios-paises-3034050>. Acesso em: 25 ago. 2020.

COSTA, Gilberto. Analfabetismo resiste no Brasil e no mundo do século 21. *Agência Brasil*. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2019-09/analfabetismo-resiste-no-brasil-e-no-mundo-do-seculo-21>. Acesso em: 25 ago. 2020.

¹⁹

https://www.pensador.com/frases_marcantes_inspiradoras_martin_luther_king_jr/;

HERCULANO, José Herculano. *A Agonia das Religiões*. São Paulo: Ed. Paideia Ltda, 4. ed. 1994.

JÚNIOR, Temístocles Murilo Oliveira; COSTA, Frederico José Lustosa da; MENDES, Arnaldo Paulo. Perspectivas teóricas da corrupção no campo da administração pública brasileira: características, limites e alternativas. *Revista do Serviço Público*. V.67, 2016.Enap. Disponível em : <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/881>.

KLITGAARD, Robert. *A Corrupção sob Controle*, Jorge Zahar Editor, 1994, p. 23.

KRAMER, Samuel Noah. *La historia empieza em Sumer*. Ed. Orbis S.A., 1985, p. 51; En consecuencia, Ur-Nammu eliminó los falsarios y los prevaricadores o, como los designa el código, los «rapaces», que se apropiaban de los bueyes, los carneros y los asnos de los ciudadanos. Además estableció un conjunto de pesas y medidas honradas e invariables. Disponível em <http://www.manuelosses.cl/VU/La%20Historia%20Empieza%20en%20Sumer.%20Samuel%20Noah%20Kramer.pdf>.

MASLOW, Abraham H. (1987). *Motivation and personality* New York, (3rd ed.), p.93.

MIRANDA, Luiz Fernando, Unificando os conceitos de corrupção: uma abordagem através da nova metodologia dos

conceitos, *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 25. Brasília. Janeiro – abril de 2018, pp. 237-272; DOI: 10.1590/0103-335220182507.

NORBERTO Bobbio, Nicola Mateuti e Gianfranco Pasquino, in *Dicionário de Política*, Ed. UnB, 10. ed. p. 291:

OLIVEIRA JUNIOR, Temístocles Murilo, Frederico José Lustosa da Costa, Arnaldo Paulo Mendes, *Revista Serviço Público Brasília* 67 (Especial) 111-1382016;

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Trust, Honesty and Corruption: Reflection on the State-Building Process*, p. 3. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/abstract=283429>.

SCHMIDT, Pedro Antônio, Psiquiatra, pesquisador do Instituto do Cérebro da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - Inser/PUC-RS. (Correio Braziliense, 1 jul 2018. Jornalista Paloma Oliveto).

SIMON, Robert. *Americas Quartely*, O Mito duradouro do Militares “não-corruptos”. Política, Negócios e Cultura nas Américas, 11 dezembro 2019;

STIGLITZ, Joseph E. em “The Price of inequality”, *O Preço da Desigualdade*, Ed. Bertrand Editora, Lisboa, 1. ed., setembro 2013.

VARGAS, André. Larápios de farda. *Revista Istoé*. Disponível em: <https://istoe.com.br/larapios-de-farda/>.

WHITLOCK, Craig, *The Washington Post*, Consumido pela Corrupção, 9 dezembro 2019.

Corrupção

Carlos Frederico de Oliveira Pereira

Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Professor-Adjunto da Faculdade de Direito da UNB

RESUMO: Tal como aconteceu em outras instituições, a corrupção nas Forças Armadas passou por profunda alteração na forma de execução e magnitude do ataque ao patrimônio público. No primeiro aspecto, as fraudes demonstram esquemas sofisticados de burlar a lei de licitações e de encobrir os ativos desviados, como também se observa a ampliação do número de associados e aperfeiçoamento do planejamento para execução duradoura dessas ações criminosas. No segundo aspecto já se observa alguns casos do que se pode chamar de megafraude, pela extensão do dano causado ao patrimônio público. A legislação penal passou por inúmeras alterações após a Constituição de 1988, acompanhando a alteração da forma como a corrupção vem se apresentando, seja pela gradual complexidade com que vem se apresentando, ou pela

enormidade do prejuízo causado aos cofres públicos. No entanto, essa evolução da legislação não é uniforme, pois o endurecimento da legislação, inspirada pela política criminal repressiva, também vem acompanhado de medidas legais de desencarceramento, influenciada pela política criminal conciliadora. A jurisprudência segue a mesma tendência. A contradição observada, na verdade, vem amparada pela Constituição. O que não se admite é o cruzamento dos dois modelos de política criminal. O CPM e o CPPM, em vigor desde 1969, são absolutamente obsoletos para o enfrentamento do problema diante do grau de complexidade que existe hoje. A legislação penal e processual penal militar está completamente distante dos dois modelos de política criminal. Em boa hora o CPM passou por atualização com a edição da Lei 13.491/17, e o MPM vem inovando o combate à corrupção com a criação de órgãos internos de investigação e treinamento de pessoal para essa tarefa.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Forças Armadas. Megafraude. Lei 13.491/17. Política criminal. Ampliação de competência.

ENGLISH

TITLE: Corruption.

ABSTRACT: As in other institutions, corruption in the Armed Forces has undergone a profound change in the form of execution and the magnitude of the attack on public property. In the first aspect, as frauds demonstrate sophisticated schemes to circumvent the bidding law and cover up deviated assets, as can also be seen the expansion of the number of associates and the improvement of planning for the lasting execution of these criminal actions. In the second aspect, there are already some cases of what can be called mega fraud, due to the extent of the damage done to public property. Penal legislation underwent profound changes after the constitution of 1,988, following a change in the way corruption has been changing, either due to the gradual complexity with which it has been reformed, or the enormity of the damage to public money. However, this evolution of legislation is not uniform, as the tightening of legislation, inspired by repressive criminal policy, also comes with legal measures of extrication, influenced by conciliatory criminal policy. The jurisprudence follows the same trend. The contradiction observed, in fact, is supported by the Constitution.

What is not allowed is the intersection of the two models of criminal policy. The CPM (Military Penal Code) and CPPM (Military Criminal Procedure Code), in force since 1,969, are absolutely obsolete to face the problem given the degree of complexity that exists today. Military criminal penal and procedural legislation is completely distant from the two models of criminal policy. In good time, the CPM was updated with the enactment of Law 13.491 / 17 and the MPM has been innovating the fight against corruption with the creation of investigation procedures and training of personnel for this task.

KEYWORDS: Corruption. Armed Forces. Mega fraud. Law 13.491/17. Criminal policy. Expanded jurisdiction.

SUMÁRIO

1 Raízes do problema – 2 Reação legal – 3 Reação jurisprudencial – 4 Política criminal consensual e repressiva na Constituição – 4.1 O cruzamento dos dois sistemas – inconstitucionalidade – 5 O combate à corrupção na Justiça Militar da União – 5.1 A importância da Lei 13.491/17 – 6 Problemas interpretativos da Lei 13.491/17 – 7 A megafraude

perante a jurisprudência da Justiça Militar da União – 8 O acordo de não persecução – 9 Atuação do Ministério Público Militar no combate à corrupção – 10 Conclusão.

1 RAÍZES DO PROBLEMA

Sim, existe corrupção nas Forças Armadas. Existe corrupção em todos os âmbitos da administração pública brasileira. Não existe uma única instituição que esteja a salvo desta praga. É uma corrupção que se pode dizer sistêmica. A corrupção vem sendo severamente combatida pelo Judiciário, mas é certo que os agentes do ataque ao patrimônio público parecem não se intimidar.

Grande parte do problema deve-se a uma enorme tolerância social à corrupção, daí porque é sistêmica. Quem já não ouviu “rouba, mas faz”, “se estivesse lá faria o mesmo”. No conhecido caso Caixa de Pandora, por exemplo, a primeira reação das pessoas vendo políticos entrarem e saírem da sala de um assessor do governo do Distrito Federal recebendo dinheiro foi fazer piada. A tolerância com R\$ 1,00 no troco passado errado se transforma em milhões em dinheiro público desviado, em que todos saem perdendo. Mas é certo, também, que existem

muitos segmentos sociais se opondo veementemente à corrupção.

A atitude social de tolerância ou reação frente ao problema se reflete nas decisões políticas, legislativas, administrativas e judiciais, para o bem e para o mal. Observa-se, então, que, da mesma maneira, a reação da justiça penal e do legislador se divide entre punição e afrouxamento da repressão. Ou seja, a reação das instituições segue a reação social ao problema. É natural que seja assim, o Direito faz parte do mundo da cultura e reflete os valores sociais.

Do ponto de vista da atuação do poder judiciário, o remédio para a corrupção é a punição, criminal e cível, neste último caso com a imposição de multas e reparações financeiras. Sem dúvida, isso tem acontecido, mas somente as sentenças condenatórias penais e as proferidas nas ações de improbidade administrativa não serão suficientes se não vierem acompanhadas de uma mudança de mentalidade social, de intolerância à corrupção, de revogação da famosa “Lei de Gerson” e do “jeitinho”.

2 REAÇÃO LEGAL

É verdade que temos dado exemplo ao mundo em matéria de punição à corrupção, mas o “mecanismo”¹ tem reagido justamente porque ainda encontra espaço social de tolerância e prática de corrupção. E a reação vem amparada em um discurso de defesa de garantias individuais, como se a repressão à corrupção implicasse em restrição de direitos à semelhança do que acontece em ditaduras e pouco levando em consideração, a nosso aviso, os efeitos funestos sobre a sociedade, esta sim, vítima da ação criminosa.

Do ponto de vista da efetividade da aplicação da lei penal nesse tema, o que de fato vem sendo observado é que a punição à corrupção não é fácil. É certo que o legislador instituiu regras que municiam os órgãos de repressão penal no combate à corrupção, como, por exemplo, o condicionamento da progressão de regimes à reparação do dano nos crimes contra a administração pública, com a introdução do § 4º ao artigo 33 do Código Penal Brasileiro, pela Lei 10.762/2003; a revogação da prescrição retroativa pela pena *in concreto* entre a data do fato e

¹ Referência um seriado que ficou famoso em 2018 e que tratava da corrupção: <https://extra.globo.com/tv-e-lazer/jose-padilha-mostra-mecanismo-da-corrupcao-do-brasil-em-nova-serie-do-netflix-22511707.html>

do recebimento da denúncia pela Lei 12.234/2010; a edição da Lei 12.846/2013, que pune empresas corruptoras; a Lei de Organização Criminosa, Lei 12.850/2013, com seus inúmeros instrumentos de ação para desmantelamento de organizações voltadas à prática de corrupção e outros graves crimes; a alteração promovida ao artigo 116 do Código Penal Brasileiro pela Lei 13.964/19, criando uma cláusula de suspensão da prescrição na pendência de recursos aos tribunais superiores quando inadmissíveis; recentemente o Congresso Nacional está discutindo aumento de pena para os crimes que envolvem corrupção durante a pandemia.

Mas não faltam inovações na legislação penal, no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal, em sentido contrário. Isso acontece quando se instituem regras que dificultam ou mitigam excessivamente a punição, como, por exemplo, a prisão domiciliar humanitária², art. 317 do Código de Processo Penal e a prisão-albergue domiciliar, art. 117 da Lei de Execução Penal, a elasticidade com que já foi concedido o indulto³. O processo penal oferece uma enormidade de recursos, com 5 instâncias penais: o primeiro grau, os Tribunais de Justiça

² O quadro deficitário de saúde preexistente à prática delitativa não tem sido óbice à concessão do benefício.

³ Cfr: <https://g1.globo.com/politica/noticia/entenda-a-polemica-do-indulto-de-natal-editado-por-temer.ghtml>

ou Tribunais Regionais Federais, o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal e agora o Juiz de Garantias, verdadeira quinta instância penal, medida que foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, não estando ainda em vigor⁴. Além disso, temos o foro privilegiado, instituto totalmente antirrepublicano. Ou seja, se é certo que surgiram regras legais que endurecem a resposta penal contra a corrupção, não menos correto é que também tivemos inovações legislativas que dificultam a punição⁵.

⁴ Cfr:

<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1#:~:text=Ministro%20Luiz%20Fux%20suspende%20cria%C3%A7%C3%A3o%20de%20juiz%20das%20garantias%20por%20tempo%20indeterminado&text=O%20ministro%20Luiz%20Fux%2C%20vice.figura%20do%20juiz%20das%20garantias.>

⁵ Restrições à prisão preventiva desde a edição da Lei 12.403/2011, não podendo hoje mais ser decretada de ofício pelo juiz, tal como dispôs a Lei 13.964/2019, que também instituiu o Juiz de Garantias, acima referido, e acordo de não persecução penal. Esses dois institutos favorecem ainda mais a não punição dos corruptos, seja pela criação de mais uma instância penal ou porque abre mais uma hipótese de política criminal consensual que não deveria caber, pela sensação de impunidade que causa. O mesmo pacote “anticrime” inseriu a audiência de custódia no artigo 287 do CPP, antes positivado na resolução 213/15 do CNJ. Antes disso, talvez o melhor exemplo seja a promulgação da nova Lei de abuso de autoridade, Lei 13.868, de 05 de setembro de 2019, impossível não ver nesse diploma uma reação dos políticos às condenações na Operação Lava-Jato.

3 REAÇÃO JURISPRUDENCIAL

No plano jurisprudencial, seguindo a mesma tendência da via de mão dupla nesse tema, a jurisprudência muitas vezes sinaliza com maior efetividade no combate à corrupção, como quando o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo compartilhamento de dados entre órgãos de controle sem interferência judicial⁶, como a Unidade de Inteligência Financeira (antigo COAF); quando determinou que o pagamento da pena de multa condiciona a progressão de regimes; ou quando acertadamente decidiu que o acórdão confirmatório da condenação interrompe a prescrição⁷. No entanto, a jurisprudência na área penal registra um inacreditável apego ao individualismo no campo penal, que não tem parâmetro no mundo, de modo a privilegiar o réu em níveis realmente impressionantes em detrimento do interesse coletivo na punição.

⁶ <https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/supremo-decide-sobre-compartilhamento-de-dados-do-antigo-coaf-e-da-receita-sem-autorizacao-judicial.ghtml>

⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442274>

É bem verdade que isso não acontece só dentro da temática da corrupção. Direitos e garantias individuais dentro de uma interpretação formalista e individualista ao extremo anulam processos, condenações, como, também, penas são reduzidas, substituídas por prisão domiciliar e até penas em fase de execução penal são anuladas⁸. Ora, a toda evidência o direito penal e o direito processual penal para uma infração de menor potencial ofensivo não pode ser o mesmo para delitos graves. É aqui que reside o grande problema hoje. O legislador e o julgador não podem ignorar o direito penal e processual penal do inimigo⁹. Crimes que afetam gravemente o interesse coletivo demandam construção legislativa e interpretação diferentes de lesões jurídicas corriqueiras.

⁸ Um exemplo disso foi a anulação de uma sentença condenatória proferida no âmbito da Lava-Jato, considerando que o réu que participara de colaboração premiada deveria apresentar as suas alegações finais após tê-lo feito o réu contra quem ofereceu prova de prática delitiva. O artigo 534 do CPP não prevê isso, e o interesse social na repressão à corrupção viu-se prejudicado (Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 157.627, de relatoria do Ministro Edson Fachin, julgado em 27/08/2019).

⁹ Embora guarde relação indireta com o tema deste artigo, a regra que deve vigor, para perigosos marginais integrantes de organizações criminosas violentas, é a de responder o processo preso. É incompreensível decisões, até do STF, concedendo liberdade provisória aos envolvidos nesses graves crimes, que colocam em risco não apenas a segurança pública, mas também a segurança do próprio estado.

O cenário jurisprudencial dificulta a punição dessas graves lesões ao interesse coletivo. O princípio da presunção de inocência vai até a instância máxima – o Supremo Tribunal Federal – o que não acontece em nenhum lugar do mundo civilizado, e com ele o curso do lapso prescricional, só agora limitado com a bem-vinda decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu pela interrupção do prazo prescricional quando da prolação do acórdão confirmatório da condenação, como também pela alteração promovida ao artigo 116 do Código Penal Brasileiro pela Lei 13.964/19, situações já citadas. Quer dizer, em tese, todos os processos criminais brasileiros estão sujeitos ao pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, por mais absurdo que seja o argumento do recurso extraordinário ou especial, em que pese esses recursos não possuam efeito suspensivo e não se destinarem a rediscutir provas.

Questões menores, discussões típicas das instâncias ordinárias integram a pauta da Corte Suprema, que deveria se ater exclusivamente a temas constitucionais. Nesse cenário, a jurisprudência da Corte Suprema lidera o quadro de formalismo e individualismo máximos no campo do processo penal, chegando-se, por exemplo, a anular um processo por suspeição

do magistrado de primeiro grau como aconteceu recentemente em um rumoroso caso de megacorrupção, quando se esperava que isso fosse discutido exclusivamente nas instâncias ordinárias¹⁰.

Existe no nosso país o que se chama de laxismo penal, tendência a adoção de medidas despenalizadoras em nível legal e judicial, em que pese, contraditoriamente, a constatação do aumento exponencial da criminalidade. Por sua vez, esse afrouxamento da resposta penal, que não acontece apenas no que diz respeito à repressão a corrupção, vem acompanhado do ativismo judicial. Não se conhece nenhum outro lugar do mundo que possa fornecer exemplo parecido¹¹. Não se duvida da total

¹⁰ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/08/25/segunda-turma-do-stf-anula-condenacao-dada-por-sergio-moro-no-caso-banestado.ghtml>

¹¹ É verdade que existem decisões que caminham em sentido diverso, como a já referida acima sobre prescrição e, de extrema importância, a que considerou o pagamento da multa dentro do quadro de exigência de reparação para progressão de regime nos crimes contra a administração pública. No entanto, são muitas as situações em que o interesse coletivo na punição acaba sendo renegado a segundo plano. Muitas vezes tem-se a impressão de que a repressão penal se confunde com repressão política. Fora do tema corrupção, temos alguns casos, como a decisão de impedir a realização de operações policiais nas favelas no Rio de Janeiro, durante a pandemia. Com isso, a população desses lugares dominados ficou totalmente a mercê dos narcoditadores de bairro, sendo certo que os tiroteios continuaram, e até aumentaram, porém não contra a polícia, mas entre os criminosos. A sociedade, infelizmente, está descobrindo que “balas perdidas” não saem apenas das armas dos policiais. Essa decisão favoreceu enormemente o encravamento do crime organizado e pode ter gravíssimas repercussões até

ineficiência em aplicar-se pena privativa de liberdade a crimes com pena de curta duração, justificando-se evidentemente o sistema de penas alternativas. Acontece que, em face de uma ideia correta, expande-se a despenalização em nível legislativo e jurisprudencial para situações graves. O resultado é a aplicação de um direito penal de primeira velocidade para casos que seriam de direito penal do inimigo, aplicar postulados da política criminal consensual para, por exemplo, delitos socioeconômicos alcançados pela terceira velocidade do direito penal. Uma incongruência que gera sensação de impunidade.

4 POLÍTICA CRIMINAL CONSENSUAL E REPRESSIVA NA CONSTITUIÇÃO

Se bem observarmos a realidade, quanto mais andou a punição à corrupção, maiores favores foram concedidos pelo direito penal, seja pelo afrouxamento da lei penal repressiva ou pela jurisprudência. E isso não aconteceu apenas no campo dos delitos relacionados à corrupção, é bem verdade¹². Do ponto de

mesmo fora do Rio de Janeiro, pois são gangues que atuam em outros estados e até no plano internacional.

¹² Por exemplo, o saído, é um verdadeiro feriado no cumprimento da pena, a ampliação do indulto alcançando 80% da pena, embora questionado em sua constitucionalidade, prevaleceu o entendimento no STF de que a ampla

vista legislativo, a nova redação da parte geral do Código Penal, em 1984, introduziu o sistema de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, alguns anos depois ampliando o limite de pena para a concessão do benefício. O escândalo do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo veio a público em 1999 com a criação da CPI do Judiciário, porém, um ano antes o Ministério Público Federal já havia descoberto grande parte do desvio de dinheiro público. Coincidentemente, é editada a Lei 9.714/98 ampliando o sistema de substituição de pena.

Antes disso, em 1995, entra em vigor a Lei dos Juizados Especiais, com a instituição da política criminal consensual para crimes com pena até um ano, depois elevando o patamar para dois anos. Com o pacote “anticrime”, Lei 13.964, de 24 de

discricionariedade do Presidente nesse tema estava amparada no texto constitucional (<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/05/stf-julga-constitucional-indulto-de-temer-que-perdoou-condenados-por-corrupcao.shtml>). Na jurisprudência, então, os exemplos são inúmeros e diários: HC coletivo no STF para menores infratores com possibilidade para que possam ser transferidos para regime domiciliar (<https://extra.globo.com/noticias/brasil/stf-determina-fim-da-superlotacao-em-unidades-de-internacao-de-menores-infratores-de-todo-brasil-24601769.html>), HC coletivo no STF para presas grávidas e mães de crianças até 12 anos de idade (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=370152>); liberação, segundo o CNJ, de pelo menos 32.500 presos por Covid-19, ao invés de se buscarem medidas de contenção da pandemia no interior dos estabelecimentos penais (<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/12/coronavirus-cnj-diz-que-ao-menos-325-mil-presos-deixaram-cadeia-durante-pandemia.ghtml>)

dezembro de 2019, que até pelo título deveria ser uma lei penal mais dura com a criminalidade, foi aprovada a representação como condição da ação penal pública no crime de estelionato, criando mais um óbice à repressão penal, facilitando a vida do estelionatário, além do acordo de não persecução penal e o juizado de garantias. O que dizer da nova Lei de Abuso de Autoridade?

Então nós temos duas tomadas de posição antagônicas, pela legislação e pela jurisprudência. Nota-se a convivência de uma tendência mais repressiva e outra mais consensual, porém com maior predominância desta última, no nosso entendimento. Isso seria possível perante a Constituição?

Se bem observamos a Constituição, existem referências tanto a um direito penal mais repressivo, quanto a um direito penal que apregoe punição mais atenuada, ou mesmo despenalização. Políticas criminais repressiva e consensual convivem no texto constitucional. A mesma Constituição que no artigo 5º, inciso XLIII, determina ao legislador a criação de lei para tratar dos crimes hediondos, com suas graves consequências penais; estabelece no artigo 98, I, a determinação para que sejam criados juzizados especiais com competência para julgar infrações de menor potencial ofensivo; e, quando tratou

da individualização da pena, estabeleceu um sistema punitivo alternativo à prisão no artigo 5º, XLVI.

4.1 O cruzamento dos dois sistemas – inconstitucionalidade

Não existe aí qualquer contradição. Contradição é se tratar direito penal de terceira velocidade com regras e princípios que devem ser reservados às infrações penais de menor potencial ofensivo, é querer interpretar gravíssimos crimes praticados por organizações criminosas com o mesmo parâmetro que se analisa uma contravenção penal, ignorando a realidade do direito penal do inimigo¹³. Leis e decisões judiciais que trilham esse caminho são inspiradas por um individualismo extremo que não se vê em lugar nenhum do mundo, desconsiderando totalmente os seus efeitos contra a sociedade. Na prática só beneficiam o infrator. E o problema se coloca não

¹³ Absolutamente inaceitável a restrição ao uso de helicópteros nas ações policiais, ferramenta importantíssima no combate à criminalidade organizada violenta, cfr <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/08/18/stf-restringe-uso-de-helicopteros-em-operaes-policiais-no-rj.ghtml>. Pior ainda foi restringir as ações policiais durante a pandemia nos locais dominados pelos criminosos deixando a população dos locais dominados a mercê da lei do crime, criando uma verdadeira zona de exclusão à soberania do estado que, no final das contas, tem como único beneficiado o próprio crime organizado. A política de segurança pública é de competência dos governadores, eleitos que foram para administrar os estados-membros. Data vênica, tem-se clara ofensa ao princípio da separação dos poderes.

apenas no direito material, mas também no direito processual. Também é verdade que tratar infração leve com as consequências próprias para os crimes graves é igualmente atentatório ao texto constitucional.

5 O COMBATE À CORRUPÇÃO NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Vejam os como se posiciona hoje o combate à corrupção na Justiça Militar da União dentro do contexto aqui abordado, de coexistência entre política criminal repressiva e consensual. E aqui se deve partir do princípio de que as Forças Armadas não estão infensas à corrupção, particularmente à megacorrupção. A corrupção tem níveis diferenciados de ataque ao patrimônio público, impondo diferenciação também na resposta penal, mas que seja diretamente proporcional à lesão causada, a implicar em resposta penal mais orientada pela política criminal consensual, outras vezes, para a repressiva, que, neste ponto, até pouco tempo, a Justiça Militar estava legislativamente despreparada. Façamos primeiro uma análise do direito material.

A Justiça Militar (União, Estados e DF) aplica um código penal absolutamente defasado da realidade atual, vigente desde

1969, que, sabe-se lá por que, nunca enfrentou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. O Código Penal Militar está em vigor desde quase 20 anos antes da promulgação da Constituição de 1988, que, por sua vez, é incompatível em muitos aspectos com a Emenda nº 1 de 1969, sob cuja égide nasceu o Código Penal Militar.

O atual Código Penal Militar não cumpre com a determinação constitucional nem para mais, nem para menos, no que diz respeito à resposta penal, ou seja, nada prevê, por exemplo, sobre crimes hediondos, em compensação também não cumpre com a determinação de prever penas substitutivas ínsitas no artigo 5º, XLVI, da Constituição, ou de se adequar às infrações de menor potencial ofensivo. Não obstante, vem resistindo até hoje à realidade de uma criminalidade muito diferente da qual foi concebido, seja pela ausência de um conjunto de tipificações adequadas à realidade atual, ignorando o surgimento de novos bens jurídicos, seja pela mutação valorativa dos bens jurídicos que permanecem tutelados. Por exemplo, quando da sua entrada em vigor não existiam mulheres nas Forças Armadas e Auxiliares, e as atribuições das Forças Armadas em nível interno eram menores. A lei que regula as atividades subsidiárias das Forças Armadas é de 1999 (LC 97/99).

5.1 A importância da Lei 13.491/17

De fato, a Lei 13.491/17 permitiu uma atualização permanente da legislação penal militar, ao incorporar no conceito de crime impropriamente militar toda a legislação penal comum. Mas e quanto aos crimes do artigo 9º, I, do Código Penal Militar, onde estão alocados os crimes propriamente militares? Eles também necessitam de revisão. Sem falar que existem crimes com definição semelhante aos previstos na legislação penal comum, com tratamento inadequado ao mundo de hoje. Pense-se nos crimes contra a administração pública. A lei 13.491/17 para esses casos não resolve o problema, pois facilmente pode-se invocar o princípio da especialidade sobrepondo-se a uma norma da lei penal comum que lhe seja de definição semelhante, até porque as alterações introduzidas pela referida lei produziram efeito apenas no inciso II, do artigo 9º, do Código Penal Militar. Observe-se que o problema da legislação penal militar não se refere a questões de técnica legislativa, muito pelo contrário, é infinitamente superior à produção legislativa atual do direito penal comum, mas a questão se coloca em termos de atualização frente aos novos bens jurídicos e à mutação valorativa para os

que já existiam, inclusive, como dito, face ao artigo 9º, I, onde estão alocados os crimes propriamente militares.

Vejam os melhores exemplos no que diz respeito à corrupção. Do ponto de vista do Código Penal Militar, sem os efeitos decorrentes da vigência da Lei 13.491/17, como não existe sistema de substituição de pena, a resposta penal para a fraude em menor escala é a mesma para a megafraude, sem falar nas lacunas diante da realidade fenomênica. Os tipos relativos à fraude em licitações não alcançam, por exemplo, os pregões, até porque não existiam em 1969. O nível de inadaptação à realidade é tão absurdo que sequer existe previsão do crime de associação criminosa; não existem tipos específicos que possam alcançar as fraudes executadas através de invasão de sistemas de informática, como os dos artigos 154-A, 313-A e 313-B do Código Penal Brasileiro, sendo a punição, nesses casos, somente possível sobre o resultado, estando impossibilitada a antecipação da tutela penal sobre a conduta. Pense-se, por exemplo, que diante do Código Penal Militar, caso prevaleça a legislação penal militar sobre a comum em um determinado caso de fraude em licitações, o empresário fraudador já se vê livre da pesada multa prevista no artigo 99 da Lei 8.666/93. Ou seja, em uma fraude à licitação, se o caso for tratado dentro do Código Penal

Militar, o empresário fraudador já sai de plano beneficiado, se comparado com os crimes da Lei 8.666/93. Bem, o mesmo acontece se a Justiça Militar aplicar a referida lei e ignorar a pena de multa do seu artigo 99.

6 PROBLEMAS INTERPRETATIVOS DA LEI 13.491/17

A realidade impõe urgente mudança legislativa, que, de fato, aconteceu com a Lei 13.491/17, porém, agora alcançando as hipóteses do artigo 9º, I, do Código Penal Militar. Do ponto de vista jurisprudencial, é preocupante a interpretação em torno dos crimes militares por extensão. A pena de multa não está sendo aplicada para os crimes comuns que a preveem, como também, sob o argumento de especialidade que, *data vênia*, não existe para o artigo 9º, II, do Código Penal Militar, muitos crimes graves da lei penal comum, com similitude e até identidade de lesão jurídica com os do Código Penal Militar, estão tendo a aplicação abandonada em prol do tipo da legislação militar, com apenação mais leve, desconsiderando-se a regra de sucessão de leis no tempo. De que adianta a ampliação do conceito de crime militar dado pela Lei 13.491/17 se, na hora de julgar um tráfico de entorpecente em quartel,

aplica-se o artigo 290 do Código Penal Militar no lugar do artigo 33 c/c o artigo 40, III, da Lei de Drogas? Ou constar da denúncia que se trata de organização criminosa e não se enquadrar os fatos na lei pertinente? Em tese, é possível ignorar-se, por exemplo, a hediondez do latrocínio no Código Penal Brasileiro e aplicar-se o § 3º do artigo 242 do vetusto Código Penal Militar. Assim fazendo, de nada adiantou o esforço de atualização da legislação penal militar pela Lei 13.491/17.

7 A MEGAFRAUDE PERANTE A JURISPRUDÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Não se pode ignorar a realidade da megafraude no âmbito militar e o Código Penal Militar, sem as alterações da referida lei, não poderia ser instrumento adequado para repressão desse comportamento. Os casos de ataque ao patrimônio público sob a administração militar não são os mesmos de 30 anos atrás. Não são muitos os processos desse tipo, mas eles existem. Temos casos de enorme lesão aos cofres públicos como é o caso DEC-DNIT. Temos visto também a ampliação das ligações entre sujeitos ativos dos crimes contra o patrimônio público, com a participação de superiores e

inferiores em maior escala do que se via antes, com o envolvimento muito maior de agentes do que se via no passado, alcançando diversos níveis da cadeia hierárquica e ampliação do envolvimento de civis.

Os casos graves de corrupção que atingem o meio civil também podem ser observados hoje no meio militar e às vezes atingem ao mesmo tempo instituições civis e militares. Certamente ainda não com o mesmo nível de grandiloquência do ataque ao patrimônio público, como se vê, por exemplo, na Operação Lava-Jato. Contudo, a legislação penal e processual penal comum passou por mudanças que tendem a acompanhar o quadro agravado de corrupção, ainda que com as críticas acima, notadamente pela ampliação do direito penal consensual sobre casos que jamais deveriam comportar esses benefícios, através da legislação ou da jurisprudência.

Graças à Lei 13.491/17, passaram a também ser considerados crimes militares os tipos da Lei de Licitações; Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13), lavagem de dinheiro (Lei 9613/98); Lei dos Crimes Econômicos (Lei 8.137/90, formação de cartel contando com a participação de servidores públicos), sem falar nos diversos tipos penais do Código Penal Brasileiro que passaram por revisão, como falamos brevemente

sobre os tipos que alcançaram as fraudes através do sistema de informática.

Com isso, a lei em questão criou uma cláusula muito interessante de adaptação automática do arcabouço do direito penal comum ao Código Penal Militar. O problema agora se coloca em termos de interpretação e jurisprudência, pois, uma vez aplicado o diploma comum dentro do conceito de crime militar, evidentemente os preceitos do Código Penal Brasileiro deveriam ser igualmente aplicados. Não é o que está acontecendo. A jurisprudência penal militar segue uma tendência curiosa de *combinar* os tipos da lei penal comum com a parte geral do Código Penal Militar, totalmente incompatível com os ditames constitucionais.

A jurisprudência castrense está fazendo uma verdadeira combinação de leis, criando jurisprudencialmente uma terceira legislação que, até agora, vem beneficiando infratores no campo da corrupção, por exemplo, não se lhes impondo a pena de multa. Já vimos entendimento afastando a pena do peculato no Código Penal Militar, que é de 1969 em prol da prevista no Código Penal Brasileiro, que é de 1941, invertendo-se a regra de sucessão de leis no tempo e até aplicação de causa de diminuição de pena sem previsão no CPM, ou seja, supralegal.

Porém, não tardará a que medidas despenalizadoras que poderiam ser aplicadas, caso o processo corresse perante a Justiça Comum, sejam sonegadas na Justiça Militar da União, como, por exemplo, o sistema de substituição da pena para os crimes militares de conceito ampliado.

Em seguida à edição da Lei 13.491/17, veio a Lei 13.774/18, que produziu inovações na Lei Orgânica da Justiça Militar da União, dando competência ao magistrado togado da Justiça Militar para julgar monocraticamente, dentre outras hipóteses, quando o crime for cometido por civil ou em coautoria com militar. Mais uma razão para não se desconsiderar a aplicação integral da legislação penal comum pela Justiça Milita da União, em face do conceito ampliado de crime militar dado pela Lei 13.491/17. Ao crime militar oriundo da legislação penal comum deve-se aplicar a parte geral do Código Penal Brasileiro; ao crime militar do Código Penal Militar, aplica-se a parte geral do código castrense. O argumento de incompatibilidade da legislação penal comum assimilada como crime militar com a parte geral do Código Penal Militar não se sustenta, primeiro porque não está acima da Constituição e, estando em vigência este código quase 20 anos antes, é com ela, isto sim, incompatível em muitos aspectos. O comando

constitucional sobre as penas alternativas, por exemplo, dirige-se a todo o ordenamento penal. Em segundo lugar porque o argumento de especialidade, após a edição da Lei 13.491/17 só se aplica ao artigo 9º, I, do Código Penal Militar.

8 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

É bem verdade que nem sempre a inovação legislativa do direito penal comum é compatível com a legislação penal militar. Um instituto que chama a atenção pela gravidade de seu impacto negativo frente ao combate à corrupção, aliás, para os dois sistemas, é o acordo de não persecução. Trata-se de inovação das mais perigosas, do ponto de vista da hierarquia e disciplina e, mesmo do combate à corrupção. Recentemente o E. Superior Tribunal Militar, pelo menos parcialmente, afastou a sua aplicação, considerando que a Lei 13.964/19 só se referiu ao Código de Processo Penal Militar no artigo 18¹⁴. O problema já

¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR HABEAS CORPUS Nº 7000374-06.2020.7.00.0000 RELATOR: MINISTRO JOSÉ COELHO FERREIRA. PACIENTE: JOÃO LUCAS MACIEL MAYO DUARTE. IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. IMPETRADO: CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA DA 1ª AUDITORIA DA 1ª CJM -JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO - RIO DE JANEIRO. EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CAPITULADO NO ART. 290 DO CPM. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. PGJM. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE.

MÉRITO. ART. 28-A DO CPP. INSTITUTO DA NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE. DENEGAÇÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS. UNANIMIDADE. I - Rejeita-se a preliminar de não conhecimento do Habeas Corpus, suscitada pela PGJM, considerando que a questão relativa à transação penal comporta arguição por meio do mencionado remédio constitucional. Decisão unânime. II - O instituto do acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, não se aplica aos crimes militares previstos na legislação penal militar, tendo em vista sua evidente incompatibilidade com a Lei Adjetiva castrense, opção que foi adotada pelo legislador ordinário, ao editar a Lei nº 13.964, de 2019, e propor a sua incidência tão somente em relação ao Código de Processo Penal comum. III - Inexiste violação dos preceitos constitucionais, insculpidos no art. 5º, caput, e incisos LIV e LXVIII, da Constituição Federal de 1988, e art. 467, "b" e "c", do CPPM, uma vez que a negativa dos Órgãos judicantes da JMU, afastando a incidência do acordo de não persecução penal em relação aos delitos previstos na legislação penal militar, por óbvio, não pode ser considerada violação de formalidade legal e tampouco se configura constrangimento ilegal em relação ao acusado. IV - Ordem de Habeas Corpus denegada. Decisão unânime.

Art. 18. O Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 16-A: “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.

§ 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.

§ 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.

se inicia pelo limite mínimo de pena, menos de 4 anos, que é próprio de crimes graves, onde não se poderia cogitar da aplicação de institutos despenalizadores, equiparando situações graves a delitos de menor potencial ofensivo. Essa é a típica situação de mistura inaceitável de preceitos de política criminal consensual com casos graves, que demandariam punição exemplar, do direito penal do inimigo. É o individualismo exacerbado em direito penal desembocando na combinação perigosa entre preceitos de direito penal de 1ª e 3ª velocidades. O resultado é um verdadeiro estímulo à corrupção e à criminalidade, pela sensação de impunidade que causa.

Após as condenações da Operação Lava-Jato, o legislador, contraditoriamente, reagiu ampliando os benefícios de direito penal, como nesse caso. O mesmo fato aconteceu na jurisprudência como, por exemplo, com a absurda extensão da noção de presunção de inocência ao pronunciamento final do

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

§ 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.”

Felizmente, o STM caminha no sentido de pelo menos não aplicá-lo a agentes militares. HC 7000374-06, corroborando a Resolução 101 do CSMPM.

Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, além de surpreendentes anulações de condenações. Claro, existem movimentos em sentido inverso, em muitas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal, mas a ampliação da política criminal consensual e o individualismo da jurisprudência penal em detrimento do interesse coletivo na repressão ao crime é a tendência mais evidente.

Um outro fator sugere que jamais esse instituto deveria ser aplicado nos crimes que atentam contra o patrimônio público. Os casos de corrupção envolvem servidores públicos, e, sendo o valor do desvio muito superior aos seus rendimentos lícitos, não seria possível ao servidor cumprir com o dever de reparar o dano causado pelo crime. A própria regra de exigência de reparação do dano causado pelo crime para haver progressão de regimes nos crimes contra a administração pública já enfrentou voto de inconstitucionalidade.¹⁵ A impossibilidade de reparação do dano não impede a realização do acordo de não persecução, como se vê da redação do artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

¹⁵ **EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 17.12.2014. (EP-22)**

9 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Que medidas então o Ministério Público Militar tem tomado em relação à megacorrupção, ou, aliás, em face da corrupção de uma forma geral?

A primeira medida foi a criação do Centro de Produção, Análise, Difusão e Segurança da Informação – CPADSI, em 14/5/2007, na gestão da Procuradora-Geral Maria Ester Henriques Tavares. O órgão tem a finalidade de prestar assistência ao Ministério Público Militar no desempenho de suas atividades investigativas, notadamente no que diz respeito ao cruzamento de informações que tenham importância para apuração de delitos relacionados ao ataque ao patrimônio público. Em 2011 foi criada uma ferramenta importantíssima no âmbito do CPADSI – o *Argus* – que otimiza a quebra de sigilo bancário. O *Argus* possibilita a interpretação de dados complexos através de gráficos navegáveis. Com isso, as informações de interesse aos peritos ficam mais evidentes, destacam-se no emaranhado de dados, reduzindo-se em até 80% o tempo gasto na investigação de quebra de sigilo. Para se ter uma ideia da importância dessa ferramenta, o *Argus* é capaz de

compilar todas as quebras numa única consulta e realizar o cruzamento destas informações, contextualizando-as. Vários órgãos do Ministério Público de outros ramos e até instituições estrangeiras ligadas à investigação de crimes dos Estados Unidos e do Reino Unido (Scotland Yard) já se interessaram pelo sistema.

Em 17 de novembro de 2016, foi criado pelo então Procurador-Geral, Jaime de Cássio Miranda, o Núcleo de Combate à Corrupção, órgão vinculado ao CPADSI, tendo por finalidade atuar de forma integrada com os demais órgãos do Ministério Público Militar, em processos e investigações envolvendo atos de corrupção no âmbito das organizações militares. A atuação do Núcleo é extremamente importante porque presta apoio ao membro solicitante sobre a análise de diligências, peças específicas dos autos, quebras de sigilo bancário, fiscal e telefônico, além da análise documental que seja relevante e pertinente ao caso. Em suma, presta assessoria ao membro em aspectos mais amplos ao trabalho investigativo. O NCC ainda tem outra função muito importante que é a de treinar os membros e servidores em técnicas de investigação para apuração de delitos de fraudes contra o patrimônio público.

Na gestão do Procurador-Geral Antônio Pereira Duarte, foi criado pela Portaria nº 136/PGJM, de 22 de julho do corrente ano, o Núcleo Regional de Pesquisa e Análise de Contas Públicas (NPAC) no âmbito da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, considerando a necessidade de adequar a estrutura administrativa da referida unidade do Ministério Público Militar, com o objetivo de aprimorar o combate à corrupção. Além disso, através da Portaria nº 145/PGJM, de 7 de agosto, também deste ano, foi instituído o Observatório do Ministério Público Militar para Enfrentamento da Corrupção, com o objetivo de coletar dados sobre casos de corrupção e fraudes em geral em detrimento do patrimônio público sob a administração militar, com a finalidade específica de propor políticas públicas destinadas ao enfrentamento do problema.

A instituição, com isso, está se aparelhando como pode para eficazmente combater os atentados ao patrimônio público, bem como melhor treinar os seus membros, pois, como temos enfatizado, as fraudes hoje assumiram maior grau de complexidade, impondo técnicas mais aprimoradas para a sua apuração. Não se pode comparar a realidade das fraudes contra o patrimônio público que acontecem hoje com o quadro existente há 30 anos.

No campo da improbidade administrativa medidas também estão sendo tomadas. Se por um lado a ampliação do conceito de crime militar, alcançando toda a legislação penal comum foi um importante avanço no combate à corrupção, pois propiciou a atualização imediata e permanente da legislação penal militar, a restrita competência cível da Justiça Militar dificulta a responsabilização perante a Lei de Improbidade Administrativa. Esta ação, quando decorrente da persecução penal militar, entende-se que só pode ser ajuizada hoje na Justiça Federal¹⁶. Dado que Ministério Público Militar e Ministério Público Federal atuam perante parcelas distintas do poder judiciário, o resultado é a não propositura da ação de improbidade administrativa na maioria dos casos que envolvem ataque ao patrimônio público sob a administração militar, porque o Ministério Público Federal não tem como priorizar os casos da Justiça Militar.

Em face disso, o Ministério Público Militar tem proposto ações de improbidade administrativa e civis públicas, ambas

¹⁶ Existe um entendimento em construção de que a ação de improbidade tem natureza penal. Dessa forma, seria uma decorrência da persecução penal, o que fica bastante evidente no caso da justiça militar. Nesse caso, em tese, poderia tramitar na própria justiça militar, até porque hoje o magistrado togado da justiça militar pode julgar monocraticamente. Não seria nenhuma novidade uma lide extrapenal, porém guardando relação direta com a persecução penal. É o caso da representação por indignidade.

relacionadas diretamente com a persecução penal militar, perante o Juízo Federal comum, normalmente pedindo a formação do litisconsórcio ativo com o Ministério Público Federal, que normalmente contesta a legitimidade do Ministério Público Militar. O Ministério Público Militar vem conseguindo firmar a legitimação concorrente com o Ministério Público Federal¹⁷. A legitimação concorrente dos dois ramos do Ministério Público da União amplia a tutela dos direitos difusos e da probidade administrativa em face da persecução criminal militar.

Acreditamos que a ampliação da competência da Justiça Militar para o julgamento de ações de improbidade administrativa não demandaria mudança constitucional. Talvez uma mudança na legislação ordinária, na Lei da Ação Civil Pública e/ou na Lei de Improbidade Administrativa fosse o suficiente, dado que se trata de continuidade da persecução penal, principalmente no que se refere à improbidade administrativa, mas sem perder de vista a possibilidade de demandas coletivas via Ação Civil Pública. É de todo conveniente que isso aconteça, pois se trata, também, de

¹⁷ TRF- 2ª Região. Agravo de Instrumento – Turma Espec. III – Administrativo e Cível Nº CNJ : 0010938-32.2018.4.02.0000 (2018.00.00.010938-8). TRF- 1ª Região. Apelação Cível n. 0026302-61.2015.4.01.3400/DF.

conferir-se maior rapidez e eficiência à recuperação de ativos e do dano causado pelo crime militar.

10 CONCLUSÃO

Por fim, no âmbito do direito processual, coerente com o que dissemos quanto à aplicação da legislação penal comum, em face do conceito ampliado de crime militar dado pela Lei 13.491/17, deve-se observar, no processamento dos crimes comuns, o Código de Processo Penal, muito mais atualizado em institutos que propiciem uma ação mais eficaz do Ministério Público na apuração das fraudes. Nesse caso, convém lembrar os dispositivos da Lei de Organização criminosa, cujos instrumentos de investigação agora podem e devem ser aplicados pela Justiça Militar. O que não se pode admitir perante a ordem jurídica e/ou na jurisprudência, seja na Justiça Militar ou na Justiça Comum, é a combinação de leis penais, como também o cruzamento da política criminal repressiva com a consensual. Um crime grave não pode ser tratado como infração de menor potencial ofensivo, nem o contrário pode acontecer.

Enfim, o Ministério Público Militar tem tomado providências no combate às fraudes contra o patrimônio público

de um modo geral e, em especial, contra a megafraude. O cenário de combate à corrupção hoje exige ampliação das ferramentas de apuração desses crimes e especialização dos atores envolvidos na investigação. Ao mesmo tempo, a Lei 13.491/17 propiciou a atualização da legislação penal militar frente a essa nova realidade de surgimento de novos bens jurídicos e alteração valorativa dos já existentes. Ademais, a ampliação dos horizontes de atuação da Justiça Militar é mais um fator a exigir a modernização dos órgãos de apuração dos crimes militares relacionados à corrupção, bem como especialização dos membros do Ministério Público Militar para esta nova realidade. É bem verdade que se pode dizer que foi uma inovação legislativa improvisada, porque fora do contexto de alteração do Código Penal Militar, mas não existe outra ferramenta legal, dada as dificuldades e lentidão da reforma deste Código. A jurisprudência precisa aceitar o desafio e interpretar o direito penal e o processo penal proporcionalmente à ampliação dos horizontes decorrentes desse acréscimo de competência e não procurar restringir a resposta penal a partir do estreito alcance do Código Penal Militar. Esse diploma legal inseriu a Justiça Militar definitivamente no combate à megacorrupção.

O uso de fontes abertas e de acesso restrito para a criação de sinais de alertas em torno da existência de possíveis empresas prestadoras de serviços e obras de engenharia, de caráter meramente instrumentário

Rafael Lima Linhares

Bacharel em direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Pós-graduado em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá e pelo Centro de Ensino Renato Saraiva (CERS). Promotor de Justiça do Estado da Paraíba, com lotação no Grupo de Atuação Especial contra o Crime Organizado (GAECO).

RESUMO: O presente artigo procura chamar atenção para a prática de atos de corrupção nos procedimentos de contratação deflagrados pela Administração Pública, especialmente para as fraudes levadas a efeito por empresas instrumentárias, sem capacidade operacional, pois, para assumirem a execução das avenças firmadas, com destaque para os serviços e obras de engenharia. Apresentados todos os conceitos necessários para o entendimento desse fenômeno ilícito, de reflexos nos campos criminal e civil, o objetivo deste documento é jogar uma luz para a existência de recursos que podem ser utilizados pelos órgãos de fiscalização e investigação para identificação da presença (sinais de alerta) de corporações com aquela natureza em eventual licitação deflagrada, o que ocorrerá mediante a exploração de dados, posteriormente transformados em conhecimento, e criação de tipologias de irregularidade. O uso dessa técnica, como ferramenta de prevenção e, em último caso, repreensão aos desvios de recursos públicos, objetivo final da corrupção, precisa ser estimulado, assim como o debate em torno de sua aplicação aos crimes de difícil prova, de modo que este ensaio tem, também, o propósito de despertar curiosidades e contribuir, assim se espera, com o desenvolvimento do assunto em referência.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Fraudes licitatórias. Empresas. Serviços e obras de engenharia. Caráter instrumentário. Fontes de dados. Investigações complexas. Tipologias.

ENGLISH

TITLE: The use of Open Sources and Restricted Access for the Creation of Warning Signs about the Existence of Possible Companies Providing Services and Engineering Works, of a Merely Instrumental Character.

ABSTRACT: This article aims to draw attention to acts of corruption in contracting procedures by the Public Administration, mainly frauds committed by false corporations lacking operational capacity to perform the stipulated terms, in particular those of contracts and bids related to engineering work and services. After conceptualising the terms needed to fully grasp this illegal practice, with both its civil and criminal consequences, this work aims to shed light on the existence of resources that can be employed by investigation teams and oversight agencies in order to identify the presence (red flags) of illegal corporations participating in government

bids, which happens through gathering data and transforming it into knowledge, and also the creation of a typology of irregularities. The use of such technique as a tool to prevent and, ultimately, to repress the embezzling of public funds (the final objective of corruption) must be stimulated, as well as the debate around its application to complex crimes. Thus, this work also intends to arouse interest in this topic and contribute to its development.

KEYWORDS: Corruption. Bid-rigging. Companies. Engineering work and services. False corporations. Data sources. Complex investigations. Typology.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Conceito de empresa – 2.1 Empresas prestadoras de serviços e obras de engenharia – 2.2 Empresas instrumentárias – 3 Investigações complexas e o uso de tipologias – 4 Tipologias de empresas instrumentárias – 4.1 O significado de fonte aberta e a utilização de dados acessíveis para a construção do processo tipológico das empresas instrumentárias – 4.2 Das fontes fechadas – 4.2.1 Bancos de

dados de acesso restrito e pertinência temática – 5 Produção de informação e/ou conhecimento – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Como ressabido, a corrupção é um fenômeno de caráter milenar; há referências a essa prática desconforme ao sistema normativo (entendido em seu sentido amplo e não apenas o jurídico) em todos os períodos da história, de forma que ressoa oportuna a observação feita por Acosta (2013, p.7), de que ela “[...] ha estado y está presente en la vida de los seres humanos (casi) permanentemente”. Na mesma linha, foi o alerta de Dematté (2017):

A corrupção – em sua acepção ampla de desrespeito e usurpação de interesses, valores e bens públicos em favor de proveitos, benefícios e ajustes privados – está longe de ser um fenômeno exclusivamente contemporâneo ou mesmo própria da era moderna, não podendo ser especificamente relacionada a um período histórico, a uma forma de organização social, a um regime político ou a um sistema econômico específico (DEMATTÉ, 2017, p. 665).

Inobstante alçada ao *status* de problema global, desperta (ou deveria despertar) significativa atenção no cenário nacional,

à medida que se vem consubstanciando, desde 2017, em maior ênfase associada às grandes operações de persecução criminal, na maior preocupação dos brasileiros (62% dos entrevistados), que antes indicavam outros temas, dentro de suas agendas de prioridades: educação e segurança. Essa pesquisa, feita pelo Ibope e veiculada pelo jornal O Globo (CARVALHO & GULLINO, 2017, s/p.), encontra eco em reportagens nacionais subsequentes e no último resultado divulgado pela *Transparência Internacional*¹, quando se viu que o Brasil, no ano de 2019, caiu, pelo 5º ano seguido, mais uma posição no Índice de Percepção da Corrupção (IPC), ocupando, na forma dos dados divulgados por aquela organização não governamental, em 23 de janeiro de 2020, a 106ª posição do ranking mundial (com 198 países avaliados), atingindo a marca dos 35 (trinta e cinco) pontos, no contexto de uma escalada que vai de 0 (zero) a 100 (cem), e cujos extremos representam nações altamente corruptas e nações íntegras, respectivamente.

Nessa oportunidade, calha, então, apresentarmos o conceito dado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para essa chaga nacional,

¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perceptions index 2019*. 2019. Disponível em: <<https://www.transparency.org/cpi2019>>. Acesso em: 17 jul. 2020.

como sendo o abuso de agentes públicos e privados para obtenção de vantagens pessoais, aludindo não apenas ao recebimento de propinas, mas incluindo a menção ao nepotismo, à fraude e à captura estatal².

Em reforço a esse conceito, e agregando outros elementos, a corrupção (com foco na pública) é um ato de violação a um sistema normativo posto, que fixa padrões de comportamentos (*standards*) esperados. Representa um ato de verdadeiro egoísmo, vez que apenas comprometida com a obtenção de benefícios pessoais, em detrimentos do bem comum, o que solapa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como desejada pela Constituição Federal (art. 3º, I).

Suas causas, a exemplo do baixo cultivo moral da população, da perda da confiança nas instituições, de um quadro legal apático e mecanismos de controle deficientes, dentre outras, abrem a oportunidade, entendida como um dos vértices da teoria do “Triângulo da fraude” de Cressey, citado por Santos e Souza (2016, p. 22), para a entrada desse fenômeno no seio da própria Administração Pública; não há, pode-se dizer, momento

² OCDE. *CleanGovBiz Initiative*. 2014. Disponível em: <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/49693613.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

mais propício, para isso, quando o Estado sai ao mercado para comprar produtos ou contratar serviços.

A constatação é clara: caso não adotados controles de integridade eficazes, sempre haverá terreno fértil para a prática de corrupção, no âmbito das contratações administrativas, máxime ao redor daquelas que tiverem, como objeto, obras e serviços de engenharia, ante as vultosas cifras que essas negociações costumam envolver, sem descurar, é claro, da posição de destaque que detêm esses contratos em face de suas vinculações com a satisfação das necessidades fundamentais do cidadão (saúde, educação, mobilidade etc.).

Falando em contratação, fala-se, necessariamente, em licitação, pois esta nada mais é do que um procedimento que visa selecionar alguém para contratar com a Administração Pública. Nesse campo, as fraudes que costumam ocorrer estão, essencialmente, relacionadas à frustração de um princípio específico: o da competitividade (art. 3º da Lei nº 8.666/93). Assim, qualquer atitude que tenha a intenção de prejudicar esse ideal, será considerada uma fraude, um ato de corrupção e, por conseguinte, um crime (art. 90 da legislação referida).

E, não raras vezes, uma das formas adotadas pelos corruptores para fraudar um procedimento licitatório é,

justamente, mediante a criação irregular (com falsa habilitação jurídica, art. 28 da Lei nº 8.666/93) e inserção nos certames públicos de uma pessoa jurídica meramente “instrumentária”. Tem, pois, este artigo o objetivo de analisar a possibilidade de se indicar, com uso de fontes abertas e de acesso restrito, mas sem a menor pretensão de esgotar o assunto, diante da delimitação do presente trabalho e dos recursos dispostos, a existência de um algum padrão tipológico que possa induzir a predita natureza de algumas empresas de construção civil sujeitas à determinada análise/investigação.

2 CONCEITO DE EMPRESA

A partir do Código Civil de 2002, empresa passou a significar a atividade (ideia de abstração) econômica, negocial, que ocorre de forma organizada e voltada para a produção ou circulação de bens e serviços, buscando “lucratividade”.

Ocorre que, para a sua existência, será necessária a observância de dois elementos obrigatórios: o estabelecimento comercial e o nome empresarial. O primeiro (de natureza objetiva), o que interessa ao texto, representa o investimento, a universalidade de bens, devidamente organizada e estruturada

para o exercício da atividade (estabelecimento empresarial = estabelecimento comercial + fundo de comércio).

Esse conceito (de estabelecimento comercial) é de suma importância para os fins aqui debatidos, vez que, como se trata do patrimônio da sociedade empresária, do empresário individual ou da EIRELI, é justamente esse estabelecimento que responderá pelas obrigações contraídas e pode, pois, ser objeto de penhora (Súmula 451 do STJ), garantia que, certamente, restará frustrada nos casos em que não detectada, no tempo devido, a presença de empresa(s) instrumentária(s) em eventual licitação.

2.1 Empresas prestadoras de serviços e obras de engenharia

Como bem observado por Santos (2015, p. 325), a precisa distinção entre um serviço e uma obra de engenharia não tem relevância apenas no plano teórico, mas, inclusive, é importante para a definição do próprio regime jurídico aplicável, especialmente porque a modalidade licitatória do pregão, por exemplo, não pode ser utilizada no último caso (obras), mas apenas para serviços comuns de engenharia, de forma que a

definição legal do art. 6º, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93, carece de maior precisão técnica.

A contribuir com esse desiderato, de extrema valia são as definições dadas pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), na Orientação Técnica nº 02/09:

Obra de engenharia é a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66.

[...]

Serviço de engenharia é toda a atividade que necessite da participação e acompanhamento de profissional habilitado conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/66, tais como: consertar, instalar, montar, operar, conservar, reparar, adaptar, manter, transportar, ou ainda, demolir. Incluem-se nesta definição as atividades profissionais referentes aos serviços técnicos profissionais especializados de projetos e planejamentos, estudos técnicos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, fiscalização, supervisão ou gerenciamento³.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS (IBRAOP). *Orientação técnica - IBR 002/2009*. Obra e serviço de engenharia. 01 jun. 2010. p. 2. Disponível em: <<http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/06/OT-IBR-02-2009-Ibraop-01-07-10.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Em arremate, convém ressaltar que, nesse contexto, há uma tendência de restringir o conceito de obras às situações que “impliquem substancial modificação do objeto”.

2.2. Empresas instrumentárias

Feitas essas considerações, adentraremos, agora, no campo conceitual das chamadas “empresas instrumentárias”, como sendo aquelas destinadas apenas à consecução de fraudes no Poder Público, na forma de “instrumento” para a mera formalização de licitações (e de simulação de disputas) e legitimação (no aspecto documental, com a emissão notas fiscais, recibos etc.) do processo de pagamento das verbas públicas.

Apesar do uso dessa nomenclatura não está padronizado, para os fins deste trabalho, passaremos a definir esse tipo de “empresa” como o “gênero” do qual são “espécies”, anote-se, as “empresas fantasmas” e as “empresas de fachada”.

As primeiras não existem fisicamente, não possuem, pois, sequer estabelecimento comercial (são constituídas apenas no papel), enquanto as últimas, aparentemente, existem, mas têm desvirtuada sua real atividade ou, de outro modo, não

possuem qualificação técnica (como capacidade técnico-operacional e capacidade técnico-profissional) e/ou econômico-financeira, na forma dos arts. 30 e 31 da Lei nº 8.666/93, para, regularmente, disputar licitações (no prisma da habilitação) e executar contratos. Nas palavras de Santos e Souza (2016):

O uso de empresa “fantasma” é a prática de fraude à licitação que consiste na criação, por meio de registro nas juntas comerciais, de empresas que não atuam de fato no mercado (ou atuam se valendo da estrutura empresarial de outra), mas “participam” das licitações públicas com o intuito único de conferir aparência de ampla competitividade ao certame (SANTOS & SOUZA, 2016, p. 72).

Veja, por sinal, que esse comportamento, a partir da Lei nº 12.846/13 (art. 5º, inciso IV, “e”), passou a ser considerado um expresso ato de corrupção, sem prejuízo, noutra vertente investigativa, das punições criminais cabíveis, sendo, nesse ponto, digno de nota mencionar o que há, de fato, por trás dessa manobra embusteira:

O objetivo, nesse caso, é que a verdadeira empresa possa praticar o ato por meio de interposta pessoa jurídica que, no caso, não tem existência real, servindo apenas como intermediária da pessoa jurídica que pretende se

manter incógnita (DIAS & MACHADO, 2016, p. 96).

3 INVESTIGAÇÕES COMPLEXAS E O USO DE TIPOLOGIAS

As fraudes em licitação podem assumir diversas formas, em geral, para direcionar a contratação, restringir a competição ou simular o processo, sem falar dos diversos casos de superfaturamento (quantitativo e qualitativo) que ocorrem em sua fase posterior (execução do contrato).

Os meios utilizados para a sua consumação, a experiência mostra, podem variar de simples acordos (art. 95 da Lei nº 8.666/93) celebrados entre os licitantes (em regra, com a participação ou conivência de agentes públicos), materializados por substituição de propostas, planilhas etc., até a prática de duradouros e complexos mecanismos de cartelização de contratos e emprego de técnicas de dissimulação dos rastros dos crimes então efetivados (fraude, desvio do dinheiro público, lavagem, entre outros).

Nesse último caso, geralmente porque praticados por organizações criminosas, a prova indiciária, sobretudo quando

robusta, tem assumido posição de destaque para fundamentar a responsabilização dos agentes envolvidos, afinal:

A corrupção, por sua vez, é praticada entre quatro paredes, sem testemunhas, e existe, entre corruptor e corrompido, um pacto de silêncio, não só porque não querem ser punidos, mas também porque não desejam perder os benefícios alcançados. Além disso, o ato corrupto é disfarçado de ato legítimo, invocando-se justificativas aparentemente conformes com os fatos e o direito. Por fim, crimes praticados por organizações criminosas envolvem, não raro, mais do que um pacto, mas um verdadeiro código de silêncio, o qual regula inclusive o comportamento de terceiros e cujo descumprimento pode ser punido com a própria morte, como nas organizações voltadas ao tráfico de drogas. Some-se que os atos visíveis, nessas organizações, são praticados em escalões de menor importância (p. ex., pelas mulas do tráfico), o que dificulta que o Estado alcance os líderes do mundo criminoso moderno (DALLAGNOL, 2015, p. 100).

E o caráter multiforme (e profissional) do crime organizado tem levado não só à defesa do correto uso dessa espécie de prova (indireta), mas à necessidade de se incrementar novas técnicas de investigação, na busca da eficiência penal, observe:

A evolução da criminalidade individual para a criminalidade especialmente organizada, que se serve de meios logísticos modernos e está fechada ao ambiente exterior, em certa medida imune aos meios tradicionais de investigação (observações, interrogatórios, estudos de vestígios encontrados), determinou a busca de novos métodos de investigação pela polícia (SANCHES apud SILVA, 2014, p. 32).

Pois bem. A despeito da valorização das medidas preconizadas pelo art. 3º da Lei nº 12.850/13, afigura-se, igualmente importante (senão essencial), dentro dos órgãos de fiscalização (Tribunais de Contas e Controladorias) e de investigação/repreensão (Ministério Público e Polícias), a criação de verdadeiras tipologias de irregularidades, extraídas do conhecimento de *background* (produto de investigações pretéritas) e da massa de dados que abastecem o mundo virtual (internet) e seus sistemas corporativos.

Esse banco tipológico, como uma espécie de “catálogo de comportamentos” ou de “indicativos” a ser observado pelo analista/investigador, tem o propósito de detectar (ou trazer à luz), dentro de uma lógica indutiva, a presença (ou não) de alguma(s) desconformidade(s) que possa(m) haver entre uma situação posta à prova (caso concreto) e um padrão, conceito ou

critério, entendido como legal ou regular e previamente concebido.

Não é sem razão que se deve estimular, sem apego, o emprego e a disseminação de toda e qualquer tipologia investigativa, sobretudo quando relacionada a delitos perpetrados com o mesmo (ou semelhante) modo de atuação, como são as fraudes licitatórias, mediante, por exemplo, o uso de empresas instrumentárias.

Vê-se, assim, que a “institucionalização” desse conhecimento, nos órgãos mencionados, sem dúvida alguma, maximizará os aprendizados, evitará retrabalhos e, com isso, diminuirá custos operacionais, além do que, e aqui se eleva a sua importância, contribuirá com a prática de ações preventivas.

De fato, o estudo da tipologia (do padrão de comportamento catalogado) permite a definição de indicadores (regras ou características) a ela relacionados e a implementação, em medida seguinte, desses últimos, em processo de adequação típica, terá, como resultado, a descoberta de “casos suspeitos” (as *red lights*).

Firmadas essas premissas, passaremos à análise de algumas situações, modelos ou padrões de comportamento que, extraídos de fontes diversas (abertas e de acesso restrito) e

cotejados com o conceito de empresa, estabelecimento empresarial e fatores de produção, podem levar o analista/investigador a induzir a presença de uma possível empresa instrumentária (fantasma ou de fachada), em hipotética apuração.

4 TIPOLOGIAS DE EMPRESAS INSTRUMENTÁRIAS

Prosseguindo. Vimos, nos tópicos anteriores, alguns “conceitos-chaves”, como o de empresa (sinônimo de atividade) e de estabelecimento empresarial (sinônimo de universalidade de bens: sede comercial, máquinas, mão de obras, insumos etc.), sendo este, pois, integrado pelos fatores de produção necessários à viabilização daquela abstração (empresa).

Não existe, desse modo, empresa sem os fatores de produção. Vejamos: a ausência de capital, máxime o inicial (e a integralização também deve despertar atenção do investigador, dada a ocorrência de usuais falsidades ideológicas no ponto), inviabiliza que a atividade empresária possa realizar seu intento de buscar lucro, haja vista que, antes de pôr seu produto em circulação ou mesmo prestar seus serviços à Administração, o empresário (o sujeito, art. 966 do Código Civil) precisa ter

recursos para suportar a aquisição de insumos, pagar funcionários, arcar com despesas correntes (da administração central e do local da obra), sem ao menos ter certeza de que receberá a contraprestação na data devida. E, aqui, abra-se um pequeno parêntese para lembrar que os pagamentos antecipados (sem prévia liquidação da despesa) não são admitidos e podem importar na prática de ato de improbidade administrativa (art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92) por violação aos arts. 62 e 63 da Lei nº 4.320/64.

E essa lógica também se estende aos demais fatores de produção. Sem empregados (mão de obra), em quantidade suficiente e com a qualificação exigida pela natureza do objeto contratual, não há como o empresário produzir a contento e em quantidade a demanda esperada; sem insumos e tecnologia (saber fazer), sequer se pode pensar na existência de qualquer atividade, seja ela a mais mezinha e/ou de fácil execução. Ou seja, sem os fatores de produção não se pode produzir qualquer produto ou prestar qualquer serviço destinado ao mercado, especialmente quando relacionados à execução de obras ou prestação de serviços de engenharia, conceito retro.

Assim, a base de análise do presente trabalho centrará atenção, justamente, em torno dos fatores de produção de uma

sociedade empresária ou de um empresário (individual ou EIRELI), mostrando alguns caminhos ou ferramentas, sem pretensão de esgotamento, que estão à disposição dos analistas e dos investigadores para atestarem (ou não) a existência deles, o que permitirá, em ação posterior, a construção de indícios ou mesmo de evidências da presença de possível empresa instrumentária em determinado contrato celebrado com o Poder Público.

A razão para a sobredita eleição não poderia, verdadeiramente, ser outra, considerando o ideal perseguido pelo(s) empresário(s): o do lucro. De fato, o que fazem os fraudadores para atingi-lo? A resposta é simples: reduzem os custos de sua atividade. E assim o fazem, seja empregando quantidade de insumos aquém do exigido ou entregando bens em quantidades aquém do avençado – diferença que tende a ser mais significativa, quanto piores forem os controles e/ou conivência dos servidores responsáveis pela fiscalização dos contratos (oportunidade de CRESSEY); seja, de igual modo, dispendo de mão de obra aquém daquela necessária para a entrega com perfeição e/ou dentro do prazo avençado; ou, ainda, usando de equipamentos obsoletos e/ou inadequados,

comprometendo sobremaneira, qualitativa e quantitativamente, a qualidade dos bens e/ou serviços entregues.

No caso das empresas fantasmas ou de fachada, esses percalços que, usualmente, ocorrem na fase da execução dos contratos deveriam contar com grande atenção por parte dos seus *fiscais* (servidor público), uma das janelas por onde passa a corrupção, justamente porque, como apenas “existem” no papel e para encobrir a identidade de outras (ou de outros, quando as obras e/ou serviços são executados pelos próprios agentes públicos em conluio com os fiscais), o erário correrá o sério risco de ficar prejudicado, pois o cumprimento do art. 69 da Lei nº 8.666/93, certamente, não ocorrerá. Observe o teor desse comando legal:

Art. 69. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, as suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados (BRASIL, 1993, s/p.).

4.1 O significado de fonte aberta e a utilização de dados acessíveis para a construção do processo tipológico das empresas instrumentárias

Quando se pensa em fatores de produção e, desde logo, registro que não dispensaremos, nesta oportunidade, atenção para os “materiais” (insumos) que deveriam ser adquiridos pelas empresas e usados nas obras e/ou serviços, ante a correlação que teríamos que fazer com dados extraídos de notas fiscais e apenas obtidos, em sua totalidade, com autorização judicial (ação de busca, como uma das formas de ações de inteligência), o que foge do escopo ora proposto, deverá (ou deveria) vir à mente do analista/investigador algumas regras (tipos) indicativas da natureza fantasmagórica de uma empresa e que cuja revelação possa ser descortinada pelo simples acesso às fontes abertas, a exemplo da: existência da sede comercial da empresa e sua compatibilidade com a natureza do serviço que presta; seu histórico de participações e êxitos em licitações públicas, sua regularidade fiscal e trabalhista e o perfil financeiro de seus sócios ou empresário, entre outros.

É certo que alguns analistas da atividade de inteligência criticam o uso de informações extraídas dessas fontes, por

associarem, de forma equivocada, sigilosidade com confiabilidade (a ausência daquela implicaria na ausência desta, necessariamente), entretanto, segundo o melhor entendimento:

[...] a atividade de inteligência e de investigação criminal não pode ficar acanhada diante da nova realidade. Não deve mais persistir a ideia de se restringir apenas à busca de um dado negado através de operações de inteligência e/ou investigativas. Devemos lembrar sempre que o profissional de inteligência e de segurança pública não deve ser a única fonte autorizada na busca de informações.

As informações trafegam rapidamente no ambiente da web, devendo o analista estar atento no desempenho do seu mister, não podendo, jamais, desprezá-las. Com a sua utilização evitam-se riscos na busca de informação, garantindo menor custo e maior agilidade. É bom lembrar que grande parte das respostas aos questionamentos dos gestores já se encontra disponível, sem necessidade de utilização de técnicas outras da atividade de inteligência (BARRETO, WENDT & CASELLI, 2017, p. 33).

Nesse contexto, calha definir o que vem a ser fonte aberta:

São informações disponíveis ao público e que não exigem nenhuma espécie de restrição ao seu acesso. São também conhecidas como *open source intelligence* (Inteligência de Fontes Abertas), ou seja, uma forma de coletar,

selecionar e adquirir informações que possam ser úteis à produção do conhecimento. Podem ser obtidas através da leitura de jornais, periódicos, pesquisas de cunho acadêmico, livros, revistas e principalmente através da internet.

[...]

Aberto, para a atividade de inteligência, é a informação acessível à comunidade (de inteligência). Assim, qualquer pessoa pode obter informação sem nenhuma privacidade ou registro e sem a necessidade de ser integrante de determinado grupo específico, podendo acessar, direta ou indiretamente, banco de dados oficiais ou não (BARRETO, WENDT & CASELLI, 2017, p. 31).

Com essa introdução teórica, partindo, agora, para a prática, sem prejuízo de outras metodologias, evidentemente (cada agência tem sua rotina de trabalho e não é a pretensão deste artigo criar uma, mas apenas despertar, quem sabe, a curiosidade em torno do assunto), começam-se as ações de coleta primária⁴ a focar o olhar em torno da localização de uma hipotética empresa, objeto de análise e/ou investigação.

Para tanto, ressoa importante a presença do CNPJ da pessoa que se almeja pesquisar, registro esse que, facilmente, se obtém, por meio de qualquer motor de busca (o nome

⁴ Entendida, para efeito do texto, como o conjunto de ações desenvolvidas por uma agência de inteligência para a obtenção de dados e/ou conhecimentos que estão disponíveis, por exemplo, na rede, sem barreiras de acesso.

empresarial ou de fantasia podem ser usados como “palavras-chaves” nessa consulta). Com esse identificador, pode-se, entre outros recursos, extrair do site da Receita Federal do Brasil (RFB) o comprovante de inscrição e situação cadastral da correlata corporação (requisito de qualificação nas licitações, por sinal). Nele, anote-se, constarão alguns dados importantes, tais como: natureza jurídica da empresa, logradouro, atividades econômicas principais e secundárias, além de outros.

Esses dados iniciais já podem permitir, inclusive, prospecções outras, na medida em que as atividades ali consignadas, por exemplo, e na forma do art. 30 da Lei nº 8.666/93 (que versa sobre a qualificação técnica das empresas), remetem à necessidade de realização de ações de coleta em outros sistemas corporativos, a fim de se avaliar determinadas desconformidades, mesmo que administrativas.

Empresas, a título de ilustração e fazendo mais um parêntese, que se aventuram na construção civil precisarão, nessa ótica, ter registro ou inscrição no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA). Para a execução desse tipo de contrato, mais do que isso, precisarão estar ativas e com a anuidade em dia, sob pena de implicações quanto à emissão das Anotações de Responsabilidade Técnica (ART), na forma da Lei

nº 5.194/66, sem olvidar que toda obra deve estar, necessariamente, inscrita no CNO (Cadastro Nacional de Obras da RFB), atual banco de dados criado em substituição à matrícula CEI (Cadastro Específico do INSS).

E mais: a depender da natureza do serviço que se propõem a executar (potencialmente poluidores, por exemplo), deverão os empresários fazer prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial (alvarás, licenças etc.), quando for o caso (inciso I do artigo antes referido).

Como se está falando em atividades, para não perder a oportunidade, é pertinente dizer que um dos indícios (uma tipologia) em torno da natureza fantasmagórica de uma empresa é, justamente, a presença de um objeto social chamado de “guarda-chuva”. A razão é simples: quanto mais variada sua atuação nos ramos da economia, maior será a potencialidade das fraudes, mediante o aumento da capilaridade das habilitações que poderão ser forjadas.

Feitas essas considerações, retornemos ao ponto inicial da pesquisa que propomos: a localização da empresa. De posse do endereço obtido no prefalado comprovante, o que pode ser confrontado com as informações constantes dos próprios atos de constituição (contratos sociais, alterações etc.), caso já os

tenham, em forma de cópias (sem desconsiderar outros mecanismos de acesso), poderá o analista lançar mão de uma ótima funcionalidade, hoje à disposição de qualquer usuário e com recursos importantíssimos (como a “linha do tempo”): o Google Maps⁵.

O uso dessa ferramenta, além de diminuir custos operacionais, permitirá a formulação de algumas visões em torno da presente temática, isto é, possibilitará um primeiro contato visual com a “empresa alvo”. As percepções, então angariadas, podem ser múltiplas: identificação (ou não, empresa fantasma, neste caso) do estabelecimento comercial, impressões sobre sua estrutura operacional, compatibilidade com o seu objeto social e com valor de seu capital integralizado, bem como possíveis vínculos com outra(s) empresa(s). E o conjunto dos indicativos retro, a par de outros, pode sugerir, assim, a condição de “fachada” da organização ora avaliada.

Seguindo. Identificada(s) (ou não) no espaço a(s) empresa(s) pesquisada(s), poderá o analista/investigador perquirir seu histórico de participações em licitações públicas. O emprego de regras de negócios (ou códigos) pertinentes e de

⁵ Essa funcionalidade permite, a quem consultar o site do Google Maps ou baixar o aplicativo Google Earth, chegar a visão do local a ser plotado com “vista de rua”, como se lá estivesse (*street view*).

uma boa ferramenta de mineração e análise de dados em massa (*Data mining*) poderá ensejar impressões outras para a investigação (novos indicativos), como: incompatibilidade do volume de receitas recebidas com a estrutura operacional da empresa; nichos específicos de atuação que podem induzir loteamentos; caráter de “prateleira” de algumas corporações e do uso atípico delas (meramente “noteiras” ou erigidas apenas para tumultuar os certames).

Esses dados podem ser obtidos por meio do “Portal da Transparência”⁶ e dos Tribunais de Contas dos Estados, ressaltando que, no Estado da Paraíba, tal repositório advém do Sistema de Acompanhamento da Gestão dos Recursos da Sociedade (SAGRES), cujo acesso ocorre por intermédio da seguinte página: <https://sagres.tce.pb.gov.br/>.

Por falar em Portal da Transparência do Governo Federal, outros recursos podem ser explorados, como o de “Consultas Temáticas”, na aba “Despesas”, a fim de buscar informações sobre o perfil financeiro do(s) sócio(s) ou

⁶ No Portal da Transparência (Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 27 mar. 2018.) podem ser encontrados dados detalhados sobre a execução orçamentária e financeira do Governo Federal, com possibilidade de pesquisar informações por dia e pela fase de despesa (empenho, liquidação ou pagamento). Os Estados também dispõem de semelhante recurso e os portais municipais, em regra, carecem de melhor transparência e acessibilidade.

empresário de uma dada empresa(s). O *site* em tela também permite consultar empresas inidôneas ou suspensas (por dois cadastros: CEIS e CNEP), lembrando que à admissão à licitação ou a celebração de contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo se caracteriza como crime (art. 97 da Lei nº 8.666/93).

Registre-se que a criação do CNEP (Cadastro Nacional de Empresas Punidas) foi uma novidade trazida pela Lei nº 12.846/13 (art. 22), timbrando que, diferentemente do CEIS (Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas), o referido banco de dados contempla, não só o rol de empresas punidas com base na própria Lei Anticorrupção, mas igualmente aquelas que tenham celebrado acordos de leniência.

Por outro lado, como uma espécie de ação de fomento, o art. 29 da Lei nº 8.666/83 dispõe sobre a comprovação da regularidade (o que é diferente de “quitação”, Súmula 283 do TCU) fiscal e trabalhista dos licitantes, objetivando permitir à Administração verificar a idoneidade daqueles quanto às suas obrigações perante o Fisco (das três esferas, hipótese mais usual), à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (regularidade no tocante às contribuições correlatas),

bem assim à Justiça do Trabalho, concernente a inexistência de débitos inadimplidos.

O ponto ganha interesse porque a prática tem demonstrado que uma das evidências (tipologia) da natureza instrumentária de algumas empresas reside, precisamente, na ausência da acurácia relacionada ao conteúdo e à adequação de certas certidões e certificados (afora outros documentos de natureza contábil), que materializam a situação de regularidade exigida pela legislação, como condição de habilitação, mas que, pela negligência de membros das Comissões Permanentes de Licitação ou de pregoeiros com as fraudes, não têm passado por qualquer controle de integridade.

E não se olvide que o art. 55, inciso XIII, da lei mencionada, prevê que o contratado é obrigado a manter, durante toda a execução contratual, as condições de habilitação exigidas na licitação, entre as quais se inclui a prova da regularidade fiscal e trabalhista, pena de rescisão do contrato e execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidas à Administração, além de outras penalidades já previstas em lei (arts. 78, inciso I, 80, inciso III, e 87), conforme deixou assentado o TCU no Acórdão nº 964/12 – Plenário.

Ressalte-se que, no âmbito federal, a demonstração da regularidade fiscal se perfaz, hoje, por intermédio da Certidão Conjunta expedida pela Secretaria da Receita Federal e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional de Débitos relativos aos tributos federais e à Dívida Ativa da União, em conformidade com os Decretos nºs 5.586/05 e 6.106/07, Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 3/07 e IN RFB nº 734/07 (BITTENCOURT, 2016, p. 343). Os outros documentos comprobatórios dessa qualificação são: a Certidão Negativa de Débitos (CND) para a seguridade social (INSS) e o Certificado de Regularidade para fins do FGTS.

Resulta daí que as buscas por tais documentos (e a conferência pela autenticidade deles) se apresenta como medida necessária e, plenamente, possível, mediante consulta aos seguintes sítios:

<http://idg.receita.fazenda.gov.br/orientacao/tributaria/certidoes-e-situacao-fiscal>

<http://cnd.dataprev.gov.br/cws/contexto/cnd/cnd.html>,

administrados pela Receita Federal, além do

<https://www.sifge.caixa.gov.br/Cidadao/Crf/FgeCfSCriteriosPesquisa.asp>, cuja unidade gestora é a Caixa Econômica Federal.

Nesse prumo, deve-se destacar que, de igual modo, os *sites* das receitas de cada Estado permitem a emissão e validação de seus certificados negativos de débitos⁷, bem como a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) pode ser, facilmente, obtida na página do Tribunal Superior do Trabalho. A CNDT, fazendo um breve aparte, constitui, inclusive, em ferramenta indispensável para evitar (ação preventiva) a responsabilização subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas não pagos pela contratada.

No mais, ainda na linha do que se busca prestigiar com este tópico, isto é, do uso de fontes abertas como instrumento de pesquisa para a identificação de evidências em torno do eixo deste trabalho (empresas instrumentárias – “fantasmas” ou de “fachada”), a exploração das redes sociais não pode ficar alijada deste processo cognitivo.

Isso porque a presença de “laranja(s)” (consciente ou inconsciente⁸), nos quadros sociais de uma empresa, é outra

⁷ Por exemplo, para consultar o SER-Paraíba, acessar <https://www.receita.pb.gov.br/ser/servirtual/certidoes/emissao-de-certidao-de-debitos-cidadao>.

⁸ O “laranja” consciente tem conhecimento do uso do seu nome como interposta pessoa, mas não detém nenhuma outra atribuição (de comando, administração etc.); e pode receber, para isso, remuneração ou outros benefícios pessoais ou econômicos. Geralmente, conferem procurações com amplos poderes de gerência para os “sócios de fato”. O inconsciente não tem

tipologia que pode ter o condão de endossar a natureza embusteira que ora se comenta, de modo que tais ambientes virtuais são pródigos no fornecimento de dados úteis à composição do perfil social e econômico dessas “entidades” investigadas e para o entendimento de certos vínculos pessoais e profissionais que possam existir entre ele(s) e outros personagens, cujos relacionamentos, nem sempre, são frutos do mero acaso.

4.2 Das fontes fechadas

Fontes fechadas são aquelas cujos dados são protegidos ou negados, de sorte que o acesso a eles dependerá de autorização judicial (informações referentes a sigilo telefônico, bancário, fiscal etc.) ou de credenciamento (*login* e senha, em regra) fornecido pelo órgão ou empresa a qual (a fonte) está subordinada (importância dos convênios). Sobre essa última modalidade, cuidaremos no item que se segue.

conhecimento do uso do seu nome como interposta pessoa. É o caso, por exemplo, das pessoas que têm seus documentos pessoais extraviados e, posteriormente, seus dados usados em algum esquema criminoso.

4.2.1 Bancos de dados de acesso restrito e pertinência temática

O volume dos dados estruturados (em formato específico/rígido, pois) que estão, atualmente, à disposição das agências de investigação é significativo, e as informações produzidas em casos de difícil prova (com o envolvimento de organizações criminosas) demandam, acima de tudo, a definição de escopo(s), a formulação de estratégias de ação e o conhecimento das bases passíveis de exploração, de acordo com cada temática posta à prova, sob pena de o analista/investigador se perder nesse emaranhado informacional.

Diante disso e no prumo da delimitação proposta nas linhas anteriores, continuaremos com o processo de imersão incidente sobre dados que, inobstante, agora, de acesso condicionado, igualmente guardam relação com todos os conceitos antes vistos (de empresa, estabelecimento comercial e fatores de produção) e que, por isso, podem agregar, depois de juízos de adequação (ou não) a ser feito entre eles (dados vs. conceitos), novas evidências em torno da natureza instrumentária de certas empresas.

A variedade de bases de dados e as limitações deste artigo impõem selecionar algumas daquelas, neste momento, de

sorte que abordaremos, de forma sintética, as seguintes fontes: Junta Comercial, Serpro, Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia (CREA), considerando o foco incidente sobre as empresas de construção civil.

Primeiramente, falaremos sobre as Juntas Comerciais, ora integrantes da REDESIM. Têm elas a função de registrar os atos constitutivos das empresas e atividades afins, além das respectivas alterações. Sua importância se destaca pela atualização das informações que constam desse acervo. Mudanças ocorridas nos quadros societários (exclusão e readmissão), por exemplo, devem ser bem observadas pelos investigadores, considerando a letra do art. 9º, inciso III, da Lei nº 8.666/93. A presença de procurações arquivadas pode induzir, por seu turno, a condição de “laranja” dos sócios.

Informações outras, como o nome do(a) contador(a), de onde é possível extrair vínculos diversos, e a presença dos correlatos documentos contábeis (balanços patrimoniais) também são passíveis de exploração, máxime porque estes últimos revelam, geralmente, dados ideologicamente falsos, em situação característica (típica) de empresa instrumentária. Essa constatação restará positivada, com mais acuidade, ao ensejo das

medidas judiciais de quebra de sigilo fiscal, cujo terreno precisa ser preparado.

Já o Serpro, congrega parte da base de dados da Receita Federal do Brasil concernente ao CPF e CNPJ. E inúmeras são as informações disponíveis, tanto no sistema CPF da RFB, quanto no sistema CNPJ, as quais têm a capacidade de gerar múltiplas visões: presença de vínculos entre pessoas físicas e jurídicas, perfis econômicos dos sócios, empresas com prazo de validade, entre outras. Nenhum dos dados neles (sistemas) contemplados, por mais simples que sejam (como a data de nascimento do sócio ou de criação da empresa – contexto da capacidade técnica), podem ser descartados, pois possuem o poder de criar indícios de fraudes em determinadas licitações.

Falando em capacidade técnica (art. 30 da Lei nº 8.666/93), todas as empresas de construção civil precisam ter registro ou inscrição no CREA (outra fonte de dados); e, mais do que isso, todos os serviços e obras de engenharia contratadas pelo Poder Público não podem prescindir do regular acompanhamento do profissional (engenheiro) habilitado para tanto. Um encargo das empresas e uma garantia para a sociedade, que deveria receber equipamentos dentro dos prazos

contratuais e com a qualidade equivalente ao preço pago. De acordo com o ensinamento de Santos (2015):

A Lei nº 5.194/66 determina ainda, no art. 15, que “são nulos de pleno direito os contratos referentes a qualquer ramo da engenharia, arquitetura ou da agronomia, inclusive a elaboração de projeto, direção ou execução de obras, quando firmados por entidade pública ou particular com pessoa física ou jurídica não legalmente habilitada a praticar a atividade” de engenharia ou arquitetura, conduta que, de resto, configura contravenção penal nos termos do art. 47 do Decreto-Lei nº 3.688/41 (SANTOS, 2015, p. 329).

Não sem razão: essas atividades estão intimamente relacionadas com a consagração de direitos fundamentais do cidadão e importam em risco aos trabalhadores e aos futuros usuários, em caso de vícios, de modo que devem ser acompanhadas (ter um responsável legal). Uma presença técnica que precisa, na verdade, ser exigida pela própria administração, por meio de seus fiscais de contrato, como medida de prevenção às fraudes na execução que, infelizmente, ocorrem.

E a definição dessa(s) responsabilidade(s) advém, para os efeitos legais, com o registro das Anotações de Responsabilidade Técnica (ART) perante o CREA, na forma da Lei nº 6.496/77:

todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obra ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia fica sujeito à ‘Anotação de Responsabilidade Técnica (ART)’.

Uma realidade que não existe na vida das empresas instrumentárias, as quais não emitem esses documentos ou, quando os emitem, seus quantitativos, por vezes, sequer aproximam-se do número correspondente aos contratos firmados com os órgãos públicos (outra tipologia).

Essa preocupação, em realidade que também se projeta para outras facetas investigativas passíveis de exploração (fala-se da “matrícula CEI” e subsequente perquirição de GFIP), não existe porque as empresas “fantasmas” ou de “fachada” não possuem estrutura operacional (empregados, maquinários, veículos) para executar qualquer contrato. Não passam, assim, de uma figura de “interposição” ou de uma “capa” que serve apenas para encobrir a identidade do verdadeiro executor: empresa “concorrente” e “derrotada” no certame, ou outra que sequer participou desse ato (violação ao princípio licitatório) e mesmo agentes públicos que se utilizam da própria estrutura das Prefeituras, por exemplo.

Continuando. Quando uma empresa assume um contrato de obra pública ou, com mais razão, diversos, além de lastro

financeiro inicial para suportar os compromissos ordinários com as primeiras medições, seus quadros de profissionais (fator de produção: mão de obra), de igual modo, deverão ser compatíveis com o volume de serviços demandado, concomitantemente, em determinado período de tempo. Uma proporcionalidade, há de se entender, não só quantitativa, mas, também, qualitativa, com destaque para a natureza das ocupações que guardam íntima relação com as obras e/ou serviços de engenharia.

E é possível identificar parâmetro(s) para balizar essa compatibilidade, extraindo informações, nos Portais da Transparência e no dos Tribunais de Contas, sobre o volume de recursos pagos com os contratados, de um lado, e os dispêndios feitos com a mão de obra, de outro (a base de cálculo para incidência da contribuição previdenciária poderá ser também eleita para estimar esse último gasto).

O que se quer dizer com isso é que, se caracterizada essa situação de incompatibilidade (tipologia), a conclusão será a de que a sociedade empresária (ou o empresário individual), efetivamente, não seria a responsável pela execução do empreendimento contratado, pois está ausente o nexo de causalidade entre sua capacidade técnica em realizar as obras ou o serviço e os pagamentos pela execução destes, em casos

clássicos de subcontratação ilegal (com fraude na emissão de notas) e terceirização irregular.

Daí a importância, nesse ponto, de acesso ao sistema da RAIS para bem avaliar as nuances em torno desse fator de produção de uma empresa. Eis algumas das informações possíveis de obtenção: número de empregados em determinada empresa, ocupações (CBO), datas de admissões, informações referentes ao estabelecimento, dados cadastrais do responsável por sua entrega, etc.

Com os dados dessa base, via vínculos (atuais e anteriores) e rendimentos, outros juízos poderão, por fim, ser feitos, indicando, outrossim, a condição de “laranja” de alguns sócios ou empresários. Esse sistema é, portanto, outra ferramenta interessante para a produção de conhecimento(s).

5 PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO E/OU CONHECIMENTO

Ao longo deste texto, discorreremos sobre inúmeros dados e suas fontes, aqueles em sua acepção original, dentro do ciclo de produção do conhecimento, com características de representação de fatos, essencialmente, os quais, em processo

posterior e dentro de apurações oficiais, precisam ser entendidos, com base em vivências e conceitos predefinidos, e tratados para, ao final, gerarem informações úteis às posteriores tomadas de decisões.

Essas informações (conhecimento gerado) farão parte de relatórios e, no caso dos órgãos de persecução, poderão ensejar medidas de reconhecimento e/ou outras ações de busca, como de dados proibidos, mediante o emprego de outras técnicas especiais de investigação, a exemplo das medidas encartadas no art. 3º da Lei nº 12.850/13, as quais poderão ter escopos variados: identificar autores (e seus vínculos) e suas posições dentro de uma organização, reforçar o caráter instrumentário de algumas empresas, entender a dinâmica do crime(s) por eles praticado(s), materializá-los, descobrir o caminhado de valores públicos, possivelmente desviados, além de resgatá-los, propósito maior da atuação estatal.

6 CONCLUSÃO

A corrupção é sintoma de que alguma coisa errada ocorreu na condução da máquina pública. Não é ela, no atual estágio em que se encontra (de clara generalização), produto

apenas de fatores históricos, máxime quando a população acaba por assimilá-la, de algum modo, por intermédio de práticas não republicadas ou levadas a efeito pela simples satisfação de interesses pessoais (política da vantagem, concretizada pelo “jeitinho”). Outros fatores pesam nessa balança, como o cultural e o educacional, de formação de base, pois. A impunidade, e operações como a Laja Jato não são, como se sabe, a regra no nosso país (o sucesso dessa apuração, em particular, é produto de uma conjunção de fatores, com destaque para a grande cobertura do caso e para a pressão popular), ainda torna as fraudes licitatórias, a título de ilustração, um crime “atrativo” aos corruptores. As penas são baixas, os processos morosos e a recomposição do erário não se tem tornado medida tão simples. Muito se tem que evoluir, a exigir uma nova forma de pensar dos operadores, sobretudo, do direito penal, longe de qualquer anacronismo tradicional e mais próximo de uma visão funcionalista.

E a evolução virá, sem dúvida alguma, com uso da tecnologia nas investigações (com a coleta de dados e análises incidentes sobre eles) e com a compreensão de que os crimes de difícil prova carecem de um olhar mais acurado, mais técnico e que, de modo algum, pode ficar alijado desse processo

revolucionário. Não se combate mais o crime organizado (pelos rastros que quase não deixam e pelo código de silêncio que impera nesses redutos) com as técnicas de investigação tradicionais e calcadas em prova pessoal. Urge, assim, a valorização da prova material, da técnica e do uso da prova indiciária nesses casos. Os órgãos de investigação precisam estimular a construção de tipologias e difundir essas práticas, pois, somente assim, conseguirão formular hipóteses sólidas e resistentes a casuísmos.

Acolhendo, por fim, as palavras de Peale (2006, p. 127), lembremos: “Os covardes nunca tentam, os fracassados nunca terminam, os vencedores nunca desistem”.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Prólogo. In: TOTOSA, José Maria. *Corrupción*. Corrigida y aumentada, TOTOSA, José Maria. Barcelona: Icaria, 2013, pp. 5-26.

BARRETO, Alesandro Gonçalves. WENDT, Emerson. CASELLI, Guilherme. *Investigação digital em fontes abertas*. Rio de Janeiro: Brasport, 2017.

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação passo a passo*. 8. ed. rev. atual e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BRASIL. *Doutrina nacional de inteligência de segurança pública*. Brasília: MJ, 2009.

_____. Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Brasília: 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 27 mar. 2018.

CARVALHO, Jailton de. GULLINO, Daniel. *Corrupção é principal preocupação para 62% dos brasileiros, mas denúncias podem ser coadjuvantes*. 31 dez. 2017. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/corrupcao-principal-preocupacao-para-62-dos-brasileiros-mas-denuncias-podem-ser-coadjuvantes-22241432>. Acesso em: 27 mar. 2018.

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

DEMATTE, Flávio Rezende. O funcionamento do Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS). In: MUNHÓS,

JORGE; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017, pp. 665-678.

DIAS, Jefferson Aparecido. MACHADO, Pedro Antônio de Oliveira. Atos de corrupção relacionados em licitações e contratos. In: MUNHÓS, JORGE; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (org.). *Lei anticorrupção e temas de compliance*. 2. ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017, pp. 71-101.

PEALE, Norman Vincent. *O poder do pensamento positivo*. Trad. Leonidas Gontijo de Carvalho. 75. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.

SANTOS, Franklin Brasil. SOUZA, Kleberson Roberto de. *Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos administrativos: formação e controle interno da execução com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

Aplicação da lei de licitações na Justiça Militar da União: perspectivas sancionatórias (pena de multa) e processuais

Wendell Petrachim Araujo

Especialista em Direito Público

Especialista em Ciências Militares Complementares

Juiz Federal Substituto da Justiça Militar

RESUMO. Este artigo tem por finalidade realizar uma análise crítico-jurídica acerca da alteração legislativa promovida pela Lei 13.491/2017, que alterou o Código Penal Militar (CPM), possibilitando o processamento e julgamento de crimes não previstos no *Codex Castrense*, entre eles, os insertos na Lei de Licitações. Nessa toada, será feita uma abordagem do tema objetivando-se trazer novas perspectivas interpretativas (penais

e processuais) acerca dos crimes licitatórios (diferenciando-os, inclusive, de atos administrativos irregulares e de atos de improbidade) na justiça militar. Para tanto, será feita uma abordagem a respeito da alteração promovida pelo legislador ordinário na lei penal militar, seguindo-se com as nuances estabelecidas pela Lei 8.666/93 e o seu devido cotejamento com a legislação castrense – CPM e o Código de Processo Penal Militar (CPPM). Este aspecto reveste-se de extrema relevância na medida em que se delinearão propostas reflexivas para se concluir pela possibilidade, ou não, da aplicação do rito adjetivo castrense na sua apuração, bem como sobre a possibilidade de aplicação da pena de multa (prevista em todos os tipos penais encontrados na lei de licitações).

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13.491/2011. Lei de Licitações. Crime militar. Possibilidade. Novas perspectivas penais e processuais.

ENGLISH

TITLE: Application of the Bidding Law in Military Justice of the Union: Sanctionatory Perspectives (Fine Penalty) and Procedural.

ABSTRACT: The purpose of this article is to carry out a critical-legal analysis of the legislative change promoted by Law 13.491/2017, which amended the Military Penal Code (CPM), making it possible to process and prosecute crimes not provided for in the Military *Codex*, including the inserts in the Bidding Law. In this light, an approach to the theme will be made in order to bring new interpretive perspectives (criminal and procedural) about bidding crimes (differentiating them, even, from irregular administrative acts and acts of improbity) in military justice. To this end, an approach will be made regarding the amendment promoted by the ordinary legislator in the military criminal law, followed by the nuances established by Law 8.666/93 and its due comparison with the military legislation – CPM and the Military Criminal Procedure Code) (CPPM). This aspect is extremely relevant as reflective proposals will be outlined to conclude whether or not the

application of the military adjective rite in its investigation, as well as the possibility of applying the fine (provided for in all criminal types found in the bidding law).

KEYWORDS: Law 13.491/2011. Bidding Law. Military crime. Possibility. New criminal and procedural perspectives.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da natureza jurídica da alteração promovida pela Lei 13.491/2017 e a competência da Justiça Militar – 3 Da diferença entre irregularidade administrativa, ato de improbidade e crime licitatório – 4 Aspectos penais da aplicação da lei de licitações na Justiça Militar (pena de multa) – 5 Rito processual a ser adotado na apuração dos crimes da Lei 8.666/93 – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

De início, cumpre ressaltar que a Lei 13.497/17 alterou o artigo 9º do CPM, tendo incluído, no âmbito da competência da Justiça Militar, crimes previstos na legislação penal alienígena

ao Diploma Repressivo Castrense (não apenas os crimes previstos no Código Penal Comum, mas também aqueles previstos na Legislação Penal Especial – como a Lei 8.666/93), consoante podemos observar do quadro comparativo abaixo, *ipsis litteris*:

REDAÇÃO ANTIGA DO CPM	APÓS A LEI Nº 13.491/2017
<p>Art. 9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>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;</p> <p>II – <u>os crimes previstos neste Código</u>, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados: [...].</p> <p>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: [...]. (grifos nossos)</p>	<p>Art.9º. Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:</p> <p>I – [...].</p> <p>II – os crimes previstos neste <u>Código e os previstos na legislação penal</u>, quando praticados: [...].</p> <p>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, <u>como os do inciso II</u>, nos seguintes casos: [...]. (grifos nossos)</p>

Rompeu-se, desse modo, o entendimento consubstanciado, até então, de que o fato de os crimes

licitatórios não encontrarem previsão no CPM afastaria a atribuição de competência à Justiça Castrense, uma vez que a redação antiga do art. 9º exigia que a conduta típica estivesse expressamente prevista no *Codex Criminal Militar*.

Destaque-se, ademais, o seguinte excerto do artigo¹ intitulado: “*Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal*”, de autoria de Verônica Freitas Rodrigues Alves, publicado na Revista do Ministério Público Militar, antes da nova redação do art. 9º, do CPM (que elucida o entendimento do assunto até a edição da Lei 13.497/17), *in fine*:

Entretanto, diante do limitado rol de tipos penais sobre a matéria no CPM, a atuação da Justiça Militar fica prejudicada, visto que a sua competência é adstrita aos crimes militares, não podendo julgar delitos previstos em outras leis. Desse modo, as condutas ficam, por diversas vezes, impunes, diante da ausência de tipificação legal no Código Penal Militar. O que ocorre é um verdadeiro *looping* na aplicação das normas voltadas à responsabilização penal em licitações e contratos administrativos no âmbito da administração militar. Ou seja, segundo o entendimento jurisprudencial dominante, as

¹ Revista do Ministério Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974.

condutas que poderiam caracterizar crime da Lei 8.666/93 e que atingem o patrimônio sob a administração militar são da competência da Justiça Militar; esta, por sua vez, só julga crimes previstos no CPM; [...]. (ALVES, 2015, p. 324.) (grifos nossos)

Veja-se que, a partir dessa alteração legislativa, a competência da Justiça Castrense não restou mais circunscrita ao processamento e julgamento dos crimes previstos apenas no Código Penal Militar, orbitando entre a esfera de matérias cognoscíveis ao Juízo Militar (após o respectivo exercício do direito de ação pelo promotor natural, *ex vi* do art. 34 do CPPM) os crimes previstos, exclusivamente, na legislação penal comum, mas que se mostram de competência da Justiça Especializada pela conjugação do tipo penal comum com uma das condições dos incisos II (quando praticados por militares) ou III (quando praticados por civis ou militares da reserva, tendo em vista que essa hipótese de competência incorpora o conceito do inciso antecedente) do art. 9º do CPM.

Por essas razões, verifica-se que, a partir de 16 de outubro de 2017 (início da vigência da Lei 13.491/147), não restam dúvidas de que compete à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes praticados por civis ou militares em procedimentos licitatórios levados a efeito pelas Forças

Armadas, tutelando-se, assim, o bem jurídico “patrimônio sob a administração militar” e, reflexamente a regularidade das instituições militares.

Ademais, não se pode olvidar que o procedimento licitatório, além de almejar fins gerais (como o desenvolvimento nacional sustentável), direciona-se à observância dos princípios constitucionais que subordinam a Administração Pública e a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público (art. 3º da Lei 8.666/93), de modo que, em se verificando uma excessiva onerosidade na contratação, bem como a frustração do devido procedimento estabelecido para o certame, pode haver a caracterização de uma ofensa ao bem jurídico “patrimônio sob a administração militar”, atraindo-se, em relação ao militar em situação de atividade, a aplicação do art. 9º, II, “e”, CPM; e, quanto ao civil, a do art. 9º, III, “a”, CPM.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 13.491/2017 E A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

Não podemos perder de vista que o ponto nevrálgico da discussão sobre a competência da Justiça Militar para processar

e julgar crimes estabelecidos na legislação penal extravagante (entre elas a Lei 8.666/93) exsurge a partir de questões de direito intertemporal e da própria definição da natureza jurídica da norma inserta no art. 9º do Código Penal Militar.

Sobre o tema, valiosos são os ensinamentos do Professor Renato Brasileiro de Lima², segundo os quais o conceito de crime militar do art. 9º do Código Penal Militar representa natureza jurídica de norma processual inserida em lei material (“norma heterotópica”), de modo a atrair o critério da “aplicação imediata”, devendo, além do mais, os feitos (ainda não sentenciados) serem remetidos, imediatamente, à Justiça Militar, sem prejuízo da observância da irretroatividade da *lex gravior* ou a ultratividade da *lex mitior, ipsius litteris*:

[...] Na verdade, o conceito de crime militar constante no art. 9º, incisos I, II e III, do Código Penal Militar, funciona como verdadeiro exemplo de norma heterotópica. Como exposto no Título introdutório deste Manual, há determinadas regras que, não obstante previstas em diplomas processuais penais, possuem conteúdo material, devendo, pois, retroagir para beneficiar o acusado. Outras, no entanto,

² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. - 6. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPodium, 2018.

inseridas em leis materiais, são dotadas de conteúdo processual, a elas sendo aplicável o critério da aplicação imediata (*tempus regit actum*). É aí que surge o fenômeno denominado heterotopia, ou seja, situação em que, apesar de o conteúdo da norma conferir-lhe uma determinada natureza, encontra-se ela prevista em diploma de natureza distinta. Logo, como se trata de lei processual que altera regras de competência, a Lei n. 13491/17 deve ter aplicação imediata aos processos em andamento, salvo se já houver sentença relativa ao mérito, hipótese em que o processo deve seguir na jurisdição em que ela foi prolatada, ressalvada a hipótese de supressão do Tribunal que deveria julgar o recurso. Enfim, como se trata de norma processual que altera a competência em razão da matéria, não se pode admitir a perpetuação da competência. Afinal, como preceitua o art. 43 do novo CPC, subsidiariamente aplicável ao processo penal comum e militar, “determina-se a competência no momento do registro ou da distribuição da petição inicial, sendo irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem órgão judiciário ou alterarem a competência absoluta”. Por consequência, se o crime praticado por militar em serviço previsto na legislação penal, outrora considerado crime comum, estava em tramitação perante a Justiça Comum (Estadual ou Federal), a entrada em vigor da Lei n. 13.491/17 deverá provocar a imediata remessa do feito à Justiça Militar da União (ou dos Estados). A ressalva a esse deslocamento imediato da competência fica por conta dos feitos nos quais, à época da vigência da Lei n. 13.491/17 (16/10/2017), já havia sentença relativa ao mérito. Nesses casos, o processo deverá continuar tramitando na Justiça de origem, sob pena de violação à competência

recursal. [...]. Esse deslocamento imediato de competência à Justiça Militar (da União ou dos Estados) haverá de ser feito sem prejuízo da observância do princípio da irretroatividade da *lex gravior* (ou ultratividade da lei penal mais benéfica) pelo Juiz de Direito do Juízo Militar Estadual ou pelos respectivos Conselhos de Justiça. (LIMA, 2018, p. 367-368) (grifos nossos)

Noutro giro, o Professor e Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo Ronaldo João Roth³ leciona que o referido dispositivo legal tem dupla natureza jurídica, caracterizando o que a doutrina costuma classificar de “norma processual material” ou “norma híbrida”, cujo aspecto processual (competência) aplica-se imediatamente aos inquéritos e processos em andamento em outras esferas do Poder Judiciário (pelo princípio do “*tempus regit actum*”), independentemente de qualquer perquirição sobre eventuais prejuízos ou vantagens ao réu, *in fine*:

A lei em comento tem dupla natureza jurídica, pois, de um lado, trata de aspecto penal ao ampliar o rol de crimes militares com os tipos penais da lei penal comum (crimes militares por extensão); e, de outro, cuida de aspecto

³ ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (*Lei 13.491/17*), in *Revista Direito Militar*, n. 126, Florianópolis: AMAJME, 2017.

processual ao conferir à JMU a competência para conhecer dos crimes dolosos contra civil, bem como ampliando a competência da JMU e da JME para conhecer os ditos crimes militares por extensão. [...]. Dessa forma, vários efeitos daí decorrem. Assim, por exemplo, em relação ao aspecto penal haverá incidência do princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais gravosa (art. 5º, XL, CF) e, em relação ao aspecto processual, haverá a aplicação imediata da lei (pelo princípio *tempus regit actum*), independentemente de ser ou não mais benéfica ao réu, devendo os atuais inquéritos e processos da justiça comum serem remetidos para a justiça militar, como ocorreu inversamente à época da edição da Lei 9.299/96, cujos processos da justiça militar foram remetidos para a Vara do Júri. (ROTH, 2017, p. 34.) (grifos nossos)

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Conflito de Competência nº 160.902/RJ, referendou a posição acerca da natureza híbrida da norma inserta no art. 9º do CPM, tendo declarado a competência do foro castrense para processar e julgar crime licitatório praticado, em tese, por militar em situação de atividade contra o patrimônio sob a administração militar antes do advento da Lei 13.491/2017, pela aplicação imediata das questões de índole exclusivamente processual, *in verbis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA.
PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME
CONTRA A LEI DE LICITAÇÕES

PRATICADO POR MILITAR EM SITUAÇÃO DE ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR. SUPERVENIÊNCIA DA LEI N.º 13.491/2017. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. SENTENÇA DE MÉRITO NÃO PROFERIDA. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PERPETUATIO JURISDICTIONIS. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR COMPETENTE O JUÍZO SUSCITANTE. 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. (CC 160.902/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2018, DJe 18/12/2018) (grifos nossos)

Na mesma esteira, já se posicionou o Egrégio STM, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. LEI DE LICITAÇÕES E CPM. LEI Nº 13.491/2017. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. 1. A Lei nº 13.491/2017 ampliou o conceito dos crimes militares, incluindo nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM também as previsões da legislação penal comum. 2. Com relação aos aspectos puramente processuais, a Lei deve ser aplicada de imediato, inclusive para os fatos praticados antes da sua vigência, em observância ao Princípio Tempus Regit Actum, sem que com isso haja ofensa ao Princípio da Anterioridade da Lei Penal. 3. A classificação de um crime tido como comum para um delito de natureza militar não se traduz, automaticamente, em situação menos benéfica para o Réu. Recurso conhecido e não provido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 7000428-06.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA. Data de Julgamento: 01/07/2019, Data de Publicação: 13/08/2019) (grifos nossos)

Logo, resta indene de dúvidas, independentemente da vertente teórica adotada, que compete ao Juízo Castrense processar e julgar os crimes previstos na legislação penal comum (praticados por civis ou militares) contra o patrimônio sob a administração militar, mesmo que perpetrados, em tese, antes do advento da Lei 13.491/2017, tendo esse entendimento sido referendado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua jurisprudência em teses⁴: “14) Compete à Justiça Castrense processar e julgar os crimes licitatórios praticados por militar contra patrimônio sujeito à administração militar (art. 9º do Código Penal Militar – CPM)”.

3 DA DIFERENÇA ENTRE IRREGULARIDADE ADMINISTRATIVA, ATO DE IMPROBIDADE E CRIME LICITATÓRIO

Antes de analisamos os aspectos concernentes aos delitos licitatórios (com previsão na Lei 8.666/93) não olvidemos que a contrariedade aos ditames legais encontrados em procedimentos

⁴ EDIÇÃO N. 134: DOS CRIMES DA LEI DE LICITAÇÃO - LEI N. 8.666/1993. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/tocedicoes.jsp>. Acesso em: 30 ago. 2020.

administrativos (processos licitatórios) não representam, necessariamente, a prática de um ato típico, antijurídico e culpável, e, às vezes, nem mesmo de um ímprobo do agente.

Gize-se, ademais, no tocante a questões envolvendo irregularidades administrativas (realização de tomada de contas), e suas respectivas punições (tendo-se em conta a independência das esferas administrativas, cíveis e penais), o Tribunal de Contas da União já decidiu, *ipsis litteris*:

Ao contrário do que sustenta o recorrente, para a imputação em débito, não é necessária a comprovação da má-fé ou desonestidade do agente. Nas hipóteses em que for constatado dano ao erário resultante de omissão no dever de prestar contas, de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou desvio de dinheiro público, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade do agente público que praticou o ato irregular (artigo 16, § 2º, alínea ‘a’, da Lei 8.443/1992). Não é necessária, assim, a conduta dolosa, bastando apenas a modalidade culposa. O Tribunal não condenou o prefeito por ato de improbidade administrativa. Nem poderia, pois não é da competência dos Tribunais e Conselhos de Contas condenarem gestores por atos desta natureza, os quais devem ser apurados em procedimento próprio no âmbito do Poder Judiciário. A improbidade administrativa deve ser apurada em processo movido pelo Ministério Público, a ser julgado pela autoridade judicial. Frisa-se que a condenação em débito, embora acarrete a obrigação de restituir determinada importância à União, não é sanção, mas sim

recomposição do patrimônio público ao status quo anterior. Quando a boa e regular aplicação de recursos não pode ser comprovada, considera-se causado dano ao patrimônio da União, um prejuízo, tendo lhe sido lesionado um bem jurídico. Dessa forma, do ato danoso, nasce a obrigação de indenizar, de restaurar o equilíbrio jurídico-econômico quebrado pelo agente. É assim desnecessária, para o julgamento pela irregularidade das contas ou para a aplicação de multa em processo de fiscalização, a caracterização de ato doloso de improbidade. Basta que o gestor tenha cometido, de forma não justificada, ato ilegítimo ou antieconômico lesivo ao Erário ou deixado de adimplir sua obrigação de prestar contas dos recursos recebidos, e que lhe fosse exigível conduta diversa, para ficar caracterizada sua responsabilidade subjetiva. 5.9. E na mesma linha o seguinte excerto do voto que orientou o Acórdão TCU 6.173/2011-1.ª Câmara, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro: “20. Ressalto que a recomposição do dano ao erário independe de ter havido ou não prática de ato de improbidade administrativa ou aferimento de vantagem pelo gestor em razão da execução do convênio.” 5.10. Além disso, considerando que inexistia nos autos cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato, não há como saber se os preços contratados estavam abaixo da média do mercado como afirmam os recorrentes. (GRUPO I - CLASSE I - Primeira Câmara. TC 020.069/2014-6. Acórdão 10853/2018 – Primeira Câmara, 11/09/2018) (grifos nossos)

Noutro giro, no que se refere à improbidade administrativa (no contexto das licitações e contratos), prescreve a Lei 8.429/92, *in verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...];

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente; [...]. (grifos nossos)

Diga-se, de passagem, que, por exemplo, para configuração de um ato de improbidade administrativa pelo gestor, entende o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que não se pode puni-lo, nessa esfera, pelo simples fato de ser um mal administrador, devendo estar configurado, necessariamente, o seu agir doloso ou, ao menos, com culpa, *in fine*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...] 3. No tocante à necessidade de comprovação de dolo e má-fé nos atos de improbidade “a jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a

responsabilização objetiva dos agentes públicos” (REsp 997.564/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, in DJe 25/3/2010). No presente caso, o Tribunal de origem reconheceu o elemento subjetivo necessário à subsunção da supracitada norma. Assim, alterar a conclusão do julgado quanto à presença do dolo e má-fé do agente administrativo enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. Incidência da Súmula 7/STJ. (REsp 1431610/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 26/02/2019) (grifos nossos)

Para além disso, segundo se pode perceber, a Lei 8.666/93 define várias condutas criminosas, de modo que, assim como ocorre para se identificar um crime de natureza militar, há um caminho a ser percorrido pelo intérprete (operador do direito) para se chegar à conclusão de que determinado ato pode ser caracterizado como um delito licitatório, tendo-se em conta que, após a sua ocorrência (típico e antijurídico), deve-se verificar todas as suas nuances, bem como o rol estabelecido do art. 89 ao art. 98.

Constata-se, destarte, que não há como se falar em crime licitatório de competência da Justiça Militar sem que antes a conduta do agente tenha se amoldado nas diversas situações elencadas na Lei 8.666/93, e, na sequência, nos requisitos

estabelecidos pelo art. 9º (tempo de paz) ou do art. 10 (tempo de guerra) do Código Penal Militar.

4 ASPECTOS PENAIS DA APLICAÇÃO DA LEI DE LICITAÇÕES NA JUSTIÇA MILITAR (PENA DE MULTA)

Estabilizadas as balizadas acerca da possibilidade de os crimes licitatórios serem processados e julgados na Justiça Militar devemos, neste ponto, fazer uma reflexão acerca da aplicação da pena de multa, prevista para todos os crimes tipificados na Lei de Licitações, do art. 89 ao art. 98.

Sobre esse aspecto, com todo o respeito aos brilhantes posicionamentos construídos no sentido da inaplicabilidade da pena de multa na Justiça Castrense, dentro de uma proposta reflexiva, devemos pensar o direito penal militar a partir de uma propedêutica que estabeleça uma perspectiva de prevenção especial, bem como de prevenção geral do direito criminal, *in casu*, com impacto direto na vida da caserna, de modo a imaginarmos a eficácia (ou não) do combate à corrupção (com infringência a lei de licitações), sem a possibilidade de aplicação da pena de multa.

Nesse contexto, tendo-se em conta a nova visão relativamente aos crimes militares, trazida Lei nº 13.491/2017, devemos nos perguntar: diante da não aplicação da pena de multa na seara processual penal castrense, enfatizamos, como manter hígido o combate aos crimes licitatórios sem essa proposta sancionatória pecuniária?

Aqui, cabe pontuar que não é novidade a utilização da lei penal comum (extravagante) na Justiça Criminal Militar, haja vista que isso já era pensado para os crimes cometidos em tempo de guerra, consoante extraímos da exegese do artigo 10 do CPM, em que se estabelece que são considerados crimes militares aqueles previstos na legislação penal comum desde que cometidos/praticados em territórios militarmente ocupados ou estrangeiros, *in verbis*:

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I – os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II – os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV – os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado. (grifos nossos)

Então, como se pode perceber, já havia por parte do legislador ordinário essa preocupação de aplicação da lei penal extravagante, mas, claro, dentro de uma outra visão que era a dos crimes militares cometidos em tempo de guerra, e o que o legislador fez em 2017, com a alteração legislativa do CPM, foi trazer essa mesma forma de pensar para crimes cometidos em tempo de paz.

E, quando fazemos essa análise, nós também temos que ter uma certa preocupação lógica de aplicação do sistema penal militar, isso porque, quando se pensa na aplicação da parte penal da Lei de Licitações, deve-se atentar que ela foi pensada, fora manejada pelo legislador ordinário, levando-se em consideração a parte geral do Código Penal comum, haja vista que o Código Penal Militar não pensou nesse tipo de crime quando estabeleceu os tipos penais em sua Parte Especial.

Gize-se que, a parte geral do CPM não foi estruturada para aplicação da lei penal extravagante (razão pela qual não há previsão da pena de multa), e nem esta foi pensada pelo legislador ordinário tendo em conta a sua utilização em combinação com o *Codex* Castrense, mas sim em sintonia com a utilização do Código Penal Comum.

E não há nada de errado nisso, só uma opção legislativa de regular as respectivas penas e sanções na respectiva legislação extravagante desde isso que não viole a índole da legislação penal e processual castrense (fundamentadas na hierarquia e na disciplina), e harmonize-se com o mandamento constitucional estabelecido pelo constituinte originário em nossa Carta Magna, *ipsis litteris*:

Art. 5º. [...]. XLVI – 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;

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis; [...]. (grifos nossos)

Sobre o assunto, não podemos deixar de trazer brilhante raciocínio conduzido pelo Professor e Promotor de Justiça Militar Adriano Marreiros⁵, em seu artigo “Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança trazida pela Lei 13.491/2017”, acerca da impossibilidade de aplicação da pena de multa nos crimes contra a honra com previsão no CPM (com o que anuímos), mas discordando, com a devida vênia, da impossibilidade de sua utilização quando se está diante de um crime com previsão no Código Penal comum ou na legislação penal extravagante (sem correlação com o CPM), *in verbis*:

Quando analisamos, em nossa obra, os crimes contra a honra, concluímos que:

No que tange a calúnia, difamação e injúria, podemos observar que as penas preveem multa, o que não acontece com o Código Penal Militar. Como já dissemos outras vezes, multa não está entre as penas previstas no Código Penal Militar. A verdade é que a pena pecuniária para militares parece ser um tabu no direito militar e talvez tenha relação com uma ideia de desonra ao se resolver com dinheiro um crime ou uma transgressão.

⁵ *Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança trazida pela Lei 13.491/2017*. Publicado em: <http://genjuridico.com.br/2018/01/08/codigo-penal-militar-perguntas-e-respostas-sobre-mudanca-trazida-pela-lei-13-4912017/>. Acesso em: 26 de agosto de 2020.

Ao contrário do direito penal comum, tais crimes não são de ação penal privada. Aliás, como já foi visto na análise da parte geral do Código Penal Militar contida nesta obra, a regra do Código Penal Militar é a ação penal pública incondicionada, sendo a exceção consistente em alguns crimes contra a segurança externa do país e o caso do comandante do teatro de operações, este somente em tempo de guerra. [...].

Queremos ressaltar, mais uma vez, o que consta do 2.3, supra, acerca das incompatibilidades. Institutos incompatíveis com o Direito Penal Militar, inclusive a Pena de Multa, não serão aplicáveis, mesmo que previstos em tipo aplicável no âmbito penal militar, discordando, assim do que diz o colega Guilherme na continuação do post citado sobre o assunto. (grifos nossos)

Seja dito de passagem, também, que institutos próprios da persecução penal comum, como a composição civil dos danos e a transação penal (Lei 9.099/95), consoante entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência, não têm aplicabilidade na Justiça Militar.

Seguindo-se ao pensamento reflexivo a que se propõe o presente ensaio, afinado com o viés aristotélico, não nos passa despercebido que, do artigo 89 ao 98 da Lei de Licitações, há todos os tipos penais lá inseridos. Fora estabelecida a sanção penal de multa conjuntamente com a respectiva pena privativa de liberdade.

Evidente que isso tem uma razão de ser, pois, voltamos a dizer, como combater efetiva e eficazmente os crimes licitatórios sem a aplicação da pena de multa?

A preocupação com esse tema (combate aos crimes licitatórios) encontra-se, igualmente, em debate nas casas legislativas, como se depreende da exposição de motivos do Projeto de Lei 100/2019⁶, que altera a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, para adequar as penas previstas para os crimes de licitação, e que fora declarado prejudicado em face da aprovação em Plenário da Subemenda Substitutiva Global Reformulada de Plenário ao Projeto de Lei nº 1.292, de 1995, adotada pelo Relator da Comissão Especial (Sessão Deliberativa Ordinária de 25/06/2019), que manteve a mesma proposta, sendo que, de forma consolidada, *in verbis*:

Não é possível, por exemplo, que a fraude a um milionário processo licitatório, que muitas vezes lesa milhares, senão milhões de pessoas ao mesmo tempo, drenando para bolsos privados a verba pública destinada a saúde, educação, moradia e outros bens e melhorias de vida da

⁶ *Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. Projeto de Lei nº 100/2019.* Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707476&filename=PL+100/2019. Acesso em: 28 ago. 2020.

carente população brasileira, seja apenada com detenção de 2 a 4 anos (como ocorre, por exemplo, no art. 90 da Lei nº 8.666/93), enquanto o roubo de um veículo à mão armada, que lesa o patrimônio de uma única pessoa, implique privação da liberdade entre 5 anos e 4 meses e 13 anos de reclusão. A clara distorção fala por si mesma, precisando urgentemente ser superada pelo legislador. Enquanto isso não ocorrer, fraudar licitações continuará sendo um "excelente negócio". [...]. A alteração do §1º, com a elevação do valor da multa, é essencial, posto que os percentuais como constam da redação atual são irrisórios, não representando punição efetiva dos autores desses delitos. É importante ter em conta que a multa, diferentemente da prisão, entra no cálculo econômico do crime. Se uma a cada dez condutas de fraude à licitação é detectada – um percentual otimista para vários desses tipos de crimes – e a multa corresponder a menos de dez vezes o valor da vantagem ilícita, ainda assim o crime valerá a pena. Por isso, é preciso dar maior liberdade ao juiz para fixar uma multa capaz de produzir um efeito dissuasório. (grifos nossos)

Isso porque, quando se trata da macrocriminalidade de viés econômico, tal como os crimes ínsitos na Lei de Licitações, deve-se ter especial atenção ao fato de que esse tipo de delito (quando cometido no interior das instituições militares) exige do Estado-Juiz uma resposta sancionatória (eficiente e eficaz) que coíba a renovação dessa possível prática delitativa, de modo a não colocar em risco todo o arcabouço lógico-jurídico construído

(dentro dos quartéis) nos pilares constitucionais da hierarquia e disciplina.

Imagine-se, por exemplo, um crime licitatório cometido no seio das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), em que a população, a sociedade brasileira, espera dessas instituições (nacionais, permanentes e regulares), justamente um comportamento de retidão e dos maiores valores de probidade? Depositando nelas, inclusive, a confiança na preservação do estado democrático de direito.

Ora, quando o cidadão olha para um militar das Forças Armadas, um comandante de Organização Militar, um coronel, um capitão de mar e guerra, espera dele um aliado no combate à corrupção, em especial, quando se se pensa em atuação de organizações criminosas, caracterizadas pela divisão de tarefas e com a participação de civis.

Nessa toada, quando se fala em desvios de verbas públicas destinadas ao meio castrense, e se observa, exemplificando: a entrega de produtos em vez de outros; inserção de taxa de lucratividade nos preços praticados; entrega de dinheiro em espécie à militares; fraudes nos processos licitatórios; e, às vezes, aliás, dando conta de um verdadeiro consórcio criminoso atuante nas contratações públicas no meio

militar; nessas situações a ferramenta sancionatória da pena de multa, estabelecida no preceito secundário da lei de licitações, demonstra-se perfeitamente consentânea com as finalidades a qual ela se propõe.

Logo, não pairam dúvidas, data máxima vênua, que, quando o legislador ordinário possibilitou que a Justiça Militar processasse e julgasse crimes previstos na Lei de Licitações, não o fizesse de modo integral, mas sim de forma fatiada no tocante à aplicação da pena, possibilitando-se que fosse aplicada a pena privativa de liberdade e que não fosse permitida a cominação da pena de multa (não nos parece ser a melhor hermenêutica ao caso).

Diante desse cenário, a aplicação da pena de multa revela-se necessária e proporcional à gravidade de fatos que ensejam a violação dos tipos penais da Lei 8.666/93, que ostentam alto grau de nocividade não apenas à administração militar, mas para todo o conjunto social, enfadado com a corrupção imbricada nos mais diversos segmentos públicos e particulares do Estado brasileiro, e que deposita nas Forças Armadas a esperança de "última trincheira" na defesa da Pátria e dos Poderes Constitucionais (art. 142 da CF/88).

Nesse contexto, acerca da aplicação da pena de multa na Justiça Militar, cumpre-nos transcrever o seguinte trecho do artigo publicado na Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar⁷, pelo magistrado federal da Justiça Militar Luiz Octávio Rabelo Neto, cuja abordagem, ademais, fora desenvolvida por ele no Seminário promovido pelo Ministério Público Militar acerca do Crime Militar após a Lei nº 13.491/2017, no ano de 2018, com o tema: “A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas”, *ipsis litteris*:

Logicamente, o rol de penas principais constante do CPM (art. 55) não prevê e nem poderia prever a pena de multa, visto que essa pena não é cominada a nenhum tipo existente na sua Parte Especial. Contudo, com a inovação da Lei nº 13.491/2017, importando crimes militares da legislação penal comum para o Direito Militar, nos quais é possível a cominação da pena de multa, alternativa ou cumulativamente, com a pena privativa de liberdade, é possível que a JM aplique esse tipo de pena. [...]. Não aplicar a pena de multa na JM, nos casos em que essa justiça especializada seja competente em razão

⁷ *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. – Vol. 27, n. 2 (jan./jun. 2018). – Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018, Artigo: A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas.

da Lei nº 13.491/2017, implica em negar vigência à lei que impõe essa pena ao crime militar extravagante, bem como desconsiderar o princípio da inderrogabilidade das penas. Se a lei está vigente (validade formal, em conformidade com as normas acerca de sua produção) e tem validade (material, de conteúdo), ela deve ser aplicada, pois não foi revogada com a entrada em vigor da Lei nº 13.491/2017. Nesse sentido, o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) dispõe que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. A Lei nº 13.491/17 de nenhuma forma revogou ou com ela se pretendeu revogar qualquer tipo penal militar comum que estabeleça a pena de multa, nem o art. 55 do CPM é imprescindível para aplicação de penas na JM. [...]. O sistema de penas em vigor no país encontra sua base no art. 5º da CF. As alíneas “a” a “e” do inciso XLVII do art. 5º da CF contêm o rol das penas proibidas, e as alíneas “a” a “e” do inciso XLVI do mesmo artigo, o rol das lícitas ou permitidas, dentre as quais está a pena de multa (alínea “c”), sendo esse mais um fundamento para a aplicação desse tipo de pena na JM. (NETO, 2018, p. 47 e 50) (grifos nossos)

Nesse diapasão, não se pode aparar o Código Penal comum, muito menos a legislação extravagante, para trasladar apenas determinados institutos (fragmentos) ao foro castrense (configurando-se uma verdadeira colcha de retalhos), a fim de atribuí-los uma roupagem de crime militar que não lhes é

própria, sob pena de incidência em hibridismo normativo (*lex tertia*), violação ao princípio da individualização da pena (no plano legislativo) e, sobretudo, ao princípio da proporcionalidade (na perspectiva da proteção deficitária do bem jurídico).

Logo, a persecução dos crimes previstos na legislação penal alienígena ao Código Penal Militar deve ser permeada pelas disposições concebidas pelo legislador ordinário, em suas respectivas leis de regência, no caso em análise, na Lei de Licitações e suas consectárias referências (parte geral do CP comum e Código de Processo Penal comum (CPP), este subsidiariamente).

5 RITO PROCESSUAL A SER ADOTADO NA APURAÇÃO DOS CRIMES DA LEI 8.666/93

Inicialmente, constata-se que após a fixação da competência do Juízo Militar, emerge importante discussão acerca do procedimento a ser adotado para a persecução do crime previsto na legislação penal comum na Justiça Castrense, isto é, indaga-se acerca da aplicabilidade, no Juízo Especializado, do rito previsto no Código de Processo Penal

Militar ou das disposições processuais próprias da Lei 8.666/93 (com a incidência do Código de Processo Penal comum).

Nesse viés, podemos nos fazer a seguinte pergunta: para aplicação do rito procedimental objetivando a apuração de um delito previsto na lei penal extravagante ou no Código Penal Comum, como aplicar o aquele ínsito no Código de Processo Penal Militar que foi pensado para processar e julgar os crimes estabelecidos na parte especial do CPM?

Veja-se: quando o legislador editou o *Codex Castrense*, estabelecendo ali vários crimes militares, o fez de modo a ser utilizado (para sua apuração) o CPPM e, noutro giro, quando esse mesmo legislador editou a lei de licitações (estabelecendo rito próprio para processamento e julgamento) o fez determinando a aplicação subsidiária do CPP e não do CPPM.

Neste ponto, não se desconhece o entendimento do Egrégio STM acerca da necessidade de se preservar a índole do processo penal militar, inclusive no que diz respeito à ordem do interrogatório do acusado (art. 400, do CPP comum), *in verbis*:

HABEAS CORPUS. AUTORIDADE JUDICIÁRIA. ATO TUMULTUÁRIO. MANEJO DE "WRIT". CABIMENTO EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. APLICAÇÃO INTEGRAL DO ART. 400 DO CPP AO PROCESSO CASTRENSE. DESIGNAÇÃO DE

AUDIÊNCIA UNA DE INSTRUÇÃO E DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ACÓRDÃO EXARADO PELO STF NO HC Nº 127.900/AM. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL ESTABELECIDO NA LEGISLAÇÃO INSTRUMENTAL PENAL MILITAR. FRAGILIZAÇÃO DA SISTEMÁTICA ACUSATÓRIA CONSAGRADA NA JMU. POTENCIAL INFRINGÊNCIA À AMPLA DEFESA. PRESERVAÇÃO DO RITO PREVISTO NOS ARTS. 427 A 431 DO CPPM. ORDEM CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME. 1) Situações caracterizadoras de ato tumultuário, as quais desafiarão o manejo de Correição Parcial, podem, excepcionalmente, justificar a impetração de HC, notadamente com vistas a salvaguardar direitos do Paciente correlacionados aos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. 2) Na JMU, ainda que sob o desiderato de imprimir celeridade à tramitação dos feitos, é inviável a aplicação integral do art. 400 do CPP – com a consequente designação de audiência una de instrução e de julgamento – ao Processo Penal Militar, sob pena de subverter a ordem instrumental do processo e de sujeitar o acusado a violações dos princípios regentes do Processo Penal Constitucional. 3) A integração normativa de âmbito procedimental deve resguardar a índole do Processo Penal Castrense, consoante determina a alínea "a" do art. 3ª do CPPM. 4) A determinação, emanada em sede do HC nº 127.900/AM julgado pelo STF, cinge-se à realização do interrogatório ao final da instrução criminal, sendo descabido ampliar o seu objeto, sob pena de malferir os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, atingindo, ainda, o sistema acusatório

consagrado na Legislação Processual Penal Castrense, cujo exercício, atribuído ao MPM, oportuniza a desclassificação delitiva, nos moldes do art. 437 do CPPM e da Súmula nº 5 do STM - "emendatio libelli". 5) Permanecem vigentes, no Processo Penal Militar, o rito previsto nos arts. 427, 428, 430 e 431, todos do CPPM. 6) Ordem concedida. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 0000264-68.2016.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Data de Julgamento: 22/02/2017, Data de Publicação: 03/03/2017) (grifos nossos)

Entretanto, não se está a defender a aplicação de certos institutos do CPP no processo penal militar em decorrência da aplicação (nas hipóteses omissivas) do que estabelece o art. 3º, “a”, da lei adjetiva castrense, como consectário da apuração do crime militar previsto no CPM, pois essas balizas são trazidas, diuturnamente, pelo Egrégio STM e pela doutrina.

De igual modo, no que concerne a viabilidade de aplicação do CPPM aos crimes previstos na Lei de Licitações, já se posicionou o STM (quando não há demonstração de efetivo prejuízo), *in fine*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TIPO PENAL PREVISTO NA LEI 8.666/1993 (LEI DE LICITAÇÕES). NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL QUE RECEBEU O ADITAMENTO À DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. ATO

JUDICIAL QUE NÃO TEM CARÁTER DECISÓRIO. INAPLICABILIDADE DO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (CF). JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. VÍCIO PROCEDIMENTAL. NÃO ADOÇÃO DO RITO INSERIDO NO ART. 100 E SEGUINTE DA LEI 8.666/1993. REFORMA PROCEDIMENTAL. LEI 11.719/2008. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) QUE DETERMINA A APLICAÇÃO DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (CPP). ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO COMUM ORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. I – Conforme jurisprudência consolidada nas Cortes Superiores, desnecessária a fundamentação do Despacho que recebe a Denúncia, uma vez que não possui caráter decisório. Intuito de evitar a antecipação da análise do mérito. Inaplicabilidade do art. 93, IX, da CF. II – Muito embora a Lei 8.666/1993 disponha, em seu art. 100 e seguintes, sobre rito específico para os crimes nela contidos, com a alteração do CPP inserida pela Lei 11.719/2008, há que prevalecer o entendimento no sentido de que a norma passou a adotar o procedimento comum ordinário. III – Diante da incidência, nesta Justiça Militar da União (JMU), do art. 400 do diploma processual penal comum, plenamente viável a aplicação do CPPM ao crime militar por extensão imputado ao Paciente. IV – Outrossim, vigora no ordenamento jurídico pátrio o princípio pas de nullité sans grief. Não comprovado qualquer prejuízo ao Réu pelo Impetrante, impossível o reconhecimento da nulidade. V – Habeas Corpus conhecido. Ordem denegada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 7001068-09.2019.7.00.0000.

Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO
LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento:
12/11/2019, Data de Publicação: 29/11/2019)

Ocorre que, com o devido respeito, a razão do julgamento no remédio heroico acima transcrito não deve ser estendida a todos os casos em que se apuram crimes licitatórios, devendo ser promovido verdadeiro "distinguishing", porquanto o Código Penal Militar não prevê regras especiais para tutelar o patrimônio sob a administração militar de infrações penais cometidas durante procedimentos licitatórios, de modo que o critério da especialidade milita, salvo melhor juízo, em favor da Lei 8.666/93, que prevê um procedimento especial (arts. 100 e seguintes) para a persecução dos fatos típicos lá previstos.

Nesse diapasão, não se pode escapar, gize-se, que o Superior Tribunal de Justiça, em verdadeiro "overruling" do entendimento então dominante naquela Corte da Cidadania, e alinhando-se aos vetores estabelecidos pela Suprema Corte no *Habeas Corpus* 127.900/AM, decidiu pela aplicabilidade do interrogatório ao final da instrução aos crimes tipificados na Lei de Licitações, mas salvaguardando o seu rito especializado (afastando a do procedimento ordinário do CPP comum), *ipsis litteris*:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. FRAUDE CONTRA O PROCESSO LICITATÓRIO. ALEGADA NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CPP. ADOÇÃO DE RITO ORDINÁRIO. INTERROGATÓRIO. ART. 104 DA LEI N. 8.666/1993. NOVO ENTENDIMENTO DO STF FIRMADO NO HC 127.900/AM. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. PREPONDERÂNCIA SOBRE O DA ESPECIALIDADE. ART. 400 DO CPP. INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA POR PRECATÓRIA. NÃO INTERRUÇÃO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte havia firmado o entendimento de que "as regras do procedimento comum não derogam diversa previsão de procedimentos regulados por lei especial, em razão do princípio da especialidade" (HC 347.723/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 17/6/2016). 2. A Lei n. 8.666/1993 estabeleceu rito próprio para o processamento de crimes contra o processo licitatório, determinando no art. 104 que, após o recebimento da denúncia e citado o réu, será realizado o seu interrogatório, não devendo, em tese, incidir o disposto no art. 400 do CPP, que é regra geral. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.900/AM, rel. Ministro DIAS TOFFOLI, concluiu que "a realização do interrogatório ao final da instrução criminal, conforme o artigo 400 do CPP, é aplicável no âmbito dos procedimentos especiais, preponderando o princípio da ampla defesa sobre o princípio interpretativo da especialidade. Assim, (...) o interrogatório, igualmente, deve ser o último ato da instrução, observando-se que referido

entendimento será aplicável a partir da publicação da ata de julgamento às instruções não encerradas" (RHC 39.287/PB, rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017). 4. Hipótese em que, em 26/6/2012, o juízo chamou o feito à ordem para a observância do art. 104 da Lei n. 8.666/1993, determinando-se a realização do interrogatório, como primeiro ato da instrução processual. Seguindo a orientação da Suprema Corte, não há declarar a nulidade do feito, uma vez que a incidência da norma prevista no art. 400 do CPP às ações penais regidas por legislação especial somente ocorre quanto aos atos praticados após a publicação do referido julgado, qual seja, a partir de 3/8/2016, razão por que a nova orientação não se aplica à espécie. 5. "O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a expedição de carta precatória para a inquirição de testemunhas não impede a realização do interrogatório do acusado" (AgRg no AREsp 677.448/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 11/3/2016). 6. Recurso não provido. (RHC 41.419/CE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 26/03/2019) (grifos nossos)

Sendo assim, com a devida permissão para discordar dos posicionamentos contrários, a aparente antinomia entre os diplomas legais (CPP x CPPM x Lei de Licitações) resta superada pelo critério da especialidade, devendo prevalecer o regramento próprio para a persecução dos crimes licitatórios (Lei 8.666/93), com os temperamentos do Código de Processo

Penal comum (e não da Lei Adjetiva Castrense), haja vista que não restam dúvidas de que foi essa a intenção do legislador.

6 CONCLUSÃO

Neste ponto, valho-me do seguinte trecho extraído do artigo intitulado “Lei 13.491/2017, perspectivas e nuances da alteração legislativa ocorrida no Código Penal Militar”, de minha autoria, publicado da Revista da ENAJUM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União), *in fine*:

Restou evidenciado que o legislador ordinário, ao alterar o Código Penal Militar, além de estabilizar as discussões jurídicas envolvendo os crimes dolosos contra a vida de civis, consoante parágrafos inseridos no art. 9º, procurou, também, salvaguardar a hierarquia e a disciplina, pois, sabedor dos reflexos que poderiam advir da atuação das Forças Armadas em dias atuais, estabeleceu a competência da Justiça Especializada (conhecidora das peculiaridades da vida na caserna) para processar e julgar os crimes previstos na legislação penal comum e extravagante quando cometidos em circunstâncias especiais.[...]. Entretanto, não se pode perder de vista, evidentemente, que algumas nuances ainda precisam ter suas arestas aparadas. Para isso, deve-se analisar cada caso concreto, pois, neste momento, determinar uma teoria jurídica a ser aplicada, indistintamente,

pode ocasionar o estabelecimento de paradigmas inaplicáveis em algumas situações. Noutro giro, não podemos esquecer que o processo penal militar, conduzido pela Justiça mais antiga deste país, nunca se apartou do respeito aos direitos e garantias individuais dos cidadãos e, muito menos, pode ser alcunhada de corporativa, mantendo-se incólume em seu papel constitucional de entregar à sociedade brasileira uma prestação jurisdicional justa e eficaz, e com a celeridade que lhe é peculiar. (ARAUJO, pág. 155) (grifo nosso)

Desse modo, não nos esqueçamos de que o direito penal se encontra em contínua evolução, tanto no campo legislativo, quanto no campo doutrinário, necessitando, então, que seus intérpretes façam as respectivas adaptações hermenêuticas (respeitando-se, evidentemente, os princípios vetores da fragmentariedade e subsidiariedade) para que o convívio social (tutela dos bem jurídicos caros à vida na caserna) reste preservado.

Assim, podemos, guardando-se as devidas proporções, utilizar dos mesmos argumentos interpretativos lecionados no artigo⁸ intitulado: “Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM”, de autoria do Promotor de Justiça Militar

⁸ *Revista do Ministério Público Militar*. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974.

Fernando Hugo Miranda Teles, publicado na Revista do Ministério Público Militar, quando de seus esclarecimentos sobre a finalidade de defender a sociedade da proteção deficiente fornecida pelo Estado, *in verbis*:

Atualmente, a sociedade se vê refém do crime organizado, patrocinado e protegido em grande parte pelo tráfico ilícito de entorpecentes e outras práticas deletérias (tráfico de armas de fogo, lavagem de bens e valores, corrupção e crimes contra a Administração Pública de um modo geral). A grande vítima é o cidadão, que tem sua liberdade e segurança violadas muitas vezes em seu núcleo essencial (cidadãos que não podem sair de casa para não correrem o risco de serem vitimados por tiroteios entre integrantes de facções criminosas, pontos das metrópoles onde o Estado é inteiramente ausente e impera o poder paralelo das organizações criminosas, que permite que a prática da extorsão, da ameaça e dos homicídios seja algo comum, entre outras situações). Nesses casos, o Estado tem o dever de atuar, tanto na esfera legislativa, quanto na judicial e na administrativa. Nesse azimute, o que se pretende neste trabalho é firmar o entendimento de que, nesses casos mais graves, em que há o envolvimento de tráfico ilícito de entorpecentes, de homicídios decorrentes de grupos de extermínios ou contra agentes estatais, de latrocínios e de crimes contra a Administração Pública (principalmente Peculato, Concussão e Corrupção Ativa e Passiva, que corroem as políticas públicas e os valores a elas associados), o Estado tem o dever de criar políticas diferenciadas, tanto no campo legislativo, quanto no campo hermenêutico, a fim de assegurar que

os sujeitos ativos desses delitos sejam punidos eficazmente. Especificamente no caso do Direito Penal Militar, ramo jurídico objeto contumaz de omissão estatal do Legislativo, existem algumas hipóteses que carecem de “ajuste hermenêutico” ou alteração da redação. O Legislativo brasileiro, nas alterações que promove no Código Penal e na legislação comum extravagante, raramente se recorda que existe um diploma penal militar, cuja importância é fundamental na manutenção da “sanidade” moral e disciplinar das Forças Armadas, bem como prevenindo que civis pratiquem crimes militares. (TELES, 2015, p. 111-112.) (grifos nossos)

Em assim sendo, deve-se enfatizar que o processo penal militar conduzido pela Justiça mais antiga deste país (seja utilizando as regras do CPM, da legislação extravagante, do CP, do CPPM, ou do CPP), sempre se pautará na busca incessante de salvaguardar o arcabouço lógico-jurídico estabelecido na Carta Magna, de modo a proteger os direitos e garantias individuais do cidadão, mas também, a evitar uma proteção deficiente de bens jurídicos que são fundamentais para a conservação de um Estado Democrático de Direito, ainda mais quando se está a falar no cometimento de crimes que violam a moralidade administrativa como os crimes licitatórios.

REFERÊNCIAS

ALVES, V. F. R. Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal. *Revista do Ministério Público Militar*. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974.

ARAUJO, W. P. Lei 13.491/2017, perspectivas e nuances da alteração legislativa ocorrida no Código Penal Militar. *Revista da Enajum: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União*. Ano 1, n. 1 (jun.2018). Brasília/DF.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Brasília, DF.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Portal da Legislação, Brasília.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm . Acesso em: 26 ago. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. Projeto de Lei nº 100/2019. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1707476&filename=PL+100/2019 . Acesso em: 28 ago. 2020.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal: volume único*. – 6. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodium, 2018.

NETO, L. O. R. A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. – Vol. 27, n. 2 (jan./jun. 2018). – Brasília: Superior Tribunal Militar, 2018.

ROTH, R. J. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17), in *Revista Direito Militar* nº 126, Florianópolis: AMAJME, 2017.

TELES, F. H. M. Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM. *Revista do Ministério Público Militar*. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974.

Visão de membro do MPM sobre a carreira

MPM: aspectos da vivência institucional

Adriana Santos

Promotora de Justiça Militar.

Graduada, Mestre e Doutora em Filosofia

pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – IFCS/UFRJ.

RESUMO: A relevância da reflexão no momento em que o MPM alcança significativo marco existencial com a celebração de seu centenário. O conhecimento dos promotores de justiça deve abranger além dos aspectos científicos e doutrinários do Direito, outras ciências humanas, como filosofia, história e sociologia, com vistas a identificar e aperfeiçoar a própria aplicação do Direito e dos preceitos legais, considerada a complexidade da sociedade moderna e as novas demandas, a exigir inserção no contexto social, bem como a busca permanente da Paz social. O papel do MP e do Poder Judiciário na solução das demandas. Importância do efetivo acesso à Justiça e do Ministério Público nesse objetivo, devendo zelar e

aperfeiçoar pela qualidade da prestação jurisdicional. O MPM após as alterações introduzidas pela Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público Militar. MPM. Ministério Público. Democracia. Acesso à Justiça. Formação dos membros. Atuação.

ENGLISH

TITLE: MPM: Aspects of Institutional Experience.

ABSTRACT: The relevance of reflection at the moment when the MPM (Military Prosecutor Office) reaches a significant existential milestone with the celebration of its centenary. The knowledge of prosecutors should include, besides the scientific and doctrinal aspects of Law, other human sciences, such as philosophy, history and sociology, with a view to identifying and improving the application of Law and legal precepts, considered the complexity of modern society and new demands, which require to be inserted in the social context, as well as the permanent search for social peace. The role of the MP (Public Prosecutor's Office) and the Judiciary in solving the demands.

Importance of effective access to Justice and the MP in this objective, which must ensure and improve the quality of the jurisdictional provision. MPM after the changes introduced by the 1988 Federal Constitution.

KEYWORDS: Military Prosecutor Office. Public Prosecutor's Office. Democracy. Access to justice. Training of Members. Performance.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Ministério Público Militar no contexto do Ministério Público da União – 3 O lugar do MPM – 4 O Ministério Público na democracia e o acesso à Justiça – 5 A atuação do Ministério Público Militar – 6 A importância do diálogo com as outras ciências sociais – 7 Direito Penal Militar e Justiça Militar – 8 Respeito ao membros, servidores e colaboradores – 9 Sobre o futuro.

1 INTRODUÇÃO

Realiza-se a presente reflexão dentro do quadro celebrativo do centenário do Ministério Público Militar (MPM), marco de extrema importância na história da Instituição. Por certo, como pudemos verificar na primeira edição do programa virtual “*Lives do Centenário*”, transmitido pelo www.youtube.com/c/ministeriopublicomilitar com uma retrospectiva histórica do MPM¹, que contou com as eminentes participações do Subprocurador-Geral de Justiça Militar, José Carlos Couto de Carvalho e do Procurador de Justiça Militar, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas, temos dentro do MPM membros que são a própria história viva, no sentido de que participam, como Couto, há 50 anos da vida da Instituição, muito tendo a discorrer sobre essa trajetória.

A presente abordagem considera o meu ingresso ocorrido em 1997, contando 23 anos de exercício como Promotora de Justiça Militar, com dedicação exclusiva à Instituição, nos quais desenvolveu-se uma relação de pertencimento ao MPM e, mais do que isso, a consciência e responsabilidade das demandas envolvidas no exercício diário das atribuições do cargo de

¹Lives do Centenário. Disponível no <https://www.youtube.com/watch?v=yI4xcpMZU3k&list=UUjV3xvbQPdMV9JrA7PF0Q3g&index=1> Acesso em: 15 ago. 2020.

promotor, com a permanente busca para desempenhar o *munus*, em cumprimento aos ditames da lei e aos anseios do que a sociedade espera da atuação do Promotor de Justiça, na esfera sempre atualizada dos valores jurídico-sociais.

Como experiência pessoal, some-se a isso, desde os bancos acadêmicos, por 10 anos antes do ingresso no MPM, ter transitado pelo sistema Judiciário, nos seus mais variados órgãos, nos quais teve-se a oportunidade de muito aprender ao acompanhar o trabalho dos profissionais que desempenhavam com todo brilhantismo suas funções, como na Defensoria Pública e no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, neste último com o Promotor de Justiça, David Borensztajn, na Comarca de Petrópolis, inclusive, perante o Tribunal do Júri; e de especial importância no contexto da formação, teórica e prática, enquanto estagiária, no escritório de advocacia do Prof. Leonardo Greco, dileto professor de Processo Civil; ainda, a experiência no escritório de Advocacia da Dra Gisela Puschmann, em Frankfurt e *Praktikum* no Departamento Jurídico da Robert Bosch GmbH, na matriz em Stuttgart; como Assessora Judiciária e de Juiz, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por mais de dois anos, no Gabinete do Desembargador Federal Sergio de Andréa Ferreira; e depois

dedicação à advocacia. Essa caminhada e os anos no MPM, são vivências que legitimam a debater, em seguida, os relevantes aspectos da Instituição a qual pertencemos e sua inserção no ambiente social.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR NO CONTEXTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

O Ministério Público Militar integra o Ministério Público da União (MPU), CRFB/88, art. 128; e Lei Complementar 75/93, arts. 116 a 148. O MPM sempre enfrentou inúmeras dificuldades, como salientou Ricardo Freitas, na *Live* acima mencionada, inclusive pela própria adjetivação 'Militar', sobre a qual recai falta de conhecimento, mesmo de operadores do direito, inclusive do mais alto grau. Entretanto, as dificuldades também se espraiam por outras áreas e têm, como origem, tratar-se do ramo do MPU, que conta com o menor número de membros, o que é uma desvantagem, quando se sabe que a pressão e atuação dos membros é sempre importante quanto a posicionamentos e exigências perante a administração da instituição e, sendo um ramo cuja composição é minoritária, já foi relegado ao esquecimento em diversas situações.

Pode-se dizer que o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) muito contribuiu para um novo posicionamento do MPM frente aos demais ramos, já que, a partir dele, instalou-se um permanente *forum* de debates, com a presença constante de representantes de todos os ramos do MP Brasileiro, Judiciário e sociedade, o que permitiu um intercâmbio continuado. Por certo, muito devemos à atuação de nossos representantes junto ao CNMP, cujo empenho e atuação, contribuiu para a alteração desse quadro, sendo com alegria que vemos os ex-Procuradores-Gerais, Marcelo Weitzel, como Conselheiro; e Jaime de Cassio Miranda, como Secretário-Geral do CNMP.

Apesar de essa condição quantitativa ter trazido dificuldades ao longo dos anos, inclusive sob o aspecto orçamentário, constituiu-se em um imenso e preciosíssimo diferencial, cuja consequência foi nos caracterizar como uma família, tal como ressaltado pelo Subprocurador-Geral de Justiça Militar, Alexandre Carlos Concesi, desde 1981 no MPM, em sua participação dos 'Relatos do Centenário'².

²Relatos do Centenário. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=bqtquouWJ0E&list=UUjV3xvbQPdMV9JrA7PF0Q3g&index=3> Acessado em: 15 ago. 2020.

O orgulho de pertencer a essa Instituição, a essa família, é imenso. Todos nós pertencemos a essa família, somos membros e integrantes dessa família. Essa é uma dimensão singular que não há em nenhum outro ramo do Ministério Público brasileiro, principalmente se considerarmos que com poucos integrantes e, mesmo com uma atuação voltada somente para o âmbito criminal, defrontamo-nos com os mais variados problemas, inclusive, os advindos da própria extensão continental de nosso território, desafios que demandam grande capacidade de solução.

Apesar de sediados nas capitais, nossa atuação, levando em conta que as Forças Armadas (FFAA) desempenham suas funções nos mais distantes e longínquos pontos do País, neles nos faremos presentes diante do cometimento de delito militar ou em atuação extrajudicial.

Essa importante diferença remanescente merece destaque, pois a área territorial de atuação de um Promotor ou Procurador de Justiça Militar é imensa, o que só ocorre, hoje, no MPM, para tanto, basta lembrar que os membros lotados na Procuradoria de Justiça Militar (PJM) de Manaus, que têm como área de atuação a 12^a Circunscrição Judiciária Militar (CJM), exercem suas atividades nos Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondonia;

já os da PJM de Belém, têm como área de atuação a 8ª CJM, nos Estados do Pará, Amapá e Maranhão; e, mesmo os da PJM do Rio de Janeiro, têm como área de atuação todos os crimes militares cometidos nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, ressaltando-se que o contingente de militares nessa região é altamente expressivo em todas as três Forças Armadas.

Sofremos juntos as dificuldades e, ao mesmo tempo, nos empenhamos juntos para superá-las. Trata-se da construção conjunta da Instituição, todos nós, sem exceção, participamos dessa permanente estruturação, somos ouvidos, temos voz, mesmo que seja para protestar e registrar nossa posição. Estamos em permanente contato com a Chefia da Instituição. Não há um distanciamento orgânico como se percebe em outros ramos. O canal de comunicação administrativo é direto, o que, mesmo para os que não percebem essa especificidade, possibilita uma completude do ser integrante da carreira e do exercer as atribuições ministeriais, pois a função de Ministério Público, com as peculiaridades das funções de Estado, não se limita a um expediente diário, mas exige uma dedicação e postura que permeia toda a vida de seus integrantes; esse acesso amplo e regular caracteriza um apoio efetivo; segurança que se reflete no desempenho da missão.

O meu ingresso no MPM deu-se quando Kleber de Carvalho Coelho era o Procurador-Geral, e testemunhamos o seu esforço e comprometimento para dignificar as condições de exercício dos membros, época em que a escassez de meios era imensa, mesmo não sendo esse o panorama em outros ramos. Daquele período até hoje, as Procuradoras e Procuradores-Gerais foram se sucedendo, sempre imbuídos dessa meta, colhendo-se inúmeras conquistas, porém todos com a consciência de que ainda há muito por fazer, sempre com foco no exercício das atividades e engrandecimento da Instituição. Desde aqueles anos difíceis, o hercúleo esforço de cada um dos Procuradores-Gerais frutificou.

Hoje, nesse sentido, o MPM está com o firme objetivo de construir uma sede própria no Rio de Janeiro, propósito abraçado pelo atual Procurador-Geral de Justiça Militar, Antônio Pereira Duarte, que, pelo seu combativo perfil, espera-se tenha êxito na empreitada.

O cidadão, tão ansioso por resultados das Instituições, não tem a percepção de quão relevante é a valorização de cada uma das que compõe o alicerce da democracia.

3 O LUGAR DO MPM

A importância do Ministério Público Militar dentro do quadro das Instituições brasileiras é primordial, pois um MPM forte, estruturado, muito contribui para a estabilização das Instituições democráticas do país.

Assim, a permanente atuação, proativa junto às Forças Armadas (FFAA), mesmo no âmbito administrativo, inclusive, pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar (PGJM), em interação com os Comandos das Forças, possibilita orientações quanto ao desenvolvimento das atividades administrativas das FFAA, que tenham repercussão no âmbito criminal, penitenciário e extrajudicial como busca do aprimoramento da aplicação correta da lei.

O Brasil, como país de independência relativamente recente, e tendo sofrido as consequências da colonização, carece do fortalecimento das instituições democráticas, o que se deve dar através da solidificação da própria cidadania e da soberania.

Nesse contexto, as FFAA tem papel fundamental na preservação da soberania do país e através da consolidação da hierarquia e disciplina, das quais não se pode nunca prescindir. Os homens que integram as FFAA estão aptos a defender a

nação e, não menos fundamental, a cumprir sua missão respeitando as demais Instituições do País. Sem hierarquia e disciplina, com a posse de armas, há um permanente risco de descontrole do sistema.

Esse amálgama da hierarquia e disciplina tem todo um arcabouço normativo, através do qual os superiores hierárquicos exercem o controle das tropas, no entanto, quando este não é suficiente, o único império que se sustenta na democracia é o da lei, a ser restaurado, com a intervenção do Poder Judiciário, por seu ramo específico, em dois graus de jurisdição, as Auditorias Militares e o Superior Tribunal Militar (STM), que compõem a Justiça Militar da União (JMU), em que o Ministério Público Militar atua.

Assim, o MPM exerce relevante função para a sociedade brasileira, que é, diuturnamente, colaborar para que seja observado o respeito ao ordenamento jurídico, em campos dos mais sensíveis, que são o criminal e o penitenciário. Para bem cumprir seu papel, impõe-se uma estrutura condizente, pois ter as atribuições e não conseguir cumpri-las de forma eficiente é o pior desgaste que uma Instituição pode enfrentar, situação que mina a sua credibilidade e afeta seu objetivo final perante a sociedade, como mecanismo de garantia para se fazer cumprir a lei.

A evolução do desenho institucional foi gradativa. Hoje, é pautada na Constituição de 1988, em novas leis, contribuindo, por sua atuação autônoma, para o aprimoramento do sistema da Justiça Militar da União, a qual representa um modelo para as demais nações. Uma Justiça Militar integrada ao Poder Judiciário, respeitando todo o sistema no qual é inserida; nunca podendo ser considerada como hipótese de Tribunal de exceção.

Dentre as inovações no MPM, é de ser lembrado como o primeiro ramo do MPU a contar com a sua Lei de Ofícios, diploma normativo que consubstanciou a materialização da garantia de inamovibilidade dos seus Integrantes.

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEMOCRACIA E O ACESSO À JUSTIÇA

É certo que instituições fracas e débeis fragilizam a própria democracia.

Cabe aqui lembrar que a *dēmokratia* estabelecida em Atenas, como estudamos nos bancos universitários e lembrado por Leca, foi uma construção que não foi imposta pela força, tampouco resultado de um plano discutido, elaborado e deliberado, tal qual nas democracias do séc. XX, mas um

percurso que atravessou etapas. Ela não teria sido possível sem a presença de determinadas condições materiais, caracterizadas como um progresso econômico que permitiu que a grande maioria saísse da miséria, com o surgimento de uma classe média, elemento estabilizador de toda sociedade, e o declínio da aristocracia tradicional, fundada pelo sangue. O que foi compreendido por Aristóteles, que teorizou a ideia da constituição de um Estado que tem como raízes o sistema econômico e social³.

Alcançar o MPM marco do centenário como Instituição, em um país jovem como o Brasil, caracteriza momento de grande regozijo. No entanto, ao mesmo tempo, de imensa responsabilidade, sobretudo tratando-se de Instituição, como o Ministério Público Militar, integrante do MPU, com incumbências tão nobres em nossa democracia, inculpidas na Carta Magna, como a defesa da ordem jurídica, do próprio regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É no exercício de suas funções institucionais que o MPM se faz presente na sociedade e contribui para a democracia do País.

³LECA, Antoine. *Histoire des idées politiques. Des origines au Xxe siècle*. Paris: Ellipses, 1997, p.25.

É consabido que um dos pilares de concretização da democracia é o acesso à Justiça, na hipótese de descumprimento das leis em vigor, a depender da intervenção do Poder Judiciário independente, para restabelecer a ordem. De nada adianta um sistema que estabelece regras e direitos se, diante da inobservância dessas normas, o lesado não tiver a quem recorrer para restabelecer o direito. Mauro Cappelletti e Bryant Garth, há mais de quarenta anos, debruçaram-se sobre o tema, na obra *Acesso à Justiça*.⁴

Em que pese passados tantos anos, a atualidade do tema ainda se faz presente, apesar de verificarmos que muito já se conquistou, em especial no Brasil, quanto ao acesso à Justiça.

No nosso caso, a aplicação ao longo de mais de trinta anos da Constituição da República, a constituição cidadã, teve o mérito de alterar profundamente a concepção e possibilidades de real acesso à Justiça. Tanto assim, que, pelo enorme número de feitos ajuizados, atualmente, vemos um movimento restritivo ao acesso das partes aos Tribunais Superiores, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), limitando o número de questões que poderiam a eles serem submetidas.

⁴CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, trad. Ellen Gracie Northfleet.

De certo modo, o fato é compreensível, considerado o imenso aumento de demandas referidas, a comprovar que o acesso fora franqueado. Assim, levando-se em conta a dimensão do Brasil, a percepção crescente do sentimento de cidadania pela população e o fortalecimento das Instituições, como a própria Defensoria Pública, é natural que esse acesso à Justiça fosse corporificado. Some-se a isso a atuação do Ministério Público na defesa de interesses coletivos, quando na sua esfera de atribuição. Esses fatores indicam que o número de ações continuará aumentando. Nesse cenário, adotar a postura de diminuir o número de hipóteses submetidas à Corte, para resolver o volume de processos ou aniquilar os feitos em razão de questões preliminares rígidas, constitui um retrocesso, maculando o acesso à Justiça.

Passados tantos anos, é hora de se fazer um balanço, em discussão, com ampla participação, pela convocação das mais diversas representações da sociedade, incluídos os cientistas sociais, para ser redefinida a inserção, no conceito de cidadania, da materialização do acesso à Justiça. Por certo, a própria prestação jurisdicional tem papel fundamental no resultado do comportamento social, em relação ao cumprimento de obrigações.

O Poder Judiciário deve ser intransigente com o descumprimento da lei, garantir a segurança jurídica do jurisdicionado, decidir a mesma questão de direito de forma semelhante, seguindo os mesmos padrões interpretativos, valorizar a súmula vinculante e respeitar o reconhecimento de repercussão geral. A distribuição dos feitos, de modo alternado, hoje informatizada, mantida a igualdade numérica, de modo a garantir a própria paridade entre os órgãos de atuação e garantia de não direcionamento do feito e conseqüentemente da decisão, não pode ser transformada em sorteio, como fortuna ou infortúnio, na medida em que o próprio Poder Judiciário, no sentido da reforma constitucional que sofreu, deve uniformizar a jurisprudência.

Acatar a jurisprudência, certamente, não se confunde, nem entra em choque com o princípio da independência funcional dos membros do MP, embora a primeira constitua, em certo modo, um limite à segunda. A independência funcional diz respeito à impossibilidade de um órgão do MP impor determinado entendimento a outro, o que garante uma atuação fundada na convicção, sem subordinação hierárquica aos órgãos superiores.

O Direito vive da variedade de interpretações, sempre se atualizando, mas a democracia impõe que a solução judicial seja similar, para casos semelhantes.

Ao Poder Judiciário cabe assegurar que o cidadão jurisdicionado, ao final da demanda, perceba que o resultado corresponde aos fatos, e que a resposta foi justa.

A existência de decisões judiciais em sentidos opostos, em face das probabilidades matemáticas e a intenção de lucro econômico das partes, conduz as pessoas ao descumprimento da lei e, assim, leva ao crescimento da litigiosidade, exaurindo o sistema judiciário, com o acúmulo de processos e sobrecarga desumana de trabalho, fator que também terá efeitos na prestação jurisdicional.

Na obra neste artigo mencionada, Cappelletti já identificava que seu enfoque era de que o “sistema deve ser igualmente acessível a todos”, mas não se podia ignorar que “ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”⁵

As questões relativas ao acesso à Justiça são complexas, e temos que nos debruçar permanentemente sobre elas.

⁵CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, trad. Ellen Gracie Northfleet, p. 8.

Pela agudeza das assertivas que integram a advertência final de Cappelletti, impõe-se a sua transcrição:

O maior perigo que levamos em consideração ao longo dessa discussão é o risco de que procedimentos modernos e eficientes abandonem as garantias fundamentais do processo civil – essencialmente as de um julgador imparcial e do contraditório.[...] Por mais importante que possa ser a inovação, não podemos esquecer o fato de que, apesar de tudo, procedimentos altamente técnicos foram moldados através de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças. E, embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para assegurar os 'novos' direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas.

Uma vez que grande e crescente número de indivíduos, grupos e interesses antes não representados, agora têm acesso aos tribunais e a mecanismos semelhantes, através das reformas que apresentamos ao longo do trabalho, a pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos, cresce dramaticamente. Não se pode permitir que essa pressão, que já é sentida, venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo. Neste estudo, falamos de uma mudança na hierarquia dos valores no processo civil – de um desvio no sentido do valor da acessibilidade. No entanto, uma mudança na direção de um significado mais “social” da justiça não quer dizer que o conjunto de valores do procedimento tradicional deva ser sacrificado. Em nenhuma circunstância devemos estar dispostos a “vender nossa alma”.

Concluímos, portanto, por reconhecer que existem perigos em introduzir ou mesmo propor reformas imaginativas de acesso à justiça. Nosso sistema judiciário já foi descrito assim: “Por admirável que seja, ele é, a um só tempo, lento e caro. É um produto final de grande beleza, mas acarreta um imenso sacrifício de tempo, dinheiro e talento”.

Esse belo sistema é frequentemente um luxo; ele tende a proporcionar alta qualidade de justiça apenas quando, por uma ou outra razão, as partes podem ultrapassar as barreiras substanciais que ele ergue à maior parte das pessoas e a muitos tipos de causas. A abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto de instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários. O risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido.

A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – de que aquele de que dispomos atualmente⁶.

⁶CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, trad. Ellen Gracie Northfleet, pp.163-165.

Como dito, a obra foi escrita há quarenta e dois anos, e, se podemos considerar que o volume de feitos demonstra que o acesso à Justiça foi garantido, por outro lado, a sobrecarga do sistema, consequência desse acesso, resta sem solução, principalmente, quando, por razões de ordem econômica, o comando governamental é o de enxugar a máquina. Por certo, inúmeros mecanismos de aperfeiçoamento do sistema foram desenvolvidos, como o processo eletrônico, o qual possibilita a celeridade do sistema e permite um acompanhamento real de prazos e estatísticas, pelos órgãos de fiscalização. Ocorre que o desfecho até aqui, é o de cobrança de produtividade, seja dos promotores, seja dos juízes. A situação tende a se agravar drasticamente nos próximos anos, considerada a lei de responsabilidade fiscal. A cada servidor ou membro que se aposente ou mesmo venha a falecer, no caso de pagamento de aposentadoria ou pensão, não se poderá preencher o claro, sobrecarregando cada vez mais os que ficam.

Os próximos cem anos, sejam do MPM, sejam das outras Instituições hão de ser marcados por muita fibra e empenho pela consecução das missões.

5 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Paralelamente a um sistemático estudo da doutrina do Direito, das leis e da jurisprudência, o integrante do Ministério Público, em todos os graus da carreira, tem que se formar, se preparar e continuamente se aprimorar para exercer o seu verdadeiro papel na sociedade, o qual, transpassa e ultrapassa a forma; sendo um *munus*, não basta zelar tão somente pela aplicação da lei, ele tem que ter a consciência que marchetado, em toda aplicação da lei, está o ser humano, pois se estamos permanentemente zelando pela sociedade, no final de cada linha, existem aqueles diretamente afetados. Não lidamos com abstrações. Existimos no concreto. A responsabilidade de cada membro do Ministério Público é incomensurável e, sendo o MPM um ramo com vocação criminal, isso é sentido mais próxima e diretamente.

Ocorre que o respeito às leis, a fiscalização de sua correta aplicação, como *custos legis*, é missão de tamanha grandiosidade no delineamento estrutural da democracia, tanto que essencial à função jurisdicional do Estado, que o alça a uma condição de imparcialidade, nesse quesito.

Já a primordial atuação como *dominus litis* nunca deve vir descompassada dessa realidade, pois, se a defesa da sociedade deve ser incansavelmente intransigente, ciente e consciente dos danos causados à sociedade por toda a sorte de delitos, o respaldo nos fatos e provas de qualidade é a única garantia para o não cometimento de injustiças.

Além disso, as demais atribuições também aproximam o MPM da sociedade e dos anseios e reclamos desta, captados, hoje, em especial, pela Ouvidoria, competentemente capitaneada pela procuradora Maria de Lourdes Souza Gouveia, e determinantes de um imenso número de investigações. Por outro lado, determinantes de um imenso número de investigações. Por outro lado, asseguramos aos presos e condenados, através das inspeções carcerárias mensais, que seus direitos e garantias sejam respeitados. No MPM isso é realidade prática. As inspeções carcerárias regulares são efetiva garantia aos presos e possibilitam o contato permanente com os Comandos dessas Unidades Carcerárias, para a correta aplicação das normas e, pode-se dizer, do próprio espírito da lei, pois a sua realização demonstra o esforço, mesmo consideradas as limitações, também de ordem material, para assegurar o determinado pelo legislador. Some-se a tudo isso a preservação da hierarquia e disciplina, como norte nas FFAA.

Já foi explanado sobre a atuação dos Ofícios Extrajudiciais do MPM, oportunidade na qual foi detalhada sua abrangência⁷.

Assim, o grau de excelência exigido na formação daqueles que tem intenção de integrar a carreira do Ministério Público vem revestindo-se de rigor cada vez maior, o que não está descompassado com as próprias exigências do exercício cotidiano funcional, assim como, do que a sociedade espera dessa atuação; registre-se, que o dinamismo imposto pela evolução tecnológica não pode descurar dos estudos da ética e da filosofia.

6 A IMPORTÂNCIA DO DIÁLOGO COM AS OUTRAS CIÊNCIAS SOCIAIS

O Direito visto através da Filosofia do Direito, e mais amplamente da própria filosofia, permite que o profissional se imbua de uma preocupação maior com a Justiça e o fundamento das normas. Da mesma forma, desvela-se a consciência da responsabilidade no exercício funcional, que exige cada vez mais ponderação e equilíbrio.

⁷SANTOS, Adriana. Denúnciação caluniosa, Ministério Público e O Processo. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília, nº 30/2019. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigos/?idedicao=30>, pp.2-3. . Acesso em: 12 jun. 2020.

A midiática sociedade em que vivemos e a aceleração e multiplicidade de informações a que somos submetidos exigem um criterioso filtro no momento em que estamos atuando. Por um lado, temos que estar totalmente atentos aos fatos e acontecimentos do nosso entorno, tanto considerado esse em seu microcosmo quanto no seu âmbito mundial, pois a sucessão de eventos e comportamentos, até mesmo pela ampla divulgação que eles possuem, leva a uma não rara reprodução em série. De outro lado, as táticas e técnicas utilizadas no cometimento de ilícitos também costumam ser compartilhadas, o que exige permanente atualização.

A demanda social e a vastidão da atuação do MP, de uma forma geral, dada a relevância das questões com que trata, exigem uma firmeza, tanto de convicção quanto de atuação mesma, mas que devem ser permeadas de criteriosa análise de todas as variáveis envolvidas. A vida em sociedade se torna cada vez mais complexa, assim como os seres humanos que integram essa sociedade. As pesquisas demonstram que, mesmo quando se coleta dados de uma mesma camada social, os posicionamentos são por demais díspares, com isso, o balizamento de atuações ministeriais não deve ser apoiado em opiniões. O norte do promotor é a lei, sempre a lei. Ademais, o

sistema de normas, exatamente por ser um sistema, deve guardar coerência e retratar, aí sim, os anseios da população ao qual é destinado. Com isso, fazer cumprir as normas é uma das garantias da manutenção da paz social.

A preocupação em se formar uma base filosófica crítica visa a dar uma amplitude maior e adequada à atuação-fim de cada promotor, no entanto, sabemos que tal busca não é fácil. Jacques Derrida já explanou sobre o tema em 1980, publicando as suas intervenções sob o título: “Quem tem medo da filosofia?”⁸, a propósito dos Estados Gerais do *Greph (Groupe Recherche em Épistemologie Politique et Historique*, cujo objeto é o estudo dos efeitos do desenvolvimento das ciências e das técnicas sobre as representações sociais e políticas, assim como sobre a ação pública), convocados para discutir as alterações propostas para o ensino da filosofia e do próprio sistema educacional da França, a partir da Lei Haby, de 11.07.1975. A lei, que entre outros pontos, aumentou a escolaridade obrigatória, homogeneizou o conteúdo das disciplinas e dispôs que as disciplinas oferecidas após o primário seriam tanto de conteúdo intelectual quanto prático, foi criticada por Derrida, para quem o resultado seria a formação de trabalhadores e não

⁸DERRIDA, Jacques. *Du droit à la philosophie*. Paris: Galilée, 1990, p.539.

de cidadãos, atuando a lei como instrumento de sujeição social. Na oportunidade, Derrida entendeu que a retirada da filosofia do currículo de determinados anos da formação educacional secundária e universitária, fora do curso da filosofia, implicaria, ao longo do tempo, em reduzir o número de estudantes de filosofia, na medida em que estes não teriam futuro profissional, o que se refletiria na deterioração das condições de pesquisa e mesmo do debate filosófico. Ele se referia à formação jurídica, científica, literária, médica, tecnológica etc. A percepção da época, em muitos países europeus e americanos, além de africanos, era que se tratava de orientação visando limitar pesquisas, o que não focava apenas os estudos filosóficos.

De qualquer sorte, os que se dedicam ao Direito devem em algum momento se indagar sobre a natureza deste, seu significado, sentido e de onde vem a força de sua obrigatoriedade como destaca Jean Gaudemet, na obra *Les naissances du droit, Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, onde ele propõe uma melhor compreensão do que é o Direito, através da História.⁹

Trata-se de uma obra consagrada à introdução histórica ao estudo do Direito, que transita desde os códigos e leis da

⁹GAUDEMET, Jean. *Les naissances du droit, Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. Paris: Montchrestien, 4. ed., 2006.

mesopotâmia e da Bíblia, como Direito de origem divina; passa pelos poetas e filósofos, como aqueles que ditam o direito; e avança pelas etapas da fundação do Direito.

Quanto à época contemporânea, entende que dois traços a marcam e ultrapassam a técnica do Direito, tendo antecedentes distantes. O primeiro resulta das revoluções políticas, considerando que a soberania passa do monarca ao povo; e o segundo tem seu molde nas codificações.¹⁰

Como resultado dessa construção, já alcançada a metade do século XX, esclarece que os legisladores, as leis e os códigos marcaram a história da “codificação” dos últimos decênios, como consequência das mudanças políticas mais importantes de nosso tempo: o fim dos “Impérios coloniais” da África e da Ásia, e dos regimes socialistas da Europa do Leste; além de outro concernente à Igreja universalizante. Some-se a aparição de uma nova noção de codificação, a qual toma conta da França na atualidade.¹¹

Destaca que essa concepção se iniciou, mais uma vez, em razão de perturbações políticas e exigências práticas, como, entre outras, o “nascimento de direitos” e seus códigos, nos

¹⁰*Ibidem.*, p.169.

¹¹GAUDEMET, Jean. *Les naissances du droit, Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. Paris: Montchrestien, 4. ed., 2006, p.226.

países que obtiveram sua independência depois da Segunda Grande Guerra, com características diferentes, considerado o tipo de colonização a que tinham sido submetidos, sendo que depois dos anos 60, a África ganhou diversas codificações.

Lembra que, já após a Primeira Grande Guerra, seja em razão de estabelecimento de novos países, seja modificação de fronteiras, foram estabelecidos novos códigos, mesmo que de vida efêmera.

Da mesma forma, em razão do novo desenho da Europa, depois da Segunda Guerra, novos outros códigos surgiram, muitos em países socialistas: Códigos civis, penais, de processo, inclusive administrativo. Com a queda do muro de Berlim, todos esses códigos perderam vigência. Ainda foram elaboradas duas grandes codificações da Igreja Católica, sendo a última de 1983, além de um terceiro código, de 1990, que fixa o direito das Igrejas Católicas orientais.

O autor se refere, como dito, a uma nova noção de codificação, com a necessidade de distinguir códigos e compilações. Afirma que os códigos em sua acepção clássica não desapareceram, mesmo que, para a elaboração de um código, trabalhe-se muitos anos. Denuncia, entretanto, que o aumento de volume de textos em vigor, formando um

emaranhado complexo, é um atentado à liberdade dos cidadãos. Chama a atenção para o fato de que essa codificação compiladora, inclusive, de natureza regulamentar, por vezes não respeita o teor primitivo dos textos legais, sendo uma “codificação perigosa”, gerando a insegurança de uma concorrência de textos escritos sobre um mesmo objeto.

Indica cautela e cuidado, para que o aumento imoderado de leis não comprometa a simplicidade e segurança do Direito.¹²

Conclui que o Direito é multiforme, tanto no seu conteúdo, quanto nas modalidades em que é revelado. Sintetiza que o Egito Antigo assim vivenciou sem percebê-lo, pois ele era ligado ao mandato, divinizando a questão. No Oriente Próximo, sob vários aspectos, era vivido como o dom divino, mas mediado por humanos. Sem negar o Direito dos Deuses, a Grécia, que cultuou o homem, instaurou o Direito humano. O Direito, expressão do justo, envolto na auréola do bem e armado com sanções temíveis, estava a serviço dos homens e nas suas mãos.

Os Poderes que pretendam decretá-lo, sejam os soberanos, sejam os povos, associados ou rivais, determinam o que deve ser imposto. Reconhece o autor, a existência de

¹²*Ibidem.*, pp.226-233.

paródia de Direito, fruto de ambições. Lembra que é comum que uma prática apreciada se tornasse costume e depois lei.

No entanto, em determinada altura, surgiu um “poder legislativo”, atributo maior da soberania. O Direito se tornou uma engrenagem de um debate maior, dividido ou disputado pelos soberanos e assembleias. Esclarece que, se isolado, dificilmente o Poder impõe a sua lei. Essa deve responder aos anseios de quem a recebe, para que seja aceita, e a ela se submetam. Ela deve encontrar sua justificação, seja na tradição, na moral, na religião ou oportunidade.

Enfatiza Gaudemet que fazer uma lei é uma arte inspirada no passado que exige “ciência e consciência” e uma longa formação. Quanto mais desenvolvida uma sociedade, mais difícil é lhe assegurar ordem e coesão, mais o Direito amplia seu império e aumenta sua complexidade. O papel dos “técnicos” é essencial.

Finaliza destacando que esses são os atores que participam do nascimento das leis, um Poder que a edita, um Povo que a aceita e uma Ciência que a formula.¹³

A relevância desse apanhado histórico é demonstrar a relação do promotor de justiça nesse contexto de aplicação das

¹³GAUDEMET, Jean. *Les naissances du droit, Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. Paris: Montchrestien, 4. ed., 2006, p.373.

leis, com a obrigação de fazê-las cumprir dentro da sociedade. Como jogo de forças e de poder, não se pode perder de vista que o objetivo maior é a viabilização de uma convivência social regrada, cujo fim é a Paz social.

A consciência do papel de cada um no cenário social, considerada a amplitude das atribuições do promotor de justiça na atualidade, exige uma reflexão sobre os próprios instrumentos dos quais se dispõe, sem nunca perder de foco que a nossa atribuição é a aplicação da lei, cabe ao Poder Legislativo a elaboração desta. Entretanto, sempre será legítima a atuação perante o Poder Legislativo, dada a experiência e vivência do Ministério Público e do Poder Judiciário, que devem participar, quando da feitura das leis, não apenas daquelas de interesse direto dessas Instituições, mas também, na elaboração dos códigos e leis de interesse da sociedade e ligados diretamente às atribuições do MP e do Poder Judiciário.

O desenho da sociedade em que vivemos está em permanente elaboração, e a atuação seja do promotor, seja do juiz, tem enorme responsabilidade na arte final desse projeto.

7 DIREITO PENAL MILITAR E JUSTIÇA MILITAR

Todas essas questões são pertinentes e transpostas para o direito penal militar, cuja singularidade advém da própria condição do militar, a exigir uma normatização própria, a qual, sem dúvida, se situa dentro do arcabouço constitucional.

Uma normatização específica é construção que se encontra na legislação de outros países como na Itália, conforme salientado na obra *Profili Civilistici del Diritto Militare*, que, ao caracterizar o direito singular do ordenamento jurídico militar, destaca que:

Antes de prosseguir, é oportuno lembrar uma característica importante das instituições “Forças Armadas” que as diferenciam profundamente dos demais instrumentos de que o Estado é dotado para a tutela de sua segurança. As Forças Armadas dispõem de um ordenamento próprio que, pela sua particularidade, é adequado para regular as relações internas da instituição, assim como, as externas a esta. Aliás, é precisamente este ordenamento, constituído por um complexo de normas articuladas e estratificadas ao longo do tempo, que identifica as organizações instrumentais que lhe pertencem e as distingue de todas as outras instituídas para a prossecução dos fins do Estado.¹⁴¹⁵

¹⁴ LIBERTINI, Domenico; DESIMONI, Serena ; AMATO, Cristoforo. *Profili Civilistici del Diritto Militare*. Foli:Experta, 2005, pp.39-40.

Como exemplo, lembra que a legislação italiana na *Istruzione sul matrimonio dei militari del Regio Esercito*, de 1907, previa limitações à liberdade de contrair matrimônio derivadas do *status* de militar e exigia a concessão de aprovação, podendo esse *regio assentimento* ser negado diante de razões incontestáveis.¹⁶ Foram previstas, ao longo dos anos, limitações dessa natureza, entretanto, algumas delas, ao serem submetidas à Corte Constitucional em 2000 e 2002, tiveram a declaração de inconstitucionalidade dos seus dispositivos.¹⁷

A singularidade da própria natureza das funções e atribuições do militar e da Força a que pertence estrutura todo um alicerce legislativo específico e pertinente ao militar, no âmbito administrativo; com muito mais razão, com relação às condutas tipificadas como crime e previstas em lei própria; mas todos sob o manto constitucional.

¹⁵*Prima di procedere oltre, è opportuno ricordare un'importante caratteristica dell'istituzione "Forze armate" che la differenza profondamente dagli altri strumenti di cui lo Stato si è dotato per la tutela della sua sicurezza. Le Forze armate dispongono di un ordinamento proprio che, nella sua settorialità, è idoneo a regolare i rapporti interni all'istituzione e quelli esterni ad essa. Peraltro, è proprio tale ordinamento, costituito da un complesso di norme articolato e stratificato nel tempo, che individua le organizzazioni strumentali che gli appartengono e le distingue da tutte le altre predisposte per il perseguimento dei fini statuali.*

¹⁶LIBERTINI, Domenico; DESIMONI, Serena ; AMATO, Cristoforo. *Profili Civilistici del Diritto Militare*. Foli: Experta, 2005, p. 95.

¹⁷*Ibidem.*, pp. 99-100.

Entretanto, a justiça militar de cada país teve seu próprio desenvolvimento, não se pode fazer comparações genéricas. Exemplificativamente, pode-se referir ao sistema italiano, o qual ao longo de sua evolução sofreu apreciações negativas, na medida em que se entendia que a jurisdição militar tinha como característica estar muito mais impregnada de militarismo do que de jurisdição propriamente dita. Ao discorrer sobre as alterações que foram inseridas, por ocasião da reforma datada de maio de 1981, foram referidas algumas dessas críticas, sendo oportuna a sua menção, para demonstrar que existem diferenças.

No Tomo XLIX, do *Trattato di Procedura Penale*¹⁸, que trata do Procedimento Militar, consta que foram necessárias algumas décadas para que se iniciasse um efetivo percurso evolutivo visando à inserção na magistratura militar dos valores da Constituição italiana. Outra crítica foi ter permanecido a Justiça Militar italiana isolada, impermeável ao processo evolutivo que caracterizou todas as outras disciplinas, conservando-se refratária à recepção dos ditames constitucionais. Entendia-se, assim, justificadas as críticas de carência de constitucionalidade.¹⁹

¹⁸ Dir. UBERTIS, Giulio; PAOLO VOENA, Giovanni. *Trattato di Procedura Penale, Il Procedimento Militare*, Tomo XLIX, Milano: Giuffrè, 2010.

¹⁹ *Ibidem.*, pp.77-78.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal prevê, em seu art. 124, que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Por sua vez, os Códigos Penal e de Processo Penal Militar estipulam os delitos penais militares e seu processo.

A peculiaridade de nosso sistema frente ao de outros países é ter destinado a aplicação dessas normas a promotores e juízes civis que realizam uma formação jurídica voltada para essa especialidade, aprovados em concurso público de provas e títulos, integrando os primeiros, o Ministério Público Militar, e os segundos, a Justiça Militar da União, ou seja, os órgãos previstos constitucionalmente para o desempenho dessas atribuições, o que garante o fiel cumprimento das leis, sem traços de corporativismo. Com o que se afasta uma das críticas que se possa fazer a uma justiça especializada.

Dentro dessa estrutura, está prevista a composição dos Conselhos de Justiça por juízes militares e um juiz civil togado; e do próprio Superior Tribunal Militar por Ministros militares e civis, todos vitalícios.

Na primeira instância, temos os Conselhos Permanentes e Especiais de Justiça, compostos pelo Juiz Federal da Justiça Militar e, através de sorteio, por quatro Oficiais de carreira, da

sede da Auditoria; os primeiros, para funcionar durante três meses consecutivos, coincidindo com o trimestre civil, previstas hipóteses de prorrogação e vedado o sorteio para o trimestre seguinte do mesmo oficial, e os segundos, sorteados para um processo específico e dissolvido após conclusão dos seus trabalhos (§ 1º, art.23, da Lei nº 13.774, de 2018).

Esse sorteio é realizado pelo Juiz Federal da JM e acompanhado pelo Promotor de Justiça Militar, conforme previsto na Lei nº 13.774, de 2018. Isso é uma realidade prática. Ao longo dos quase dezessete anos trabalhando perante as Auditorias, sempre acompanhei os sorteios, cujo resultado é completamente aleatório, o que por si só representa uma isenção na formação dos Conselhos Permanentes, sistemática igual à do sorteio dos Conselhos Especiais de Justiça.

O desenho estrutural da JMU é extremamente avançado, e o Brasil certamente tem muito do que se orgulhar. Ricardo de Freitas, na acima citada *Live* que tratou da retrospectiva histórica do MPM, abordou essa questão. Muitos criticam a existência da JMU sem aquilatar que o nosso modelo de Justiça Militar da União é democrático, seus órgãos, Tribunal e Juízes Militares, são órgãos do Poder Judiciário, tal qual previsto no art. 92 da Constituição da República. Os Juízes Federais da JM

são regidos pelo Estatuto da Magistratura, LC nº 35/79. Ele também destacou na *Live* que isso foi fruto de uma longa evolução, a qual culminou com o MPM como *dominus litis*, retirando das mãos dos militares, em todas as hipóteses de crime, a decisão quanto ao oferecimento de denúncia, já que outrora o processo tinha seu curso, sem que tivesse sido oferecida uma denúncia pelo promotor.

Além disso, para fins de ação penal, o promotor tem importante participação no desenvolvimento das investigações, seja no inquérito policial militar após a sua distribuição à JMU, seja quando designado para acompanhá-lo e, ainda, na elaboração dos procedimentos de investigação criminal.

Até aqui explanado sobre o modelo de Justiça Militar para os tempos de paz, no entanto, a organização da Justiça Militar em tempo de guerra prevê o deslocamento para o teatro das operações tanto do Promotor de Justiça Militar quanto do Juiz Federal da JMU, conforme preceitua o art. 92 da Lei nº 8.456, de 4.9.1992, sendo que haverá, no teatro de operações, tantas Auditorias quantas forem necessárias, conforme previsto no art. 94 da mesma Lei de Organização Judiciária Militar. Essa foi a realidade que tivemos no teatro de operações da Segunda Guerra Mundial, a demonstrar que os mesmos moldes de

estrutura da Justiça Militar da União são perenes e atendem às necessidades de se fazer cumprir e restaurar a lei, diante do cometimento de um delito, tanto em tempos de paz, quanto na guerra.

Objetiva-se com essa estrutura o respeito ao devido processo legal e garantir os direitos do acusado de crime definido pela legislação penal militar, seja ele militar, seja civil. Observe-se que recente alteração legislativa, determina que o civil será julgado monocraticamente pelo Juiz Federal da JMU (I-B, art.30, da Lei nº 13.774, de 2018), atendendo a antiga reclamação daqueles que se insurgiam contra o julgamento de civis por militares.

8 RESPEITO AOS MEMBROS, SERVIDORES E COLABORADORES

Nesse passo, cabe lembrar que, se o sentimento de pertencimento à Instituição é importante, o de finitude é igualmente significativo, pois, se a vida tem um termo, da mesma forma, o exercício funcional terá o seu limite. A Instituição é permanente, os valores que a fundamentam estão acima de interesses pessoais e particulares, o que não se perde

de vista. Outro aspecto primordial é o respeito aos membros inativos, pela dedicação e empenho de suas vidas à Instituição e que nessa condição não podem ser prejudicados. Ademais, nutre-se a genuína esperança de nos vermos nessa situação um dia, e o mesmo respeito que devemos a eles esperamos que venham a ter por nós.

Não existe uma Instituição forte que cumpra a sua função, se os seus membros não forem respeitados. Maior do que o orgulho de pertencer aos quadros do MPM é o orgulho deste ser uma Instituição que respeita os seus membros, não só do ponto de vista das suas garantias, mas como seres humanos. Não há como exigirmos o cumprimento de uma missão na sociedade se internamente a realidade é diferente do discurso. Por outro lado, temos a consciência que muito há que se percorrer nesse caminho, que todos podemos melhorar, e a própria Instituição também tem que estar em permanente evolução e que, mesmo em tempos difíceis, quanto ao aspecto econômico, os dirigentes, sejam do MPM, sejam do MPU, sob os auspícios fiscalizadores do CNMP, não devem olvidar que todos somos seres humanos sujeitos a limitações e que, se a tecnologia muito tem possibilitado, não se pode desprezar os desgastes à saúde que as novas demandas impõem aos seus

Quadros. Nessa moldura, o aumento de competências deve ser acompanhado da viabilização para o bom exercício destas, através do aumento dos meios pessoais, físicos e técnicos para tanto. O empenho de todos em bem assumir as novas dimensões que a Instituição vem incorporando tem de vir acompanhado do cuidado para que não se provoque esgotamento dos que laboram para o êxito da empreitada, eis que cientes que não podem falhar, pois a eficiência e imagem da Instituição estão permanentemente expostas.

Esse respeito também vemos no trabalho desenvolvido pelo órgão fiscalizador das atividades funcionais e da conduta de seus membros, a Corregedoria do MPM. Pode-se afirmar com segurança que os Corregedores-Gerais do MPM já adotam postura proativa há muito tempo e utilizam a oportunidade propiciada pelas correições para estabelecer mecanismo de aperfeiçoamento institucional, através do diálogo, inclusive dando suporte para a consecução do aprimoramento, sem ferir a independência. Nessa arte, dentre os que realizaram tão difícil missão, é de se agradecer à Subprocuradora-Geral de Justiça Militar Herminia Celia Raymundo e ao Subprocurador-Geral de Justiça Militar Giovanni Rattacaso, este findando seu mandato, os quais deixam saudades, pelo equilíbrio e ponderação.

9 SOBRE O FUTURO

A projeção e a prospecção do MPM devem considerar as mudanças que a articulação com o passado trouxe para o presente, adicionando-se ao plano estratégico o estudo do contexto sociocultural à luz das ciências sociais, bem como o das ciências auxiliares da técnica investigativa.

O futuro desenvolvimento institucional é, assim, possibilitado pela análise do passado, enfrentadas as questões do presente, cabendo um imenso agradecimento a todos os colegas aposentados e aos que já se foram, pela dedicação e o legado que nos possibilitam trabalhar o hoje e pensar o amanhã, como eles fizeram, com grande contribuição institucional, registrando-se, aqui, uma menção especial ao Subprocurador-Geral de Justiça Militar Jorge Luiz Dodaro, agora aposentado.

Passados esses cem anos, o MPM está revigorado pela força e comprometimento de seus integrantes. Demonstração disso são as permanentes discussões visando avanços e melhorias, entre os quais, o fundamental empenho do atual Procurador-Geral de Justiça Militar junto às FFAA e canais competentes, para que seja estruturada e institucionalizada a Polícia Judiciária Militar da União; o recém-criado Observatório

para enfrentamento da corrupção nas FFAA; o fortalecimento da Ouvidoria-Geral do MPM, a qual exerce papel fundamental na nova dinâmica da Instituição frente à sociedade; o revigoramento da CCR.

Quanto à CCR, objetiva enfoque na função de Coordenação, pelos projetos em curso cujo resultado muito contribuirá para o desempenho dos membros e consecução dos fins da Instituição.

O Subprocurador-Geral de Justiça Militar Edmar Jorge de Almeida, atual Coordenador da CCR do MPM, conta com cinquenta anos de serviço público, experiência acumulada que dinamiza a interação institucional, juntamente com o Subprocurador-Geral de Justiça Militar Clauro Bortolli, seu antecessor, desenharam as novas perspectivas da CCR, na segunda “*Lives do Centenário*”, realizada em 28 de agosto e transmitida pelo canal do Youtube²⁰, que tratou do Novo perfil da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar.

Destacou o Edmar a diferença da atividade do MP antes da CF de 88, que mudou o perfil do MPU e relatou as dificuldades quanto à inserção do MPM nos avanços de então.

²⁰*Lives do Centenário*. Disponível em [youtube.com/c/ministeriopublicomilitar](https://www.youtube.com/c/ministeriopublicomilitar)

Salientou e parabenizou o atual PGJM, Antônio Pereira Duarte, pelo novo perfil da CCR, considerada a sua nova face, com poder deliberativo e mais autonomia, em razão das alterações normativas produzidas pela Resolução nº 109, do Conselho Superior do MPM (CSMPM). Reportou-se ao modelo da CCR de outros ramos, como órgãos de promoção de políticas públicas e fomento das finalidades constitucionais do MP, dada a sua visão nacional, viabilizando uma atuação mais democrática. A atuação revisional ganha destaque na atualidade quando analisou o acordo de não persecução penal submetido recentemente à CCR por uma decisão judicial. Salientou quanto à atuação preventiva e resolutiva, com a nova dimensão do MPM propondo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que levam à projeção de um futuro visando à prevenção; e a importância do Observatório do MPM para enfrentamento da corrupção, o qual também é integrado pela CCR, com medidas que foquem os delitos de corrupção, atuando, assim, a CCR como integradora na adoção de decisões firmes.

Por sua vez, Bortolli entendeu que se dava prioridade à Revisão, e que só agora à CCR, com a alteração da Resolução do CSMPM, a qual conferiu enorme dinamismo, é possível

assumir em sua plenitude suas relevantes funções, com a designação do novo membro que atuará na hipótese de a CCR não concordar com o arquivamento. Aponta que, também, devam ser fomentadas as funções de Coordenação e Integração e espera que se alcance uma certa uniformidade de atuação, sempre respeitado o princípio da independência, mas com diretriz na busca da unidade. Lembrou que, no Ministério Público Federal (MPF), as CCR ditam, há muito tempo, linhas de ação para os membros e linhas de ação extrajudicial, para órgãos externos ao MPF. Conclamou os Promotores e Procuradores a participar dos projetos de mapeamento de crimes militares de maior relevo, para se atuar de forma preventiva, já que as iniciativas até aqui são empíricas; e a criação de banco de peças processuais de excelência.

Ponderou, ainda, que, dada a respeitabilidade que o MPM tem no âmbito das FFAA, deve-se atuar na prevenção/redução, sendo o objetivo evitar que o delito aconteça.

Na oportunidade, o Promotor de Justiça Militar Alexandre Reis de Carvalho destacou a importância da unidade e indivisibilidade, faces da união institucional.

Tais manifestações demonstram que já estamos trabalhando na construção dos futuros cem anos.

Nesse cenário do futuro do MPM, sem dúvida o Centro de Apoio à Investigação (CPADSI) possui destaque crucial. O CPADSI vem desempenhando um papel vital, desbravando sistemáticas e ferramentas para auxílio nas investigações; e intercâmbio com outros órgãos e instituições, estabelecendo convênios, para os quais muito contribuiu o Promotor de Justiça Militar Luiz Felipe Carvalho Silva, que esteve à frente do órgão nos últimos anos e foi responsável, juntamente com a equipe, por consideráveis avanços. Aproveita-se para registrar especial agradecimento à Promotora de Justiça Militar Ângela Montenegro Taveira, que, em pouco tempo à frente do CPADSI, conseguiu imprimir diretrizes, igualmente indispensáveis, em dinâmica inovadora, imediatamente sentidas, já tendo realizado diversos contatos, muito contribuindo nas apurações.

É com imensa alegria que se acolhe o novo entendimento do Coordenador da CCR de que a Ouvidoria do MPM e os procedimentos extrajudiciais estão valorizando enormemente a Instituição e que se almeja uma atuação proativa para se evitar/reduzir o cometimento de crime, postura já adotada de longa data na minha atuação Extrajudicial. Para tanto, aplico a

Carta de Brasília, à qual se recorre, muitas das vezes, a fim de que seja compreendida referida atuação, estranhamento que não se encontra nos militares, que usualmente tem disposição colaborativa quando a questão é a proatividade, a fim de evitar situações e ações que possam vir a caracterizar condutas delituosas. Aqui se refere, em especial, aos Oficiais-Generais, os quais, quando solicitados, demonstram e atuam administrativamente, inclusive, com o aperfeiçoamento do sistema de normas, em uma postura preventiva. Lembre-se que os Oficiais-Generais, pela posição que ocupam nos órgãos investigados sabem que os Procedimentos de Investigação Criminal em curso nas Procuradorias de Justiça Militares não podem tê-los como alvo de apuração, eis que somente o PGJM tem atribuição para investigá-los, mas prontamente se empenham para que sejam evitadas situações dúbias e promovem atitudes também proativas para a solução das questões.

Cabe referência a Carta de Brasília, que é fruto de acordo celebrado, após amplos debates e discussões no procedimento de estudos instaurado pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, no 7º Congresso de Gestão do CNMP, oportunidade na qual foi aprovada e assinada a carta com diretrizes no sentido da

modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público, bem como o fomento à atuação resolutiva do MP brasileiro.

É a dimensão da atuação extrajudicial proativa, entre as diversas outras atitudes e posturas acima descritas, que está a serviço de um futuro no qual se cometam menos delitos, mormente quando a formação do militar, de inflexível cumprimento da lei, permite a que, com atuações precisas do MPM junto às FFAA para a implementação de sistemas de detecção de desvios, venha a se evitar/reduzir o próprio cometimento de delitos.

O futuro demandará tenacidade em face dos desafios que se colocam desde o presente.

REFERÊNCIAS

DERRIDA, Jacques. *Du droit à la philosophie*. Paris: Galilée, 1990

FERREIRA, Sergio de Andréa. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. Rio de Janeiro: s. ed., 1982.

GAUDEMET, Jean. *Les naissances du droit, Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*. Paris: Montchrestien, 4. ed., 2006

LECA, Antoine. *Histoire des idées politiques. Des origines au XXe siècle*. Paris: Ellipses, 1997.

LIBERTINI, Domenico; DESIMONI, Serena ; AMATO, Cristoforo. *Profili Civilistici del Diritto Militare*. Foli:Experta, 2005.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Lives do Centenário*.

Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=yI4xcpMZU3k&list=UUjV3xvbQPdMV9JrA7PF0Q3g&index=1>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. Ministério Público Militar. *Relatos do Centenário*.

Disponível em:

<https://www.youtube.com/watch?v=OvYcCKEH1Jw>. Acesso em: 31 ago. 2020.

SANTOS, Adriana. Denúnciação caluniosa, Ministério Público e O Processo. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília, nº 30/2019. Disponível em:

<https://revista.mpm.mp.br/artigos/?idedicao=30>. Acesso em: 12 jun. 2020

SANTOS, Adriana. *Filosofia e Literatura: KAFKA – Der Process*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientador: Professor Doutor Aquiles Côrtes Guimarães, 2015.

Dir. UBERTIS, Giulio; PAOLO VOENA, Giovanni. *Trattato di Procedura Penale, Il Procedimento Militare*, Tomo XLIX, Milano: Giuffrè, 2010, pp.77-78.

Este periódico foi impresso em Brasília, em novembro de 2020,
pela Gráfica FullGraph.

O papel do miolo é o Off-Set 75g, e o da capa é o Duo Design
250g.

Visite o site da Revista do MPM: <https://revista.mpm.mp.br/>

Siga a Revista do MPM no Twitter: @revistampm

Revista do Ministério Público Militar

Centenário do Ministério Público Militar

Tomo II

**Brasília – DF
2020**



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República

Antônio Augusto Brandão de Aras

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

Edmar Jorge de Almeida

Corregedor-Geral do MPM

Giovanni Rattacaso

Conselho Editorial

Adriano Alves-Marreiros

Promotor de Justiça Militar – Coordenador

Maria da Graça Oliveira de Almeida

Procuradora de Justiça Militar

Luiz Felipe Carvalho Silva

Promotor de Justiça Militar

Romana de Castro

Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Centenário do Ministério Público Militar

Tomo II

**Ano XLV – Número 33 – Novembro de 2020 – Tomo 2/2
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>*

Capa: Alessandra Duarte/Adriano Alves-Marreiros

Revisão: Romana de Castro

Tiragem: 1.000 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 45, n. 33
(nov. 2020) – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Semestral

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

ISSN 0103-6769

I – Brasil. Ministério Público Militar.

Apresentação

A Edição nº 33 da Revista do Ministério Público Militar tem cunho muito especial e foi organizada, em dois tomos, com máximo esmero e elevado senso de entrega, para saudar o primeiro centenário da Instituição, em 30 de outubro de 2020.

No Tomo I, conferiu-se notável ênfase ao eixo temático do controle da corrupção, verdadeira erva daninha que medra nos espaços públicos de poder, atraindo o voraz interesse de empresários inescrupulosos, que urdem formas de desviar os escassos recursos públicos, envolvendo integrantes da administração pública e compondo organizações criminosas voltadas para a macrocriminalidade.

A sociedade brasileira que jamais aquiesceu com tais e nefandas práticas ilícitas, que malversam o Erário, desfalcam os cofres públicos e comprometem os investimentos em áreas essenciais para o desenvolvimento do país, não mais suporta sequer cogitar que tais atividades criminosas continuem a infestar os órgãos e as instituições públicas, reclamando que as autoridades investidas do múnus de combater tais males o façam com máxima responsabilidade e imediatez. Não há mais espaço

para tanta dissimulação, em que o dinheiro na cueca ou em malas e o final e despidorado culto a Deus pelo sucesso da gatunagem são o cúmulo do cinismo, num excruciante circo de horrores.

E não é para menos visto que, numa república reconhecidamente com grandes desigualdades sociais, causa muita perplexidade e senso de indignação, que haja tamanha desfaçatez de pessoas investidas de cargos ou funções públicas ou em exercício de mandatos associarem-se a outros agentes da iniciativa privada, arquitetando mecanismos voltados para solapar as verbas públicas, fazendo sua remessa para contas abertas em paraísos fiscais (*offshores*), para ulteriormente, mediante lavagem de capitais, tentar emprestar liceidade a uma forma espúria de alcançar proveito econômico.

Neste sentido, é de se considerar um grande avanço e verdadeiro divisor de águas o denominado processo do Mensalão, iniciado no Supremo Tribunal Federal a partir da denúncia apresentada pelo Procurador-Geral da República em 11 de abril de 2006, em que se logrou efetivar a responsabilização de diversos criminosos que se abasteceram de dinheiro público proveniente da corrupção.

Nesta mesma esteira, a deflagração da Operação Lava-Jato, em 17 de março de 2014, representa marco histórico fundamental no combate à macrocorrupção, contribuindo para trazer alento e esperança a uma sociedade tão vilipendiada pelo crime, ensejando condenações de agentes envolvidos em verdadeiras e complexas teias de crimes contra a administração pública, bem como assegurando a recuperação de verbas ilicitamente desviadas.

O cenário é mesmo de inquietação, obrigando todos que atuam na prevenção e repressão à criminalidade a se pautar por uma verdadeira ira santa no sentido de corresponder aos justos anseios de uma sociedade verdadeiramente angustiada por ver, como ressaltado por Rui Barbosa, triunfar as nulidades, prosperar a desonra e crescer a injustiça.

É dentro de tais expectativas que o Parquet das Armas, o mais especializado ramo do Ministério Público, ao completar seus primeiros cem anos de existência, se alinha com todo o Ministério Público pátrio e demais Instituições republicanas, para combater o bom e salutar combate, vertendo o melhor esforço para, aprimorando a atuação investigativa e processual, requintar a persecução de todos os que se arvorem a desafiar o ordenamento penal, mediante escusos propósitos de

abocanharem, especialmente através de fraudes em processos licitatórios, verbas destinadas ao cumprimento das inadiáveis missões conferidas às Instituições Militares. Indubitavelmente, se depender do empenho e determinação desta agora secular casa, tais práticas ilícitas serão tenazmente reprimidas, de modo a não comprometer a higidez moral e operacional das Forças Armadas e nem ferir seus caros e imarcescíveis preceitos deontológicos.

No Tomo II, diversos e igualmente relevantes textos, procuram refletir, de forma crítica, avanços em contextos jurídicos essenciais, fazendo emergir impactantes considerações sobre áreas destacadas do saber jurídico, nomeadamente a seara constitucional, penal e processual penal.

Por tudo isso, nesta breve apresentação, queria registrar os cumprimentos a todos que têm, na marcha dos tempos, contribuído para fazer um Ministério Público Militar mais vanguardista e à altura de suas grandes e indelegáveis atribuições. Manifesto, assim, os agradecimentos aos que colaboraram com a presente e especial edição, trazendo a lume, textos densos e cientificamente abalizados.

Aproveito, igualmente, para transmitir aos componentes do Conselho Editorial da Revista a gratidão de todo o Ministério

Público Militar, pelo afincos com que atuaram, brindando a todos com uma primorosa edição do centenário.

Finalizo conclamando os Membros e Servidores da Instituição para que, ante marco cronológico tão significativo, possamos celebrar os caminhos percorridos e os óbices suplantados, bem como cantar as vitórias obtidas, mas, sobretudo, nos preparar mais e melhor para os desafios advindouros, na certeza de que todos estão convidados para ajudar a Instituição a se tornar mais eficiente e apta ao exercício de suas tarefas perante o Poder Judiciário, na incessante defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Parabéns Ministério Público Militar pelo seu 1º Centenário!

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

O Ministério Público chega ao seu centenário, o que é motivo de comemoração, mesmo em tempos difíceis em que a alegria não será plena como gostaríamos. Esta é uma edição especial que tem características próprias – ser em dois tomos é uma delas – mas mantendo o espírito de crônica, de refletir seu tempo.

Se estamos comemorando 100 anos do Ministério Público Militar, é porque houve um ato de criação: sensíveis à importância de se cultivar a História e não deixar que ela seja esquecida, alterada nem deturpada, iniciamos os tomos da revista com os trechos mais relevantes do decreto n. 14.450, de 30 de outubro de 1920, que o criou.

O primeiro tomo da revista é essencialmente temático e dedicado a um sério problema do nosso país ao qual o MPM tem dado especial atenção nos últimos anos: a corrupção e os crimes afins. A lei 13.491/2017, que tornou militares crimes que estavam apenas no CP e na legislação extravagante, o trabalho do CPADSI – com sua equipe atuante, criação de ferramentas tecnológicas e convênios para acesso a outras ferramentas e

bancos de dados – e a criação dos NPAC foram um grande incremento à atuação da nossa instituição nessa área, além de nos permitir auxiliar outros ramos, Ministérios Públicos estaduais e outras instituições com nossa tecnologia. Os artigos inéditos de valorosos pensadores e doutrinadores do direito bem analisam os vários meandros desses temas sob vários olhares, todos incluindo o mais essencial de todos: o prático, já que o Direito não se pode desvincular da realidade nem se esquecer da Sociedade, origem de todo o poder, de quem o Direito vem e a quem se destina. Ainda dentro desse olhar histórico e de crônica, o Tomo I é encerrado com artigo de membro do MPM que faz uma panorâmica detalhada e jurídica dos últimos 23 anos da Instituição do ponto de vista de sua vivência na carreira.

O segundo tomo da revista é mais eclético. Temos artigos inéditos de temas variados, também com foco na realidade e na prática, que trazem abordagens inovadoras sobre direito penal em geral, economia do crime (e análise de suas motivações) Direito Militar Penal, Processual e Administrativo. Todos eles, como os temáticos, serão muito úteis para o trabalho de quem atua em prol da Sociedade. Temos também a seção tradicional de artigos de grande repercussão que reúne textos selecionados na imprensa e que permitem retratar o momento

em que a revista foi elaborada e editada, mantendo um vínculo mais próximo com os acontecimentos do Brasil e do mundo que nos cercam. Finalizando, e prosseguindo o que foi iniciado na edição anterior, temos aquela seção que nos lembra que o Direito não pertence aos profissionais da área mas que, acima de tudo, pertence a quem o legitima e que o vive diariamente: o cidadão comum, em especial, o dito leigo em direito. Desta vez publicamos a visão de um editor e revisor de livros.

Eis a Revista do centenário do Ministério Público Militar, coincidentemente a de número 33, um número que evoca muito mistério e sempre chama muita atenção, seja por ser conhecido como a idade de Jesus Cristo ao morrer e ressuscitar, seja porque é o número de graus do Rito Escocês Antigo e Aceito da Maçonaria, seja por quaisquer outras razões. Que isso seja motivo para ainda mais interesse e mais leitores para ela.

Parabéns ao Ministério Público Militar: que venham mais centenários, sempre a serviço da Sociedade, de onde emana todo o poder.

Adriano Alves-Marreiros
Promotor de Justiça Militar

Sumário

Tomo II

Criação do Ministério Público Militar

- ❖ Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, pp. 23-38

Artigos de temas variados

- ❖ A formação da consciência e o direito penal (*Ricardo Dip*), pp. 41-64
- ❖ A “índole do processo penal militar” e seu encontro necessário com os princípios constitucionais da Hierarquia e da Disciplina (*Alexandre José de Barros Leal Saraiva*), pp. 65-104
- ❖ Percepções da polícia militar do Oeste do Paraná sobre aspectos da economia do crime (*Sofia Lopes Shikida; Valmir de Souza; Fábio Costa Pereira*), pp. 105-134
- ❖ A servidão militar e o poder de polícia das Forças Armadas nas áreas vizinhas aos estabelecimentos castrenses (*Cirelene Maria da Silva Rondon de Assis*), pp. 135-180

- ❖ A Lei nº 13.967/19 e o seu impacto na prisão administrativa dos policiais e dos bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal (*Fábio Costa Pereira*), pp. 181-208
- ❖ A vanguarda do CPM/69 na definição dos crimes omissivos impróprios (*Bruno Cortez Castelo Branco*), pp. 209-236
- ❖ O Bem jurídico tutelado e sujeição passiva nos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade (*Cícero Robson Coimbra Neves; Fábio Nakaharada*), pp. 237-264
- ❖ As medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e o poder geral de cautela na administração militar (*Sandro Leal Costa*), pp. 265-304
- ❖ Inconstitucionalidade do processamento e do julgamento de crimes propriamente militares pelo juízo monocrático na Justiça Militar da União (*Leonardo Jucá Pires de Sá*), pp. 305-374

Artigos de grande repercussão

- ❖ Narcoestado (*Rodrigo Merli Antunes*), pp. 377-382
- ❖ A pandemia da Impunidade: Os criminosos devem ser soltos em razão da pandemia de Covid-19??? (*Rogério Zagallo*), pp. 383-392

- ❖ ~~Assombração~~ Inimputável sabe pra quem aparece...
(*Cristiano Mourão*), pp. 393-394
- ❖ GEORGE ORWELL: As grandes guerras mundiais
(*Érika da Rocha Figueiredo*), pp. 395-398
- ❖ Fascistas (*Diego Pessi*), pp. 399-408

Visão do cidadão comum

- ❖ Infiltração proposital e aberta (*Márcio Scansani*), pp. 411-420

Sumário

Tomo I

Criação do Ministério Público Militar

- ❖ Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920, pp. 23-38

Artigos temáticos: Corrupção e crimes afins

- ❖ A Inteligência investigativa a serviço da sociedade (*Ângela Montenegro Taveira; Antônio Pereira Duarte*), pp. 41-86
- ❖ Programas de compliance, imputação penal e o direito militar (*Péricles Aurélio Lima de Queiroz; Alexandre Hugo Santana Sampaio Netto*), pp. 87-148
- ❖ Análise sobre o acordo de leniência como exemplo do papel institucional da comissão de enfrentamento da corrupção do CNMP e a atribuição do Ministério Público (*Silvio Roberto Oliveira de Amorim Junior; Leandro Bastos Nunes*), pp. 149-174
- ❖ CORRUPÇÃO, estamos falando do quê? (*Edmar Jorge de Almeida*), pp. 175-214
- ❖ Corrupção (*Carlos Frederico de Oliveira Pereira*), pp. 215-252

- ❖ O uso de fontes abertas e de acesso restrito para a criação de sinais de alertas em torno da existência de possíveis empresas prestadoras de serviços e obras de engenharia, de caráter meramente instrumentário (*Rafael Lima Linhares*), pp. 253-298
- ❖ Aplicação da lei de licitações na Justiça Militar da União: perspectivas sancionatórias (pena de multa) e processuais (*Wendell Petrachim Araujo*), pp. 299-344

Visão de membro do MPM sobre a carreira

- ❖ MPM: aspectos da vivência institucional (*Adriana Santos*), pp. 347-396

Criação do Ministério Público Militar

DECRETO Nº 14.450, DE 30 DE OUTUBRO DE 1920

Manda observar o Código de Organização
Judiciária e Processo Militar

O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, de acordo com o disposto no art. 24 da lei n. 3.991, de 5 de janeiro do corrente anno, resolve mandar que se observe desde já, no Exército e na Marinha, o Código de Organização Judiciária e Processo Militar, que com este baixa e que será, oportunamente submettido á aprovação do Congresso Nacional.

Rio de Janeiro, 30 de outubro de 1920, 99º da Independência e 32º da República.

EPITACIO PESSÔA.

João Pandiá Calogeras.

Joaquim Ferreira Chaves.

CODIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIARIA E PROCESSO
MILITAR

TITULO PRIMEIRO

Da administração da justiça militar.

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

CAPITULO I DIVISÃO TERRITORIAL

Art. 1º O territorio da Republica, para a administração da justiça militar, em tempo de paz, divide-se em doze circumscripções, constituídas: a 1ª, pelos Estados do Amazonas e Pará e pelo Territorio do Acre; a 2ª, pelos Estados do Maranhão e Piauhy; a 3ª, pelos Estados do Ceará e Rio Grande do Norte; a 4ª, pelos Estados da Parahyba, Pernambuco e Alagôas; a 5ª, pelos Estados de Sergipe e Bahia; a 6ª, pelos Estados do Espirito Santo e Rio de Janeiro e pelo Districto Federal; a 7ª, pelo Estado de Minas Geraes; a 8ª, pelos Estados de S. Paulo e Goyaz; a 9ª, pelos Estados do Paraná e Santa Catharina; a 10ª e a 11ª, pelo Estado do Rio Grande do Sul; e a 12ª, pelo Estado de Matto Grosso.

Paragraphe unico. O Governo designará a séde de cada uma destas circumscripções, tendo em vista a concentração das forças.

CAPITULO II DAS AUTORIDADES JUDICIARIAS E SEUS AUXILIARES

Art. 2º A justiça militar é exercida:

a) por auditores e Conselhos de Justiça Militar nas respectivas circumscripções

Revista do Ministério Público Militar

b) pelo Supremo Tribunal Militar em todo o paiz.

Art. 3º Cada circumscripção terá um auditor, com jurisdicção no Exercito e na Armada, excepto a 6ª, que terá sete, quatro com jurisdicção naquella e tres com jurisdicção nesta.

Art. 4º As auditorias são de duas entrancias, primeira e segunda. De segunda serão as da 6ª circumscripção e de primeira todas as demais.

Art. 5º As autoridades judicciarias militares serão auxiliadas:

- a) pelo ministerio publico, composto de um procurador geral e promotores;
- b) por escrivães;
- c) por officiaes de justiça.

Art. 6º Haverá um promotor em cada circumscripção, excepto na 6ª que terá dous com jurisdicção no Exercito e dous com jurisdicção na Armada.

Art. 7º Junto a cada auditor servirão um escrivão e um official de justiça. Na 6ª circumscripção haverá dous escrivães e dous officiaes de justiça junto aos auditores com jucidicção no Exercito, e outros tantos junto aos auditores com jurisdicção na Armada.

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

Art. 8º Na 6ª circumscrição os auditores e promotores serão designados por ordem numerica.

(...)

SECÇÃO IV DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA MILITAR

Art. 29. Os promotores da justiça militar serão nomeados pelo Presidente da Republica dentre os cidadãos diplomados em sciencias juridicas e sociaes. Destes, os que forem ou tiverem sido militares terão preferencia.

Art. 30. O procurador geral será um dos auditores de 2ª entrancia, de livre escolha do Presidente da Ropublica. E' o chefe do ministerio publico e o seu órgão perante o Supremo Tribunal Militar no processo e julgamento dos crimes a que se refere o art. 47, letra a.

Art. 31. No exercicio das funcções na reciproca independencia entre os órgãos do ministerio publico e os da ordem judiciaria.

Art. 32. A distribuição de serviço aos promotores da 6ª circumscrição caberá ao

auditor mais antigo, respectivamente, no Exército e na Armada.

Paragrapbo unico. Os promotores da 6ª circumscripção se substituirão reciprocamente nas suas faltas e impedimentos dentro das jurisdicções em que servem.

Art. 33. Em caso de necessidade, o procurador geral nomeará promotor interino, e o auditor, ou o presidente do Conselho de Justiça, segundo a hypothese, promotor ad hoc.

Paragrapbo unico. O promotor interino e o ad hoc serão tirados, sempre que fôr possível, dentre os cidadãos diplomados em direito.

(...)

SECÇÃO IV DOS AUXILIARES DE JUSTIÇA MILITAR

Art. 49. Ao promotor incumbe:

a) requerer á autoridade militar competente inquerito policial para o descobrimento do crime e seus autores;

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

b) denunciar os crimes, assistir á formação da culpa e julgamento e promover todos os termos da acção;

c) recorrer sempre para o Supremo Tribunal Militar dos despachos do não recebimento da denuncia e de não pronuncia do indidado;

d) accusar os criminosos, promover a sua prisão e a execução das sentenças;

e) appellar para o Supremo Tribunal das sentenças absolutórias do Conselho de Justiça, contrarias á evidencia dos autos, ou quando tenham sido preferidas formalidades substanciaes do processo;

f) interpôr os demais recursos legaes;

g) requisitar das repartições e autoridades competentes, dos arvos e cartorios, as certidões, exames, diligencias e esclarecimentos necessarios ao exercicio de suas funcções;

h) organizar e remetter ao procurador geral a estatistica criminal de sua promotoria.

Art. 50. Ao promotor, como ao auditor, nos casos de procedimento ex-officio, é licito arrolar testemunhas que não tenham deposto no inquerito policial militar.

Revista do Ministério Público Militar

Art. 51. Ao procurador geral, além do que, estatuido no art. 49, lhe fôr applicavel, incumbe:

a) superintender todo o serviço do Ministerio Publico, expedir ordens e instrucções aos promotores para o desempenho regular e uniforme de suas attribuições, fazer effectiva a responsabilidade dos mesmos e dos demais empregados da justiça;

b) officiar nos recursos interpostos pelos promotores e submettidos ao conhecimento do Supremo Tribunal Militar e naquelles em que os relatores entenderem necessaria a sua audiencia;

e) requerer tudo quanto julgar necessario para o julgamento das causas;

d) denunciar e accusar os réos nos crimes da competencia originaria do Supremo Tribunal Militar;

e) organizar annualmente a estatistica criminal militar.

(...)

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

CAPITULO VIII DISPOSIÇÕES PECULIARES AOS JUIZES E FUNCIONARIOS DA JUSTIÇA MILITAR

SECÇÃO I DOS DIREITOS E GARANTIAS DOS JUIZES E MAIS FUNCIONARIOS; DA SUSPENSÃO E PERDA DAS FUNÇÕES

Art. 59. O procurador geral e os promotores exercerão os seus cargos enquanto bem servirem, a juízo do Governo.

Art. 60. Os ministros militares, em caso de licença, perderão quantia correspondente á gratificação de exercicio dos ministros civi.

Art. 61. Os funcionarios da justiça militar terão os vencimentos da tabella anexa.

Art. 62. E' facultado aos auditores de primeira entrancia renunciar a promoção á segunda, e aos desta a promoção a ministros do Supremo Tribunal. Os renunciantes, porém, perderão, todos os direitos de antiguidade no respectivo quadro.

Art. 63. Os juizes e mais funcionarios da justiça militar ficarão suspensos do exercicio de suas funções:

Revista do Ministério Público Militar

a) quando pronunciados ou condenados, si a condenação não importar a perda do cargo;

b) quando deixarem o exercicio do cargo sem licença, ou não o reassumirem depois de finda esta.

Art. 64. Os auditores e promotores serão passíveis das seguitites penas disciplinares, impostas respectivamente pelo Supremo Tribunal Militar, por intermedio do seu presidente, e pelo procurador geral:

a) advertencia particular;

b) censura publica;

c) suspensão do exercicio até um mez.

(...)

SECÇÃO II DO VESTUARIO DOS JUIZES E MEMBROS DO MINISTERIO PUBLICO

Art. 67. Os ministros militares e os juizes militares dos Conselhos de Justiça, sempre que se reunirem, deverão estar fardados.

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

Art. 68. Os ministros civis, o procurador geral, os auditores, os promotores, o secretario, o escrivão, os officiaes e continuos usarão nas sessões e audiencias o vestuario descripto no Regimento interno do Tribunal.

(...)

TITULO SECUNDO

Do processo

CAPITULO I

DO INQUERITO POLICIAL MILITAR

Art. 74. O inquerito policial militar consiste em um processo summario, em que se ouvirão o indiciado e o offendido, e duas ou tres testemunhas, e se fará o corpo de delicto ou qualquer exame e diligencia necessaria ao esclarecimento do facto o suas circumstancias.

Paragrapho unico. A autoridade que fizer o inquerito juntará aos autos uma lista das pessoas, além das já ouvidas, que tenham razão de saber do facto criminoso.

Art. 75. O inquerito pode ser instaurado:

Revista do Ministério Público Militar

a) ex-officio ou em virtude de determinação superior;

b) a requerimento da parte offendida ou de quem legalmente a represente;

c) em virtude de requisição do ministerio publico.

§ 1º O procedimento ex-officio compete á autoridade militar sob cujas ordens estiver o accusado, logo que ao conhecimento della chegue a noticia do crime que a este se attribue.

§ 2º A determinação para instauração do inquerito compete, observada a ordem hierarchica ou administrativa, ao superior ou chefe da autoridade a que se refere o paragrapho anterior.

§ 3º O requerimento e a requisição de que tratam as lettras b e c, serão dirigidos á autoridade militar sob cujas ordens servir o accusado.

Art. 76 A policia militar será exercida, pelos ministros da guerra e da marinha, inspectores de região, commandantes, chefes ou directores de estabelecimentos ou repartições militares, por si ou por delegado, que será official de patente.

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

Paragraphe unico. No caso de indicios contra um official, essa delegação só poderá ser exercida por outro de patente superior, ou igual mas de maior antiguidade.

Art. 77. A autoridade militar que presidir ao inquerito será auxiliada por militar idoneo de sua confiança e designação, o qual escreverá os termos necessarios e não poderá excusar-se nem ser recusado pela autoridade sob cujas ordens estiver servindo.

Art. 78. Terminadas as diligencias policiaes e autoadas todas as peças, no caso de delegação, serão os autos remetidos á autoridade que determinou ou requisitou a abertura do inquerito, seguidos de um relatorio.

§ 1º Si os factos constantes das averiguações constituirem contravenções da disciplina militar, proceder-se-á de conformidade com o disposto nos regulamentos disciplinares do Exercito e da Armada.

§ 2º Si os factos constituirem crime ou contravenção da competencia dos tribunaes civis, serão os autos remetidos á autoridade competente.

Revista do Ministério Público Militar

§ 3º Si os factos constituírem crime da competência dos tribunales militares, serão os autos remetidos ao auditor respectivo, e na 6ª circumscripção, ao auditor mais antigo, respectivamente, com jurisdicção no Exercito e na Armada.

Art. 79. O promotor poderá assistir por iniciativa propria ou por solicitação do presidente do inquerito aos termos deste.

Art. 80. Não haverá inquerito policial em caso de flagrante delicto, ou quando se julgar dispensavel por estar o facto já esclarecido.

CAPITULO II DA ACÇÃO CRIMINAL, DENUNCIA E PROCEDIMENTO EX-OFFICIO

Art. 81. O processo criminal inicia-se:

- a) por denuncia;
- b) ex-officio.

Cada um destes meios de acção póde ser precedido do inquerito policial militar.

Art. 82. A denuncia compete ao Ministerio Publico.

Art. 83. A denuncia deve conter:

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

a) a narração do facto criminoso com todas as circumstancias conhecidas;

b) o nome do delinquente, seu posto ou emprego, ou os seus signaes caracteristicos, si o nome for ignorado;

c) as razões de convicção ou presumpção da delinquencia;

d) nomeação das testemunhas em numero nunca menor de tres nem maior de seis, e dos informantes.

Art. 84. A denuncia que não tiver os requisitos legaes não será recebida.

Art. 85. Não se admittirá denuncia de pae contra filho ou vice-versa; de irmão contra irmão, nem de advogado contra constituinte, pelos crimes que vier conhecer em confiança no exercicio da profissão.

Art. 86. A parte offendida poderá intervir para auxiliar o promotor, mas não lhe é licito produzir testemunhas além das arroladas, ou interpôr qualquer dos recursos legaes.

Paragpho unico. Do despacho que não admittir o auxiliar da accusação cabe recurso.

Revista do Ministério Público Militar

Art. 87. Compete ao offendido ou a quem tiver qualidade para represental-o o direito de invocar a acção do Ministerio Publico por meio de petição á autoridade militar a que estiver subordinado o accusado. O uso deste direito, porém, só será permittido antes da denuncia.

Paragrapho unico. A petição, que poderá ser acompanhada de documentos, será remettida pela referida autoridade ao auditor, que della dará vista ao representante do Ministerio Publico para proceder como de direito.

Art. 88. A denuncia, sob pena de responsabilidade criminal, será offerecida pelo promotor dentro de cinco dias, contados do recebimento do inquerito ou dos documentos em que ella se basear.

Art. 89. O procedimento ex-officio compete ao presidente do Supremo Tribunal ou ao auditor em todos os crimes quando, esgotado o prazo legal, não tiver sido apresentada a denuncia.

Art. 90. A acção criminal ex-officio será iniciada por meio de portaria, na qual o presidente do Supremo Tribunal ou o auditor exporá o facto com as suas circumstancias, e mandará autoar os papeis ou documentos que lhe tiverem sido

Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920

presentes, para proceder nos termos
ulteriores do processo.

(...)

*(Trechos que dispõem sobre a organização e atuação do
Ministério Público Militar)*

Artigos de temas variados

A formação da consciência e o direito penal

Ricardo Dip

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre em Função Social do Direito. Autor de vários livros. Coautor de "Crime e Castigo: Reflexões Politicamente Incorretas".

1. Retomo em parte, nestas pequenas linhas, assunto que foi objeto de uma aula por mim proferida, em 2005, para o doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Buenos Aires, durante um dos justamente célebres seminários dirigidos por Félix Adolfo Lamas. Dedicou-se, então, essa aula em homenagem póstuma ao filósofo argentino Guido Soaje Ramos, que morrera em março do mesmo ano de 2005. Recorro aqui, expandindo-as, passados quase 15 anos, às notas que elaborei para apoiar-me durante a aula.

2. O tema da consciência ocupa numerosos lugares penais, quer diga respeito ao agente delitivo, quer ao sujeito

passivo do crime. Com mais de um modo, entretanto, atendendo a diferentes situações reais, trata-se da consciência, ora com a acepção de psicológica, ora, da consciência moral, da preceptiva, da proibitiva, da atual e da habitual (*rectius*: a sindérese, virtude da razão prática), da consciência reta e da consciência viciosa, da consciência verdadeira, da consciência falsa – e, quanto a esta última, da culpável ou da inculpável, *in se* ou *in causa*. Há, pois, muitos sentidos da realidade e do conceito de consciência (noção mais possivelmente equívoca, ou, quando menos, analógica), e são muito interessantes, de fato, suas repercussões na casuística penal. Não falta alguma vez que, no exercício das prudências legislativa e judiciário-penal, tenham-se considerado questões de consciência social ou coletiva, da consciência ocidental (p.ex., Arthur Kaufmann, *Filosofía del Derecho*), da consciência europeia (como se lê no título de um famoso livro de Paul Hazard, *La crise de la conscience européenne*), da consciência burguesa (contida no conceito mais amplo do “espírito”, como se vê nas páginas de Werner Sombart, *Der Bourgeois...*, e, já por seu título, em *De l’esprit bourgeois*, de Berdiaeff), da consciência cristã, da consciência ética de um povo (assim a refere Giuseppe Maggiore, *Diritto penale*), e de todos esses significados de

“consciência” pensam extrair-se, com acerto ou não, tanto padrões de conduta, quanto correlativos de culpa, de responsabilidade e expiação (até mesmo no plano coletivo, o que explica, em certa medida, a infligção de penas em efígie e a cadáveres).

A consciência em sentido próprio (*conscientia proprie loquendo*) é um ato, uma relação de conhecimento com uma coisa: a ciência com outro (*cum alio scientia*), ou seja, a aplicação do conhecimento ou ciência àquilo que se age, à conduta (*cognitionis vel scientiae ad ea quae agimus* – S.Tomás de Aquino, *S.th.*, I, 79, 13), o que pode ocorrer sob o modo (I) de um testemunho, (II) de uma instigação, ou (III) de uma escusa, acusação ou remorso. Apesar dessa limitação significativa do conceito estrito de consciência, praticamente não haverá lugar penal algum em que não nos deparemos com sua presença; considerem-se alguns exemplos:

(I) Acha-se a consciência no próprio conceito jurídico-formal de crime, que, ao rejeitar a possibilidade de um ilícito sem ação humana – *nullum crimen sine conducta* –, exige a advertência e o consentimento para a caracterização do delito; a essência antropológica do crime repudia a criminalização de “atos” animais e de “atos” de coisas inanimadas, além de afastar a exigência do imprevisível

e do inevitável (assim, expressamente, Günter Stratzenwhert), remetendo-se, enfim, à natureza racional do homem: o crime pressupõe a razão e a vontade humanas – é isso, saliente-se, que permite pensar em crimes naturais.

(II) Todos os homens são criminosos virtuais – *le délinquant* (disseram Roger Merle e André Vitu) *est un être humain qui commet des crimes* –, o que se traduz, de maneira realista, com a passagem da potência ao ato, e isso, ao menos quanto aos ilícitos dolosos, inclui, necessariamente, o juízo (e a formação) da consciência: *le crime est un acte humain*, disse graficamente Etienne De Greeff ao início de sua *Introduction a la criminologie* (Bruxelas: Joseph Vandenplas, 1946, vol. I), e é o resultado de um *processus* que se consuma por um trânsito da potência; é por isso que, sendo o termo de um processo, os bons hábitos conseguem êxito em evitá-lo. A realidade do ato criminoso passa por três períodos teóricos: (I) de início (cf., v.g., Merle-Vitu, *Traité de droit criminel*, e Raymond Gassin, *Criminologie*), tem-se a etapa em que a ideia delituosa se apresenta como pouco provável ou nada, e com a qual o agente convive sem entrever o papel que pode nela desempenhar: “O homem que se torna criminoso nisso não se torna, geralmente, senão após um período de pré-criminalidade (*période de pré-criminalité*), no curso do qual o processo que o leva ao ato se precisou em seu pensamento, operou em todas as regiões da alma uma sorte de singular anestesia (*singulière anesthésie*), deformou os valores, transformou os princípios, estabeleceu sua legitimidade” (De Greeff, *Ames criminelles*, Paris: Casterman, 1949, p. 9); é a

fase que o mesmo De Greeff designa de “assentimento ineficaz” (*assentiment inefficace*); (II) a segunda etapa é a em que o actante percebe com clareza a tarefa de que é eventualmente incumbido para executar a ação, mas, está, por então, sujeito a uma “crise moral” (*agone?* – devo agir?): o agente hesita, ensaia meias atitudes, tergiversa, até que, vitorioso pela tentação delitual, (III) atinge o estágio do “assentimento formulado”, com que consente na ideia criminosa e passa da potência ao ato.

(III) Não se reconhece a configuração de um crime quando os actantes não possuem, transitoriamente, a advertência da ação (sabe-se que isso se dá com os sonâmbulos e os hipnotizados), e repugna-se a imputabilidade aos que, habitualmente, por enfermidade ou por desenvolvimento mental incompleto ou deficitário, são incapazes, inteiramente, de entender o caráter ilícito de uma ação ou de conduzir-se de conformidade com esse entendimento.

(IV) Tampouco se afirma a plena imputabilidade dos que “em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (parágrafo único do art. 26 do Código penal brasileiro).

(V) Não é raro pensar em excluir a pena de quem, em estado de embriaguez plenária, resultante de caso fortuito ou de força maior, estivesse integralmente incapacitado para entender o caráter ilícito de uma

conduta ou de comportar-se segundo esse entendimento: assim, o Código penal brasileiro (§ 1º do art. 28).

(VI) O erro inevitável sobre um elemento constituinte do tipo, e o erro, que se poderia ou não evitar, sobre a ilicitude da ação (sobre esse tema da consciência da antijuridicidade é paradigmático o estudo de Jorge de Figueiredo Dias, *O problema da consciência da ilicitude*) têm repercussão penalística: seja para excluir inteiramente a pena (discriminantes putativas), seja para afastar o dolo ou para mitigar a punição (art. 20 do Código penal brasileiro).

(VII) Para a caracterização do preterdolo, é preciso admitir a consciência – ou seja, o entender e o querer sem que se atenda à previsibilidade exigível. Do contrário, estar-se-ia diante de responsabilidade penal objetiva.

(VIII) A diversificação específica na direção da vontade do partícipe delitual leva à concorrência dolosamente distinta (*vide* o § 2º do art. 29 do Código penal brasileiro).

(IX) Um motivo fútil ou torpe pode agravar as penas; um motivo de relevante valor social ou moral pode atenuá-las (cfr., arts. 61, II, *a*, e 65, III, *a*, do Código penal brasileiro).

(X) A reincidência agrava a pena (*v.g.*, inc. I do art. 61 do Código penal brasileiro). Seu dado essencial é

que a experiência criminal passada estaria a indiciar maior culpa.

(XI) Mas a coação resistível pode mitigar a punição (*vidē* alínea *c* do inc. III do art. 65 do Código penal brasileiro), ao passo que é exclusora do crime a coação irresistível (art. 22 do mesmo Código penal).

(XII) Já o consentimento da vítima, em alguns casos, exclui a pena em certas hipóteses de consentimento da vítima, tal, p.ex., se tem no Código penal brasileiro, inciso II do art. 128 (note-se bem: a antijuridicidade não se afasta nesse quadro; apenas não se pune o ilícito).

Na parte especial dos ordenamentos positivos penais, é rotineiro tropeçar com o tema da consciência – como se pode ver, *brevitatis studio*, com a adoção do dolo abrangente para certas agravações de pena: p.ex., no direito brasileiro, a antecipação do parto e o aborto só qualificam o crime de lesões corporais quando o sujeito ativo conheça o estado gravídico da vítima (art. 129, § 1º, inc. IV, e § 2º, inc. V do Código penal); o delito de perigo contágio venéreo reclama que o agente saiba ou deva saber que está contaminado (art. 130 do Código penal).

Como se vê, não seria difícil multiplicar a referência aos muitíssimos exemplos em que a questão da consciência ocupa lugares no direito penal. De modo paradoxal, entretanto, os

códigos penais não prodigalizam as menções verbais à consciência. O Código penal do Brasil, p.ex., emprega duas vezes a palavra “consciência”, ambas no mesmo parágrafo único de seu art. 21, e nenhuma vez os vocábulos “consciente”, “inconsciente”, “inconsciência” ou “advertência”; a palavra “consentimento” surge uma vez em rubrica e oito vezes em artigos; “consentir” escreveu-se ali uma só vez.

Considere-se agora, com mais vagar, o tema da consciência consequente – tomada como escusa, acusação, arrependimento, remorso –, e que exercita função judicativa ou vindicativa posterior ou presencial a uma determinada ação. A relevância penalística da análise desse tema particular, que é notória no que respeita à prevenção específica derivada da execução da pena, recomenda aqui tratá-la com certo vagar, ainda que com a brevidade que a ocasião aconselha.

Depara-se com a consciência consequente do sujeito delitual ativo:

- durante a perpetração do crime – em cuja tentativa, quando imperfeita, é possível dar-se a desistência voluntária da ação, ou, quando a tentativa já se faz perfeita, o arrependimento eficaz do agente;

- após a consumação do ilícito, em que o ato pretérito pode sofrer, antes da execução da pena, o influxo da consciência conseqüente, emergindo, no âmbito penal, o arrependimento posterior ou ainda a confissão, enquanto seja sinal exterior de arrependimento;
- por fim, já em via de execução da pena, o arrependimento é o fator capital para a prognose de não reincidência delitiva e as medidas de libertação. Poderia até mesmo indicar-se o papel da consciência conseqüente no suposto de outra e louvável figura penal, como a que prevê o Código penal português, reconhecendo um implícito arrependimento com o fato de “ter decorrido muito tempo sobre a prática do crime, mantendo o agente boa conduta” (art. 72, n. 2, d).

Assim, quanto à primeira dessas figuras, a desistência voluntária, pela qual se interrompe a execução do crime sem que o actante seja constringido a isso por circunstâncias externas, dispõe o art. 56, *in fine*, do Código penal italiano: “Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per se un reato diverso”, e o art. 43 do Código penal argentino: “El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”.

Quanto ao arrependimento eficaz, emergente após a caracterização da tentativa criminal perfeita, enuncia o Código

penal brasileiro: “O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados” (art. 15).

Pode ensejar também o reconhecimento do papel da consciência conseqüente o caso do arrependimento posterior, que, com frequência, acarreta uma atenuação penal: p.ex., no direito português, cabe reduzir a pena se houve “actos demonstrativos de arrependimento sincero do agente, nomeadamente a reparação, até onde lhe era possível, dos danos causados” (art. 72); o n. 6 do art. 62 do Código penal italiano também indica a redução das penas por ter o agente, “prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante risarcimento di esso, e, quando sia possibile, mediante le restituzioni”; e o direito brasileiro: “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços” (art. 16; cfr. ainda o art. 64 do Código penal argentino).

Quanto à confissão do agente, ela nem sempre, de fato, retrata a consciência conseqüente. Há confissões utilitárias – visando à redução penal. Há confissões falsas – com motivos e fins variados. O Código penal espanhol, art. 21, prevê a

confissão como reflexo de um juízo de consciência consequente, ali se afirmando circunstância atenuante “haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”. O Código penal brasileiro, em norma textualmente menos apropriada, enuncia como circunstância que sempre atenua a pena o fato de o sujeito ativo ter “confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime” (alínea *d* do inc. III do art. 65). Roberto Lyra observou a propósito, com razão, que falar em espontaneidade da confissão “não diz respeito, é claro, à sua prestação, em que seria redundante a referência...” (*Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. 2, n. 64), pois sua oposta seria a confissão coacta, evidentemente destituída de todo valor. Por isso mesmo, Heleno Fragoso, com não menos razão, ensinou: “se o agente confessa sob pressão policial, fato, aliás, comum, nenhuma atenuante será aplicável” (*Lições de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, Parte Geral, n. 345). Mirabete, assistido de fundamentos, assinalou ser suposto indispensável para essa atenuante o arrependimento do sujeito ativo: “Não basta a confissão para a configuração da atenuante; é necessário que o agente, arrependido, procure a autoridade para a confissão, já que a lei

não fala em ato voluntário, mas em confissão espontânea” (*Manual de Direito Penal*. São Paulo: Atlas, 1997, vol. 1, n. 7.5.6). Paganella Boschi, na mesma linha: “Foge ao sentido do texto, portanto, reconhecer a atenuante quando o agente é preso em flagrante e não tem como negar as evidências em torno da autoria ou imputar a responsabilidade pelo fato a terceiro. Inconfundíveis confissão espontânea e confissão voluntária” (*Das Penas e Seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 273). Em antiga composição do Supremo Tribunal Federal, decidiu-se que, “à caracterização da confissão espontânea devem concorrer os requisitos objetivos e subjetivos. A simples confissão, sem a demonstração de arrependimento, não garante a atenuação da pena a tal título” (*HC 84.026-4*, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, cf. *DJU 27-8-2004*, p. 70).

Com efeito, a espontaneidade da confissão – prevista na lei brasileira como qualificação necessária do ato confessório para atuar como causa de atenuação penal – distingue-se da mera voluntariedade da confissão. Não se trata aí do espontâneo como o que procede de um princípio interno *juxta naturam agentis, sine deliberatione* (Marcelino Zalba), mas do que (disse Cathrein) *procedit a principio interno* – ou seja, sem provocação

exterior. Consta que um certo Conrado, da cidade italiana de Placência, no século XIV, provocou, durante uma caçada, um incêndio acidental, e evadiu do lugar dos fatos sem ser identificado. Tempos depois, vindo a saber que um terceiro fora, por esse incêndio, condenado injustamente, apresentou-se esse Conrado à autoridade local, confessou-se responsável pelo incêndio e ofereceu todos seus bens para indenizar os prejuízos. Isso sim – essa realidade histórica – retrata uma confissão espontânea, com a nota essencial da consciência reprovadora. Tratava-se de Conrado Confalonieri, antigo caçador que, depois, tornou-se eremita, e foi canonizado.

É notória a relevância da consciência consequente no terreno da execução penal e na perspectiva da recuperação moral do delinquente.

Se é verdade que os estados laicos e, mais que isso, laicistas não têm legitimidade para impor e exigir dos condenados uma mudança profunda e interior da direção de sua vida, pretendendo calcá-la na observância da moral natural, podem esses estados, ao menos, contentar-se com uma mudança na conduta exterior, ou seja, com uma singela ressocialização: põe-se aqui o *discrimen* entre, de um lado, a metanoia, que atende primeiro à interioridade e, depois, à conduta, e, de outro

lado, a mudança *simplex* da ação externa, sem um correlativo necessário com a “conversão da alma”. É patente o interesse da prevenção penal-específica, na consideração da vida pretérita concreta do condenado, e se essa ampla consideração tem relevo é porque o passado do agente, sua biografia, constitui fator importantíssimo da prognose indispensável para deferir ou recusar medidas progressivas no regime presidiário ou até medidas libertárias, e para a tentativa de encontrar meios paideicos de recuperação social do condenado.

A experiência de vida delitiva pretérita funda, com frequência, a certeza moral sobre uma específica proclividade criminosa (por todos, Middendorff. *Teoría y Práctica de la Prognosis Criminal*. Madrid: Espasa-Calpe, 1970, p. 126 *et sqq.*). É o que, por outro aspecto, designa-se certeza de tendência. Mas não é caso de isolar a consideração do pretérito dos demais fatores de prognóstico de reincidência: em algumas espécies criminais, o próprio delito antecedente pode estimar-se irrelevante para a prognose (p.ex., quanto aos homicídios – Von Hentig; em relação a crimes contra os costumes praticados precocemente – Silbereisen).

Não se vislumbra nesse gênero de considerações nenhum *bis in idem* entre a pena executável e as penas já satisfeitas,

porque não se está a reiterar uma pena por *dúplice* valoração, senão que, no plano de uma sentença parcialmente determinativa (*i.e.*, quanto ao regime prisional ou às medidas liberatórias), trata-se de aferir se, também à luz de sua vida *ante acta*, o condenado pode cumprir essa pena – ela mesma, não outra e nova punição – sob regência mais ou menos severa, ou se pode alcançar “pedaços de liberdade” (De Greeff, *Introduction a la criminologie*, p. 315).

Na esfera do juízo condenativo, cabe verificar a culpabilidade do criminoso quanto ao fato objeto do processo. Já no campo da execução penal, incumbe avaliar a periculosidade do condenado. A culpa mede a pena, e a pena retribui a culpa, num direito penal de ato e de culpabilidade, num direito penal retributivo. A pena, pois, tanto quanto a culpa, refere-se à ação criminosa. Já o tema do perigo social do agente não está plenamente situado na culpa: indicia-se da ação, mas não se exaure nela: bem observou De Greeff que “nunca o homem é totalmente descrito em um ato, ainda que muito grave, e uma parte apenas de sua personalidade deixa ali traduzir-se” (*o.c.*, p. 315). É essa personalidade do agente que deve refletir-se no modo de executar a pena; a pena, insista-se, retribui a culpa, mas, ao executar-se, deve considerar a ideia de prevenção –

designadamente a especial –, a que se faltaria, por certo, se se admitisse a ascensão do condenado rumo à liberdade quando persistentes, em juízo prognóstico, os riscos da reincidência delinquencial. Mas essa possível perigosidade do actante – vale por dizer, a probabilidade de repetição de ilícitos – ordinariamente se ampara numa causa ou anômalo pessoal, reportável às disposições anímicas e, de modo sobressalente, aos hábitos. De tal maneira que a vida anteacta não pode ser menosprezada para a prognose de futuro comportamento do condenado. O de que se trata, na via executória, é da estimativa da vida precedente do preso, com que se possa também verificar alguma expectativa de desarraigamento de condutas costumeiras ou, ao menos, a fortificação em face das tentações delituosas.

Tomem-se, por exemplo, os crimes contra o patrimônio. Disse, a propósito, Meywerk que “os delitos contra a propriedade apresentam a tendência mais tenaz à reincidência”, e Middendorff, com apoio em Seelig e Viernstein, concluiu que os criminosos se mostram mais proclives à recidiva quando atuam de modo violento. Prossegue Middendorff: “Gregor e Zink falam que a tendência a perseverar na direção traçada pelo primeiro delito se mostra ‘extraordinariamente forte’ nos crimes contra o patrimônio. Também Stutte e Saari consideram como

prognosticamente desfavorável a tendência de cometer delitos contra a propriedade” (*o.c.*, p. 161; julgado de antiga composição do Superior Tribunal de Justiça brasileiro assentou: “pode o magistrado estabelecer um regime inicial de cumprimento mais severo, para desestimular a reincidência, dado que os criminosos contra o patrimônio são mais propensos à recidiva” (*HC 10.474*, rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJU 8-3-2000*, p. 164).

Vê-se nesse quadro a importância da prevenção especial no plano da execução das penas. Os benefícios que se pretendam conceder aos condenados exigem, de fato, um juízo de certeza moralmente fundado, para o qual muito releva a diagnose psiquiátrico-psicológica, diagnóstico técnico, que, ordinariamente, opera, no plano prospectivo, com fatores objetivos de prognose. E entre os requisitos subjetivos do condenado, destaca-se o da crítica à conduta anterior: não de qualquer crítica, mas de uma crítica satisfatória. Jean Larguier lembra, a propósito, que muitos condenados se lamentam de um erro de metódica, sem remorso ou arrependimento moral, e a falta de assunção plena de culpabilidade é já indicativo de que prematura a pretensão de mudança progressiva no regime de cumprimento penal ou a ascensão para a liberdade

(*Criminologie et science pénitentiaire*. Paris: Dalloz, 1999, p. 145).

A prognose de não reiteração criminal, *i.e.*, o prognóstico de que o sentenciado há de “conduzir a sua vida em liberdade de modo socialmente responsável, sem cometer crimes” (Jorge de Figueiredo Dias. *Direito Penal Português*. Lisboa: Aequitas, tomo II, § 850, p. 539), deve ser um “juízo fundado” *id.*, uma “esperança fundamentada de que a socialização em liberdade possa ser lograda” (§521), a “esperança de que o condenado sentirá a condenação como uma advertência e não cometerá no futuro nenhum delito” (Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981, vol. 2, § 79, I, 3, p. 1.154): enfim, “garantias sérias de readaptação social” (Merle e Vitu, *o.c.*, p. 767). Não se trata, é bem verdade, de emitir um juízo de certeza especulativa: aqui se entende a observação de Jescheck, segundo a qual “esperança não significa certeza”, mas, cabe observar com Figueiredo Dias, que se exige um juízo de certeza moral – scl., racional, plausível, fundado. Se “existem sérias dúvidas sobre a capacidade do condenado para compreender a oportunidade de ressocialização que lhe é oferecida, a prognose deve ser negativa” (Jescheck, *o.c.*, § 79, I, 3), se houver “razões sérias para duvidar da capacidade do agente de não repetir

crimes, se for deixado em liberdade, o juízo de prognose deve ser desfavorável” (Figueiredo Dias, *o.c.*, § 521).

O arrependimento, como fruto maduro da consciência consequente, é o dado central para a prognose executório-penal, ao contrário do que se passa com o mero remorso, fruto seco da consciência impropícia, simples retrospectiva ineficaz. Com o remorso, está-se a querer que não tenha havido o crime; sofre-se por isso, uma vez que não se consegue apagar o passado (cf. Jean Lacroix. *Filosofía de la culpabilidad*. Barcelona: Herder, 1980, p. 57). O puro remorso revela uma “fascinação pelo sortilégio do pecado” (Jankelevitch): este modelo impressionante do homem remodente que foi Judas Iscariote não podia escapar da desesperação e do suicídio (Lacroix). Não basta uma visão crítica qualquer acerca de um passado criminoso: a verdadeira interiorização penitencial deve levar ao “élan vertiginoso do arrependimento” (Roger Merle. *La penitence et la peine*. Paris: Cerf-Cujas, 1985, p. 34). O arrependimento, por sua vez, olha o passado para que o porvir seja diverso (Lavelle). É, por assim dizer, um “remorso recolhido, refletido, eficaz” (Lacroix). Não ter arrependimento quanto aos delitos praticados é, em resumo, não ter um projeto sério de viver um futuro que lhe seja diverso.

A instituição de um programa grave no ambiente presidiário voltado à formação da consciência consequente dos presos é um motivo de esperança para as cidades, mas um projeto pedagógico, para não ser frustrâneo, não pode abdicar de alguns supostos específicos:

(I) o de que a educação da consciência consequente, ainda que se dirija à universalidade dos condenados, não pode esperar, seriamente, um êxito plenário: a desmentir a insistente retórica dos teóricos da ressocialização, há o fato de criminosos irrecuperáveis.

(II) Não se pode tratar, razoavelmente, da formação de uma consciência presidiária apartada da consciência que se reclama da comunidade: no conhecimento do bem e do mal, na ciência das prescrições e das proibições, no amor da verdade e no ódio à falsidade não podem educar-se os presos se os estados não ensinam esses valores a todos os cidadãos. Alguns desses estados, frequentemente não só laicos, mas proclamadamente alheios das questões morais, implicitam, quando não o afirmam claramente, sua neutralidade em relação ao bem e ao mal. Vai agora longe o tempo em que García Moreno afirmou: “Libertad para todo y para todos. Menos para el mal y malhechores”. Não basta, porém, que, do “lado de fora” dos cárceres, promovam-se o paliativo da miséria, realizações urbanísticas, a assistência à saúde e a melhoria da instrução, medidas todas importantes, mas que não suprem a falta de fortalecimento das famílias e

a restauração moral que devem estimular-se para todos os cidadãos, incluídos os presos, que são parte do povo todo de sua comunidade política.

(III) Estados que se conduzem indiferentes à questão moral, estados que negam leis superiores a si próprios, debilitam sua autoridade penal. Donoso Cortés disse com razão que, ao negar as leis morais, caem os estados em contradição manifesta e evidente, pois, ao mesmo tempo, afirmam o delito e negam o pecado, afirmam seu próprio poder e negam o de Deus: por isso, historicamente, à secularização dos estados sucede a relaxação das penas, e Donoso reconheceu que “las teorías laxas de los criminalistas modernos son contemporáneas de la decadencia religiosa, y su predominio en los códigos es contemporáneo de la secularización completa de las potestades políticas” (in Obras Completas. Madrid: BAC, 1970, tomo 2, p. 675). Não surpreende, assim, que Yacobucci, depois de visitar criticamente a questão histórica do poder sancionador do estado, registre que, em nossos tempos, a crise pareça ser “la compañera inseparable de la reflexión penal” (in La deslegitimación de la potestad penal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 350).

(IV) Não é viável a singela enunciação teórica do campo da consciência, como se sua formação demandasse mero empenho intelectual dos condenados. Não se cuida só de informação da consciência, mas, isto sim, de sua formação, de modo que seu objeto, além de conhecer-se, se admita e viva (cf. HELMUT

WEBER, Teología Moral General. Barcelona: Herder, 1994, p. 222 et sqq.).

(V) Arrepende-se do crime não é iludir uma pena justa. É exatamente aceitá-la, como legítima retribuição da culpa. A pena justa só tem verdadeira eficácia liberatória quando o condenado reconhece que deve pagá-la: o estado deve a pena à vítima, à sociedade e ao delincente (Merle, *La penitence et la peine*, o.c., p. 132 e 150).

(VI) Educar para viver com justiça – atendendo ao *suum cuique tribuere*, ou seja: a em tudo agir o bem devido a outrem e evitar o mal que lhe seja nocivo – é missão pouco favorecida quando os estados não afirmem ser-lhes superior e anterior a diferença entre o bem e o mal. Não é humanamente esperável que os criminosos, os atuais e os potenciais, possam persuadir-se a observar o bem e a evitar o mal, se o bem e o mal não passarem de instituições transitórias que os estados, com imprudente labilidade, fundam em seu próprio arbítrio.

(VII) Educar para viver em liberdade e para viver a liberdade é educar, em última instância, para as verdades infinitas. De fato, uma liberdade demarcada pela finitude de seu objeto já não seria liberdade, mas constrangimento. Estados que, por negarem o Bem Comum infinito, recusam-lhe o amor do Fim, não sabem e não podem ensinar a liberdade (ou amor) dos meios: não sabem e não podem, seriamente, educar para a derradeira de nossas liberdades.

(VIII) Levar ao arrependimento pelo crime praticado é convencer que a sociedade é ordem de relações fraternas (cf. Alain Peyreffite. “Les chevaux du lac Ladoga”, in De La France. Paris: Omnibus, Paris, 1996, p. 888). Recongregar ovelhas desgarradas supõe que elas não se incentivem a prosseguir em sua fuga: se os estados toleram franquias para a exaltação dos vícios e chegam a acolher o que Roger Merle qualificou como “certas formas de criminalidade intrínseca (aborto, eutanásia)” (La penitence et la peine, o.c., p. 139), como será possível reformar a consciência de um preso e ajudá-lo a desvelar o significado expiatório e penitencial de sua pena jurídica?

(IX) Há um Código, enfim, que pode resumir aquilo que os estados hão de ensinar a seus presos e demais cidadãos, se é que os desejam verdadeiramente livres e justos: trata-se de um Código de moral natural que tem “suas raízes no coração do homem, na razão do homem, na natureza do homem” – *in corde hominis, in mente hominis, in natura hominis* –, embora seja também um Código de moral sobrenatural, “precisado, verificado e assinado por Deus” (Léon Désers. La morale dans ses principes. Paris: Poussielgue, 1905, p. 14-5). Esse Código, o Decálogo, constitui, em palavras de Jüngen Baumann, a essência de um autêntico direito penal (in Derecho Penal. Buenos Aires: Depalma, 1981, p. 3).

A “índole do processo penal militar” e seu encontro necessário com os princípios constitucionais da Hierarquia e da Disciplina

Alexandre José de Barros Leal Saraiva

Procurador de Justiça Militar

RESUMO: O objetivo deste capítulo é analisar o disposto no art. 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar, em face da dimensão a ser proposta sobre a amplitude e profusão dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina militares. O estudo parte de provocação lançada pelo Promotor e Jurista Adriano Alves-Marreiros, em sua dissertação de Mestrado, publicada em formato de livro intitulado “Hierarquia e

Disciplina são garantias constitucionais. Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito Processual Penal Militar. Índole do processo penal militar. Hierarquia. Disciplina.

ENGLISH

TITLE: The “Nature of the Military Penal Process” and its Necessary Encounter with the Constitutional Principles of Hierarchy and Discipline.

ABSTRACT: The purpose of this chapter is to analyze the provisions of art. 3rd, item “a”, of the Military Criminal Procedure Code, in view of the dimension to be proposed on the breadth and profusion of the constitutional principles of military hierarchy and discipline. The study is based on a provocation launched by the Prosecutor and Jurist Adriano Alves-Marreiros, in his Master's dissertation, published in book format entitled “Hierarchy and Discipline are constitutional guarantees. Fundamentals for the differentiation of Military Law”.

KEYWORDS: Constitutional Law. Military Criminal Procedural Law. Military criminal proceedings. Hierarchy. Discipline.

1 INTRODUÇÃO

Já há algum tempo, convivo com uma espécie de inquietação – quase uma angústia – quando percebo a mesquinhez tacanha com que, costumeiramente, são tratados os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina militares, como se ambos fossem simples comandos de convivência em um *diferente e esquisito microcosmos*, olvidando-se que, em verdade, se trata de um comando constitucional principiológico que energiza todo o universo jurídico do País e influencia a vida de todos nós, civis e militares.

A Hierarquia e a Disciplina superam a misantropia *inter pares* e permeiam as relações sociais do cotidiano, malgrado nos recusemos, amiúde e teimosamente, a reconhecer!

Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira nos lembram que:

[...] quando, em 1998, (re)fundamos nossa sociedade e instituímos um regime democrático, fizemos nascer, concomitantemente, uma comunidade política recheada de princípios com

fortes conteúdos de moralidade. Chamamos isso de co-originariedade entre o Direito e a Moral: o espaço em que se forma o discurso jurídico é, desde-já-sempre, tomando por um espectro de uma moral pública¹.

Todavia, entre nós, também há os que não dormem diante das interpretações apriorísticas, e foi com efusiva alegria que li – e reli, e reli... – o livro publicado pelo estimado colega de Ministério Público Militar, Promotor Adriano Alves-Marreiros², exatamente sobre a posição axiológica dos princípios reitores da vida militar, destacando sua hipótese de que referidos princípios constituem-se em garantias constitucionais e servem de fundamento constitucional para a diferenciação do Direito Militar.

Assim, estimulado pelo trabalho de Adriano e revivendo outra significativa instigação decorrente da leitura da Tese de Doutorado do queridíssimo colega Nelson Lacava Filho³, resolvi

¹ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. P. 11.

² ALVES-MARREIROS, Adriano. *Hierarquia e Disciplina são garantias constitucionais. Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar.* Londrina: Editora EDA. 2020.

³ LACAVA FILHO, Nelson. *Legitimidade do Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito: Hierarquia e Disciplina como bases sistêmicas.* Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito. São Paulo, 22 de maio de 2018.

intrrometer-me no diálogo acadêmico e oferecer, humildemente, algumas considerações.

E o farei partindo do disposto no art. 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), ponto de largada dessa breve exposição.

1. CPPM, art. 3º, alínea “a”.

Começo, portanto, analisando este dispositivo específico do CPPM que destaca a singularidade do processo por delito militar, *ex vi*:

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto, sem prejuízo da índole do processo penal militar; (grifei).

Sabemos todos que o CPPM é a fonte formal do direito processual penal militar e que, nesta especial perspectiva, é neste Código – e em sua conformidade com a Constituição Federal⁴ – que estão definidos os regramentos do processo penal militar.

⁴ “O Código de Processo Penal Militar, repita-se, constitui-se na fonte formal do processo penal militar – ou do Direito Judiciário Militar, como dispõe a rubrica do art. 1º do CPPM –, valendo ressaltar que sua edição somente é possível por lei lavrada pela União, o que configura o Estado como *fonte*

Todavia, é lógico que podem ocorrer situações factuais ou procedimentais que não estejam contempladas por previsão específica na lei processual castrense, exigindo suplementação externa, a fim de que o direito instrumental não se ponha em inépcia. Tal fenômeno se dá igualmente no processo criminal comum, cujas lacunas haverão de ser supridas pela interpretação extensiva, pela aplicação analógica e com arrimo nos princípios gerais do direito (art. 3º, Código de Processo Penal).

Assim, o CPPM prevê que, em hipóteses de lacuna, seja possível a aplicação de normas do processo penal comum⁵, desde que compatíveis com o caso em concreto e que jamais colidam ou causem prejuízo à índole do processo penal militar.

material do Direito Processual Penal Militar, nos termos do inciso I do art. 22 da Constituição da República. Essa realidade, ademais, deve ser submetida ao teste de constitucionalidade, visto ser o Diploma anterior à Constituição de 1988, caracterizando o *processo penal militar constitucional*". NEVES, Cícero Robson. Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. 4. ed. Salvador: Jus Podium. 2020. P. 177.

⁵ “A inaplicabilidade do Código de Processo Penal no âmbito da Justiça Militar justifica-se pelo fato de ser aplicável, na Justiça Castrense, o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69) e o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69). Entretanto, é importante destacar que o próprio estatuto processual militar prevê a possibilidade de os casos omissos serem supridos pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar”. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2015. p. 93.

Ora, mas qual é essa índole? Qual é a diferença axiológica entre o processo penal comum e o militar que autorize essa afetação legal?

Bem, a resposta – apesar de evidente – merece ser revisitada, vez por outra, com a serenidade de quem busca bons argumentos para o diálogo. Nelson Lacava Filho destaca que

[...] a existência de exércitos permanentes faz com que sejam intrinsecamente ligados à profissão das Armas hábitos, costumes e tradições que devem ser mantidos a fim de que haja eficiência no emprego da Força⁶.

Dois pontos me chamam muito a atenção nesse pequeno trecho da valiosa obra de Nelson: em primeiro lugar, o reconhecimento da natureza permanente dos exércitos nacionais; e, o segundo, a constatação de que a eficiência das forças armadas está diretamente relacionada à preservação dos hábitos, costumes e tradições das instituições militares.

Em relação ao primeiro aspecto, lembro que a Constituição Federal define (e constitui!) as Forças Armadas como Instituições permanentes e regulares. Portanto, essa natureza de não-transitoriedade é embrionária às Forças

⁶ Op. cit. p. 47.

Armadas e as adjetiva como instituições essenciais à própria existência do Estado, isto é: a Marinha, o Exército e a Aeronáutica compõem a República Federativa do Brasil e não podem ser extintas ou dissolvidas⁷, sob pena de desfigurar o Estado Brasileiro, e isto há de ser reconhecido por todos nós, sujeitos que estamos à mesma Carta Federal.

Mas, Lacava segue adiante e argumenta que, além disso, as Forças Armadas perpetuam um repertório de princípios e valores que dão suporte, inclusive, à eficiência operacional esperada e necessária.

Sobre esse paradigma específico, são vários os estudos que atestam a relação causal identitária de tropas disciplinadas e, em face disto, operacionais por excelência (eficientes), mesmo diante das surpreendentes alterações da sociedade civil.

⁷ “Desde a Constituição de 1891 (artigo 14) as constituições brasileiras vieram estipulando o caráter permanente das Forças Armadas, vedando assim a sua supressão pelo legislador infraconstitucional, bem como a possibilidade de torná-las transitórias. A importância das Forças Armadas é notada também pela adjetivação que lhe foi atribuída, já que sua disposição de forma permanente faz com que fique ligada à própria existência do Estado, não podendo ser dissolvida. Em outras palavras, as Forças Armadas estão ligadas à própria manutenção da República Federativa do Brasil. Enquanto esta existir, aquelas também existirão”. OLIVEIRA, Hélder Risler. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coord. Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 1702.

De facto, o Direito é fortemente influenciado pelas realidades sociais, económicas, culturais ou políticas e o legislador tem de estar atento e, constantemente, aperfeiçoar e adaptar a legislação às novas realidades económico-sociais. A tudo isto a comunidade castrense não pode ficar indiferente, exigindo-se-lhe um grande esforço de adaptação aos novos tempos. Adaptação que, por um lado, deve permitir o estabelecimento de normativos coerentes com os desafios e as conquistas da sociedade moderna mas, por outro lado, o seu enquadramento legal e, concretamente, disciplinar, não pode deixar de ter em consideração a necessidade de salvaguardar a especificidade da sociedade castrense, o normal funcionamento de uma instituição especialmente organizada, com base nas ideias estruturantes de missão, de hierarquia, de coesão e de segurança. É precisamente a salvaguarda destes valores que enforma axiologicamente o direito penal e o direito disciplinar militares, pois tal salvaguarda é condição da eficiência e eficácia na prossecução das missões atribuídas às Forças Armadas⁸.

Olinda Vicente Moreira em sua dissertação de Mestrado perante a Faculdade de Coimbra, na qual discute a hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares, inicia suas conclusões afirmando essa ligação íntima entre os referidos princípios e a efetividade das Forças Armadas.

⁸ LEITÃO, Vitor Manuel Matos. *A disciplina militar como elemento essencial do funcionamento regular das Forças Armadas*. Tese apresentada no Instituto de Estudos Superiores Militares de Portugal. 2010. Disponível no site do IESP.

As Forças Armadas são consideradas uma instituição nacional e permanente que encontra no texto constitucional a indicação de sua principal razão de existência – a defesa militar da Pátria –, objetivando a preservação do território e da soberania contra eventuais ataques externos. E, para o desempenho dessa nobre função, o respeito à hierarquia e à disciplina militar se apresenta como instrumento indispensável à organização e à efetividade dessa corporação armada, motivo pelo qual o legislador promoveu uma exaustiva regulamentação da matéria nos Estatutos dos Militares e nos Regulamentos Disciplinares (o destaque é meu)⁹.

Portanto, arrisco indicar, como primeira premissa de minha resposta à questão apresentada, a constatação de que os princípios da hierarquia e da disciplina são funcionais, ou seja, interferem diretamente na eficiência das Forças Armadas. Tropas acéfalas e indisciplinadas transformam-se em bandos, turbas, ou, no atual modismo conceitual: milícias. E assim tornam-se incapazes de *defender a Pátria, garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem!*

O art. 142 da CF indica a hierarquia e a disciplina como princípios basilares e sustentáculos das Forças Armadas. Sem a

⁹ MOREIRA, Olinda Vicente. *A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares*: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Universidade de Coimbra. 2016.

incidência de tais preceitos, as Forças Armadas se assemelhariam a bandos ou milícias. São essenciais à sobrevivência e coesão das três Forças e, durante um conflito armado, são elas que garantem a possibilidade de sucesso e minimizam os riscos de perdas humanas militares e civis. Os dois princípios foram erigidos a condição de enunciados normativos de matriz constitucional e se espraiam por toda a legislação aplicável ao Direito Militar (...) ¹⁰.

Alves-Marreiros, dentre os vários exemplos que oferta em seu livro, destaca o perigo direto e efetivo que o motim dos controladores de voo, em 2007, causou a tripulantes, passageiros e, potencialmente, à sociedade como um todo, sem embargo dos prejuízos financeiros e outros transtornos causados pela atitude criminosa de uma pequena dezena de militares que quase desembocou em uma gravíssima questão político-militar, pois manifestações aligeiradas de autoridades civis por pouco não causaram uma ruptura institucional.

Quando discorre sobre esse episódio, Adriano cita trecho da Sentença prolatada nos autos da ação penal de nº 000013-12.20107.7.05.0005, prolatada pelo Juízo da 5ª Circunscrição Judiciária Militar (em Curitiba-PR). Pela pertinência, peço especial licença para reproduzir a citação:

¹⁰ TELLES, Fernando Hugo Miranda. *Estatuto dos Militares Comentado*. Coordenação Jorge César de Assis. Curitiba: Juruá. 2019. p. 77.

Causou-nos espanto, ainda, a forma leviana e irresponsável da atuação do então Comandante Supremo das Forças Armadas, que desautorizou o Comandante da Força Aérea Brasileira a aplicar sanções disciplinares e a prender em flagrante delito os militares amotinados, nomeando o então Ministro do Planejamento e Gestão e a Secretaria Executiva da Casa Civil da Presidência da República para se reunirem com os amotinados e ‘negociarem’ uma saída para o impasse (fls. 337/40), como se fosse possível tergiversar sobre os pilares em que se sustentam as Forças Armadas.

Por outro lado, e não à toa, a Lei nº 9.394/96 – Lei das Diretrizes e Bases da Educação no Brasil – reconhece as particularidades da profissão militar¹¹ e remete à lei específica toda regulação do ensino militar. Isso quer dizer que o Estado brasileiro (fonte material do direito processual¹²) admite que a formação profissional dos militares é distinta, pois toda a carreira – e, logicamente, o acúmulo incontável de fatos cotidianos – é consubstanciada por condutas, escolhas, posturas, decisões e relações abundantemente permeadas pelos valores da moral e da ética militar, mesmo quando intercambiadas com civis ou com toda a sociedade civil.

¹¹ Art. 83, da LDB.

¹² “Fonte material é compreendida como a via hábil à produção do Direito Processual Penal Militar, que se traduz por uma possibilidade reservada à União”. NEVES, Cícero Robson Coimbra, Op. cit. p. 244.

O General e ex-Ministro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, Sérgio Westphalen Etchegoyen, em recentíssimo artigo jornalístico, sugere que a sociedade brasileira discuta a defesa nacional e, para isso, dá a conhecer características do ensino e da formação militar.

A educação militar trata, em última análise, da gestão do uso legal, racional, suficiente e eficaz da força em defesa do Estado. Ela não admite, pois, preferências partidárias e ideológicas, nem simpatias e humores políticos. Se vencer é o dever intransferível do general, educar seus quadros também o é, porque a ele caberá responder pelo resultado. Formar um líder militar exige abordagem integral do discente, fazê-lo incorporar valores, absorver vasta gama de conhecimentos e adquirir capacidade física e hígidez suficientes para superar as naturais dificuldades e severas privações do combate. É uma metodologia de ensino voltada para as áreas cognitiva, afetiva e psicomotora simultaneamente, por processos que integram diversos campos do conhecimento para a solução de problemas obrigatoriamente inéditos.¹³

Aproveito as lições do General Etchegoyen e cito como exemplo algumas disposições da Lei nº 9.786/1999, que dispõe sobre o ensino no Exército. Após o art. 1º anunciar que o Sistema de Ensino do Exército possui características próprias,

¹³ ETCHEGOYEN, Sergio Westphalen. A Defesa Nacional para discussão da sociedade. *Jornal o Estado de São Paulo*, edição de 02/08/2020.

no art. 4º são indicadas as atitudes e os comportamentos esperados nos alunos ou concludentes. São eles: (a) integração permanente com a sociedade; (b) preservação das tradições nacionais e militares; (c) educação integral; (d) assimilação e prática dos deveres, dos valores e das virtudes militares; (e) atualização científica e tecnológica; (f) desenvolvimento do pensamento estruturado.

É cediço que a atividade militar e, em especial, a instrução militar, possuem características que as tornam distintas das aulas em ambiente civil e do cotidiano social comum. A pressão psicológica é constante, o domínio do tempo pelo militar é exigido e a submissão a condições adversas deve estar presente (pois, afinal, não se espera que um militar pereça emocional, física ou psicologicamente face a um conflito armado em eu deve defender sua pátria ou a sociedade que integra), entre outros pontos de distinção...¹⁴

Ora, essas exigências estão previstas em Leis Federais, que se impõem a toda a sociedade brasileira. Por consequência, ficou decidido que a formação profissional dos militares é diferente e que, inevitavelmente, o prisma de comportamento profissional – e até mesmo pessoal – também acaba singularizando-se. Observem que todos nós aceitamos e

¹⁴ TELES, Fernando Hugo Miranda. Op. cit. p. 114.

pactuamos com isso! Então, qual a estranheza em reconhecer, de igual sorte, que o processo decorrente de comportamentos que possuam a natureza de crime militar haverá, necessariamente, de ter isso em perspectiva? Ainda mais porque os crimes militares decorrem da corruptela dessa mesma rede de aprendizado, formação e execução das rotinas profissionais!

E isso alcança até mesmo os civis, igualmente sujeitos ao comando constitucional do art. 142:

[...] mesmo não estando sujeitos à hierarquia e à disciplina, os civis podem atentar contra elas, qualquer um pode, por exemplo, incitar a desobediência e a indisciplina, pode aliciar militares para motim ou revolta ou mesmo incitar militares a outros crimes¹⁵.

Assim, reforço a compreensão inicial de que a hierarquia e a disciplina militares são princípios constitucionais fundadores das instituições militares e, portanto, são eixos transversais de toda aplicação do Direito Militar, inclusive do Direito Processual Penal Militar.

Na verdade, em nosso contexto atual, os princípios constitucionais apresentam-se como constituidores da normatividade que emerge da

¹⁵ ALVES-MARREIROS, Adriano. Op. cit. p. 129.

concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário (...). Tudo isso, ao fim e ao cabo, quer dizer o seguinte: toda e qualquer decisão jurídica só será concreta (ou, na expressão utilizada em *Verdade e Consenso*, adequada à Constituição), na medida em que dela seja possível extrair um princípio¹⁶.

Ou, como diz a Professora e colega de MPM Selma Pereira de Santana:

A crescente politização do problema criminal, aliada à sua generalizada discussão, alargou substancialmente o foro da Política Criminal. As proposições político-criminais têm de ser procuradas dentro do quadro de valores integrantes do senso comunitário e mediados, ou como chama a atenção FIGUEIREDO DIAS, ‘positivados pela Constituição Democrática do Estado. Pressupostos essenciais da definição de um programa político-criminal são, dessa forma, os seus princípios diretores, ou seja, aqueles que, encontrando-se na linha já aludida, devam ser considerados como emanações do sistema jurídico constitucional democrático¹⁷.

Portanto, os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, previstos no art. 142 da Constituição Federal não podem ser olvidados pelos magistrados em suas decisões, ainda

¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Op cit. p. 17.

¹⁷ SANTANA, Selma Pereira de. *A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito, o projeto alternativo de reparação: algumas objeções*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STYDIA IURIDICA, 99, Ad Honorem – 5. Coimbra editora. p. 891.

quando envolvam civis, sob pena delas, as decisões, perderem sustentação sistêmica.

Quer dizer, os princípios são *mandamentos de otimização (Optimierungsgebote)*¹⁸, podendo ser cumpridos em diferentes graus, conforme o permitam as possibilidades reais e também as jurídicas, dadas pelas regras e pelos princípios opostos.

Antes de encerrar este tópico, insisto em um ponto sobre a relevância da educação, que não pode ser ignorada nesse discurso: no *best seller* “O Povo Contra a Democracia”, Yascha Mounk aponta como sintomas da derrocada da democracia o fato de as escolas americanas terem negligenciado na *missão* de inculcar *espírito público* nos alunos; e os pais perdido o interesse em infundir nos filhos um senso de *dever cívico*¹⁹.

Dessa forma, considerando que a legislação nacional acolhe e promove o entendimento de que as relações militares são circunstancializadas por uma rede de intercâmbios – desde a formação militar, até os mais altos postos das carreiras –

¹⁸ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime Organizado e Proibição de Insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 27.

¹⁹ MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras. 2019. p. 294.

permeada, em todas as direções, pelos princípios da hierarquia e da disciplina e que, em razão direta disto, o Código de Processo Penal Militar preserva o que convencionou chamar de “*índole do processo penal militar*”, avanço no sentido de analisar como essa índole perpassa, ou melhor, como se corresponde transversalmente com os clássicos princípios do processo penal. A esse desafio, é que me lanço no próximo item.

2 OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS MILITARES E SUA CONEXÃO COM A HIERARQUIA E A DISCIPLINA

Tenho a particular sorte e a grande satisfação de trabalhar neste pequeno ensaio sempre muito bem acompanhado com as obras de diversos colegas muito queridos. Neste tópico não será diferente, pois no cotejo pretendido utilizarei como norte a enumeração de princípios que consta do Manual de Direito Processual Penal Militar do valioso e incansável Cícero Robson Coimbra Neves. De todos os princípios reconhecidos pelo autor eu, agora, – obediente às regras editoriais deste trabalho em coautoria – destacarei somente alguns deles.

(1) Princípio da Humanidade: Cícero registra que sob a perspectiva do Direito Processual Penal Militar, o princípio da humanidade decorre do fundamento republicano da *dignidade da pessoa humana*.

Ora, o processo penal militar, principalmente após sua releitura constitucional desde 1988, é absolutamente apegado à proteção da integralidade dos direitos dos seres humanos nele envolvidos. Indiciados, réus, vítimas, testemunhas, peritos, assistentes, Juízes, Promotores e Advogados são conduzidos pela lei, invariavelmente, pela trilha do respeito e da probidade processual.

Aos indiciados e réus são garantidos o contraditório e a ampla defesa; a proteção de sua vida, integridade física e psicológica; a presunção do estado de inocência, a submissão a um julgamento por juízo constitucionalmente previsto, anterior à prática do crime; independência do órgão jurisdicional e do órgão de acusação; garantia ao duplo grau de jurisdição etc. Isto é: a rede de proteção dos investigados e acusados é igual ao do processo penal comum.

Mas além dessas garantias, direitos e deveres comuns ao processo penal, também há outros decorrentes da hierarquia e da disciplina. São vários os exemplos: a garantia de não ser

investigado em Inquérito Policial Militar por Encarregado mais moderno; garantia de não ser julgado por integrante do Conselho de Justiça mais moderno; garantia de não ser punido disciplinarmente pelo mesmo fato, antes da solução do IPM ou da ação penal; garantia de não perder a graduação (praças estáveis) ou o posto (oficiais) antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (nos termos da lei); garantia de permanecer preso cautelarmente nas dependências militares, respeitada sua condição hierárquica; assistência integral à família do militar investigado ou processado; garantia de, sendo o réu civil, ser processado e julgado pelo Juiz Federal da Justiça Militar monocraticamente, pois é reconhecida a ausência de vínculo profissional com as Forças Armadas, o que torna o escabinato sem propósito justificável etc.

Por outro lado, normas que hoje sabidamente conflitam com a dignidade do sujeito incriminado deixaram, naturalmente, de ser aplicadas, algumas até relativas à liturgia do processo, como, por exemplo, a injustificada e incômoda exigência de que o réu permaneça de pé ao ser interrogado (art. 406, CPPM) ou a deliberação do Conselho de Justiça em sessão secreta (art. 436, CPPM).

A transversalidade da hierarquia e da disciplina, como marcadores que são do processo penal militar, não permite qualquer tratamento aviltante ao réu. Ao contrário, a postura de obediência e respeito é recíproca, e a autoridade somente se impõe com base na legalidade, que é o segundo princípio processual indicado por Coimbra Neves.

Jorge Augusto Caetano de Farias, em cuidadosa análise do sistema penitenciário militar, destaca que:

[...] Outra importante implicação de tal binômio “hierarquia e disciplina” é o de que ele 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, em regra, no respeito aos ditames da dignidade da pessoa humana e no estatuto constitucional do preso, além do fornecimento das assistências mínimas garantidas aos reclusos²⁰.

Assim, pode ser dito que, desde a fase pré-processual (investigação) até o derradeiro instante de cumprimento da sanção penal, todo o sistema penal militar é orientado pelo

²⁰ FARIAS, Jorge Augusto Caetano de. *Sistema prisional militar e fiscalização pelo Ministério Público: contributos para o exercício pleno da atribuição*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Brasília. 2018. p. 160.

respeito à dignidade da pessoa humana, o que conduz à conclusão de que a hierarquia e a disciplina das Instituições Militares, ao serem contempladas nas decisões judiciais, reforçam as garantias individuais já consagradas.

(2) Devido Processo Legal: com o objetivo de analisar a incidência transversal da hierarquia e da disciplina na garantia do *due process of law*, vou realçar sua perspectiva substancial, pois o devido processo substancial “impõe o controle de atos estatais, em especial, ao que nos interessa, das decisões judiciais, que devem conhecer adequação ao caso concreto, atendendo à proporcionalidade e à razoabilidade”²¹.

Ora, os princípios constitucionais são os condutores da normatividade das decisões judiciais. A sublimação da decisão judicial se dá na medida de sua compatibilidade com algo que se antecipa: a compreensão daquilo que a comunidade jurídica constrói como Direito.

Sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia de

²¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Op. cit. p.110.

integridade do direito. Portanto – e isso é definitivo – a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Mas, sim, como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política²².

O direito processual penal militar, portanto, orienta-se pelo respeito à plenitude dos princípios e das garantias constitucionais e processuais – sem opção válida de exclusão – e, a partir desse repertório essencial²³, oferece aos Magistrados a possibilidade de prolatar decisões justas, proporcionais e razoáveis, respeitando, inclusive, a característica personalíssima do processo penal militar, isto é: reconhecendo que as demandas apresentadas envolvem relacionamento – direto ou ocasional – com os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina.

²² STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op. cit. p. 16.

²³ “O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo, enquanto tal, deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade da prestação jurisdicional. Aliás, o processo é uma das previsões constitucionais de garantia do atendimento ao texto da Constituição do Brasil”. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Jus Podium. 2018. p. 69.

E essa índole própria do processo penal militar²⁴ foi efusivamente reafirmada no voto proferido pelo Ministro Ayres Britto, nos autos do HC 103684²⁵, ao negar a aplicação do princípio da insignificância em condenação por porte de droga no interior de Unidade Militar. Vê-se, claramente, a compreensão prévia dos princípios constitucionais como constituidores da normatividade que emergiu da concretude dos fatos apreciados e julgados²⁶.

Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna. 3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas

²⁴ Sobre a índole do Direito Penal, o Professor Ricardo Freitas, diz: “Distinção material mais importante e exata é aquela que considera a especialidade do direito penal militar considerando a condição de sujeito passivo formal do delito. Neste sentido, o direito militar é direito especial por se preocupar com a preservação da existência e regular funcionamento das Forças Armadas”. FREITAS, Ricardo. ALVES-MARREIROS, Adriano. ROCHA, Guilherme. *Direito Penal Militar*. Teoria crítica & prática. São Paulo: Método. 2015. p. 21.

²⁵ “No referido julgamento, o Ministro Ayres Britto lançou uma pá de cal sobre a *questio* (...) que o princípio da insignificância não poderia ser aplicado aos casos de droga apreendida nos quartéis, pois haveria também a ofensa à hierarquia e disciplina...”. LACAVA FILHO, Nelson. Op. cit. p. 74.

²⁶ STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op. cit. p. 17.

elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. 4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143). 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas.

Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da ideia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de relações de intrínseca subordinação²⁷.

(3) Princípio da publicidade: no direito processual penal militar a publicidade dos atos procedimentais ou processuais é a regra – como não poderia deixar de ser! Até mesmo porque a prestação jurisdicional ofertada é civil: os órgãos de acusação, defesa e de decisão são civis, e, ainda que os Conselhos de Justiça e o Plenário do Superior Tribunal Militar contenham militares em sua composição, eles integram a estrutura da Justiça da União (arts. 122 a 124 da CF), e não das Forças Armadas (Poder Executivo).

Portanto, já há uma primeira demonstração de que os princípios da hierarquia e da disciplina permeiam e interessam às relações entre a instituição civil controladora (Justiça Militar) e as Forças Armadas, afinal:

²⁷ HC 103684, STF. Relator Ministro Ayres Britto. DJE 070, 12/04/2011.

[...] a garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo revela uma clara postura democrática, e tem como objetivo precípua assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade (...) Traduz-se, portanto, numa exigência política de se afastar as desconfiança da população na administração da justiça”²⁸.

Em face desta percepção, notadamente três disposições do CPPM passaram a ser compreendidas e aplicadas conforme a exigência da publicidade.

O primeiro deles é o art. 16, que trata ainda da fase pré-processual, ou seja, apuração inicial do crime através de inquérito policial militar (IPM). Muito embora o art. 16 disponha que o inquérito é sigiloso, transmitindo a ideia equivocada de o sigilo ser a regra, fato é que:

[...] ainda que os atos praticados durante o inquérito policial não tenham o *status* de *atos processuais*, eles também integram o sistema persecutório estatal e devem ser adjetivados pelos mesmos princípios republicanos e democráticos (...) Talvez, a grade questão seja redimensionar o sigilo do inquérito não mais como uma de suas características intrínsecas, mas como uma de suas possibilidades – justificada diante das particularidades do caso

²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 62.

concreto – que o marcam como procedimento inquisitivo²⁹.

Dessa forma, o sigilo no IPM é uma possibilidade jurídica, diante de circunstâncias especiais que o sugerem³⁰, e não a marca identitária do procedimento!

A regra, como se percebe, é a publicidade do processo. Mas não se trata de uma garantia ilimitada. Alguns poderão ter sua publicidade restringida por vários motivos (de interesse público, de interesse privado ou de interesse da justiça)³¹.

Recente alteração no Código de Processo Penal Militar (Lei nº 13.964/2019) realça a publicidade do IPM, pois torna obrigatório que o indiciado seja formalmente comunicado da instauração do procedimento (art. 16-A, § 1º).

Outro dispositivo do CPPM que merece especial atenção, em face do princípio da publicidade, é o art. 387, que proclama

²⁹ SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal Saraiva. *Manual Básico de Polícia Judiciária Militar*. Curitiba: Juruá. 2017. p. 23.

³⁰ Renato Brasileiro de Lima, comentado o sigilo do inquérito policial, diz: “Se a autoridade policial verificar que a publicidade das investigações pode causar prejuízo à elucidação do fato delituoso, deve decretar o sigilo do inquérito policial com base no art. 20 do CPP, sigilo este que não atinge a autoridade judiciária e nem o Ministério Público”. Op. cit. p. 119.

³¹ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto de San José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: RT. 2010. p. 138.

que a instrução criminal será *sempre* pública, mas, excepcionalmente pode ser decretado seu sigilo, quando for necessário para a manutenção da ordem e da disciplina, ou a bem da segurança nacional.

Vê-se que a justificativa para a decretação do sigilo alcança a tutela da ordem militar (disciplina e hierarquia), além da própria segurança nacional; mas, se é óbvio que situações excepcionais permitem restrições razoáveis das garantias processuais, também é indiscutível que tal relaxamento jamais pode inviabilizar a vocação democrática do processo.

Portanto, o sigilo extravagante da instrução processual somente atinge a assistência de terceiros, ou seja: a instrução continua com a participação plena das partes!

Apesar de a regra ser a publicidade ampla no processo judicial, deve-se compreender que a publicidade, como toda e qualquer garantia, não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrição em situações em que o interesse à informação deva ceder em virtude de outro interesse de caráter preponderante no caso em concreto. Daí se falar em publicidade restrita, ou interna, que se caracteriza, quando houver alguma limitação, à publicidade dos atos do processo. Nesse caso, alguns atos ou todos eles serão realizados somente perante as pessoas diretamente interessadas no feito e seus

respectivos procuradores, ou, ainda, somente perante estes³².

A própria Constituição Federal anuncia explicitamente uma exceção à ampla publicidade processual, logo no ápice da prestação jurisdicional, quando reconhece o sigilo da votação dos jurados nos processos do Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “b”).

No caso específico do direito processual penal militar, a publicidade dos procedimentos e processos – não o espetáculo! – fortalece o efeito dissuasório do sistema criminal castrense, pois o comportamento dos militares, como um todo, é extremamente permeado pela cadeia mimética de exemplos (reforços positivos ou negativos). Entre os militares é célebre o axioma: a palavra convence, o exemplo arrasta.

Bom, um terceiro dispositivo do CPPM que ganha maior atenção neste tópico da discussão versa sobre a previsão de sessão secreta dos Conselhos de Justiça no instante da deliberação (veredito). Com efeito, o art. 434 do CPPM, diz:

Concluídos os debates e decidida qualquer questão de ordem levantada pelas partes, o Conselho de Justiça passará a deliberar em sessão secreta, podendo qualquer dos juízes

³² LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 118.

militares pedir ao auditor esclarecimentos sobre questões de direito que se relacionem com o fato em julgamento.

Ora, nem sequer foi preciso alteração legislativa, vez que, tão logo se inaugurou a era CF/88, já se passou à compreensão de que a deliberação dos integrantes dos Conselhos de Justiça haveria de ser pública, permitindo-se, no máximo, a restrição dos presentes às partes e interessados³³, em situações extraordinárias que justifiquem a medida.

Reputamos não recepcionada essa parte do dispositivo pela Constituição Federal de 1988, que consagrou a publicidade nos julgamentos do Poder Judiciário. Diversamente do que ocorre no Tribunal do Júri, em que há norma constitucional expressa, assegurando o sigilo das votações (art. 5º, XXXVIII, b, CF), o colegiado militar não possui nenhuma razão para se reunir em segredo³⁴.

³³ “Concluídos os debates orais, o Conselho de Justiça deliberará não mais em sessão secreta, por vedação expressa contida no artigo 93, IX da Constituição da República, mas no máximo em sessão restrita, desde que presentes o Ministério Público, o advogado e o réu. Assim, o art. 4334 não foi recepcionado em parte pela Constituição”. MIGUEL, Cláudio Amin. COLDIBELLI, Nelson, *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 143.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p.466.

Aliás, a orientação que os princípios da hierarquia e da disciplina espargem pelo processo criminal militar é exatamente direcionada no sentido de diálogo franco na aplicação da lei, e isto se dá, por excelência, no momento de construção do veredito colegiado, em que o escabinato encontra a razão máxima de sua existência. Quantas vezes, nós que operamos na Justiça Militar testemunhamos motivações dos juízes militares repletas de embasamento empírico, em que a aplicação do direito é ricamente cotejada com a rotina particular da vida militar? Experiências de longos anos na caserna, servindo de suporte fático na busca da mais razoável decisão judicial.

(4) Princípio da eficiência: Coimbra reúne os princípios da economia, celeridade e eficiência do processo em um único tópico (3.2.4.14); e eu, por minha vez, decidi abordá-los enfatizando a duração razoável do processo, sob a transversalidade da hierarquia e da disciplina. Aliás, segundo o próprio Professor:

[...]os princípios da *celeridade processual* e da *economia processual* estão tão ligados à ideia de eficiência que podemos mesmo pensar no surgimento de um novo princípio que os condense, o *princípio da eficiência do processo*

penal, caracterizado pela busca de um processo penal econômico e célere³⁵.

De pronto é preciso destacar que a instauração de um processo criminal contra um militar da ativa produz consequências imediatas na carreira do réu. Com efeito, nos termos da Lei nº 5.821/72 (Lei de Promoções dos Oficiais da Ativa das Forças Armadas), por exemplo, oficial preso preventivamente ou réu em processo penal não pode ter seu nome em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha (art. 35, *c e d*), isto é, não será promovido enquanto tramitar a ação. Já o CPPM veda a movimentação dos réus militares para fora da área de jurisdição da Auditoria (art. 392), como também impõe severas limitações à transferência de oficiais para a reserva remunerada, quando estiverem na condição de indiciado em inquérito ou acusado em processo (art. 393).

Ora, essas consequências – que interferem na vida pessoal do militar e, principalmente na gestão público militar – bem demonstram que a celeridade e a eficiência do processo penal são de interesse prático das Instituições Militares.

Devo lembrar, também, que os juízes militares dos Conselhos de Justiça ficam à disposição da Justiça Militar em

³⁵ Op. cit. p. 143.

dias de sessão ou quando forem requisitados pelos Juízes Federais da Justiça Militar como, por exemplo, para estudo do processo em datas próximas aos julgamentos.

Essas situações indicadas demonstram que, na índole do processo penal militar, existem traços significativos de pendão à celeridade processual. Cito alguns exemplos: (a) o art. 390 do CPPM prevê o prazo razoável de duração da instrução criminal: 50 dias, quando o acusado estiver preso; e, 90 dias, estando em liberdade; (b) o art. 431 que prevê a concentração e a unidade a audiência de julgamento; (c) o princípio da instrumentalidade relativa das formas, no art. 499; etc.

Há uma outra perspectiva de ordem prática, pois os militares são constantemente transferidos entre as guarnições e boa parte do efetivo de uma unidade muda de ano em ano (os recrutas, por exemplo, permanecem no máximo por 12 meses). Esta dinâmica, incentiva (exige) uma prestação jurisdicional rápida, a fim de que não se percam as possibilidades de aprendizado e dissuasão que as sentenças penais propiciam (notadamente a prevenção genérica das sentenças condenatórias).

A sanção é preventiva ou intimidativa porque colima que o estímulo, potencial, inclinação e

propensão de outras pessoas para a prática de fatos criminosos semelhantes sejam refreados e contidos. A pena serve, então, também como um fator de desestímulo. O exemplo dado com a inflição da pena ao delinquente que enveredou pela senda do delito se presta como fator para arrefecer os ânimos de outras pessoas que queiram fazer o mesmo (*prevenção genérica ou geral*) e sua aplicação ao próprio criminoso tem a finalidade de desencorajá-lo à ideia de novas empreitadas criminosas no futuro (*prevenção específica*)³⁶.

(5) Princípio da imparcialidade do juiz: talvez uma das críticas mais comuns e desarrazoadas (para não dizer *levianas*) sobre a Justiça Militar é a de que é constitui-se em um tribunal de exceção e é parcial.

Em primeiro lugar, sabemos todos que os Órgãos da Justiça Militar são criados por lei e, por evidência, já estão postos a funcionar muito antes dos atos que julga. A atual organização judiciária militar, por exemplo, data de 04/09/1992. Assim, já se esvai qualquer referência lúcida a tribunal de exceção.

Ora, em nosso ordenamento jurídico é vedada a Justiça de exceção (...). E tal princípio encontra-se situado entre os direitos e as garantias fundamentais (...) Nesse sentido, se é a própria Constituição Federal que, ao longo da história

³⁶ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal. Parte Geral*. Doutrina e Jurisprudência. 5. ed. São Paulo: J H Mizuno. 2017. p. 612.

política de nosso país, erigiu à condição de órgão do Poder Judiciário; se somente a Constituição é que pode definir qual é o juiz constitucional ou o juiz natural em nosso ordenamento, criando a Justiça Castrense como Justiça Especial; e, se ela vedou a criação de Justiça de exceção, nada mais equivocado do que atribuir esse rótulo à Justiça Militar³⁷.

Por outro lado, é importante sempre ressaltar que a Justiça Militar, no Brasil, integra o Poder Judiciário, nos termos anunciados pela Constituição Federal. Portanto, os Conselhos de Justiça não são Cortes Marciais!

Porém, o que mais importa é que os Juízes Federais da Justiça Militar da União são escolhidos em concurso público extremamente exigente, assim como os Membros do Ministério Público Militar (ramo mais antigo do Ministério Público da União). Além disso, conta-se hoje com uma fortíssima e aguerrida Defensoria Pública da União e talentosos advogados especialistas na defesa de crimes militares.

Ocorre que a composição mista dos Conselhos de Justiça dá oportunidade a severas críticas. Todavia, é fato que os militares possuem um sólido compromisso ético firmado, inclusive, por lei – a Lei nº 6.880/80 que, dentre outros

³⁷ ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003. p. 53.

preceitos, impõe: *(I)* amar a verdade e a responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal (art. 28, inc. I); *(II)* respeitar a dignidade da pessoa humana (art. 28, inc. III); *(III)* ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação dos méritos dos subordinados (art. 28, inc. V).

Sobre o tema, há a já famosa citação feita pelo Eminentíssimo Ministro do Superior Tribunal Militar, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, reavivando as palavras do Capelão Militar Joaquim Luiz Cupertino, “proceder com honra e cumprir o dever são duas ideias fundamentais na vida dum militar, porque isso significa ter valor militar”³⁸.

Essa independência que conduz à imparcialidade tem uma garantia legal bastante interessante, o disposto no art. 435, do CPPM, que determina a ordem dos votos na sessão de julgamento, sendo que o Juiz togado é o primeiro a votar imediatamente seguido, não pelo militar de maior posto ou antiguidade, mas, ao contrário, pelo de menor posto ou antiguidade, exatamente para evitar qualquer tipo de constrangimento, pressão ou desejo de acompanhar a decisão de seus superiores.

³⁸ Ac. 133-59.2017.7.00.0000/DF.

Isso acontece exatamente pelo reconhecimento de que os princípios da hierarquia e da disciplina influenciam transversalmente no processo penal militar e na busca da aplicação justa, razoável e proporcional do direito penal.

6 CONCLUSÃO

Bem, neste capítulo procurei demonstrar que a hierarquia e a disciplina, além de princípios fundadores das Forças Armadas – instituições permanentes e regulares do Estado – constituem-se em princípios constitucionais *erga omnes*, isto é, todos nós, civis ou militares, pessoas físicas ou jurídicas. Enfim, que todos somos responsáveis e interessados na manutenção da hierarquia e da disciplina militares, até porque, como comprovado por diversos eventos históricos, a quebra destes princípios tem o potencial de levar a sociedade ao caos.

Também me ocupei em demonstrar que a eficiência das Forças Armadas é indissociável da manutenção da disciplina e obediência à hierarquia, e procurei fazê-lo trazendo o posicionamento de estudiosos, práticos e acadêmicos.

Após isso, selecionando alguns poucos princípios comuns ao processo penal, apresentei a proposição de que os

princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina podem ser considerados como eixos transversais do processo penal militar.

Por fim, considerando as três premissas anteriores, proponho a conclusão de que a *índole* de processo penal militar (art. 3º, a, CPPM) encontra-se, exatamente, nesse permeio constante da hierarquia e da disciplina desde o início das investigações policiais até o cumprimento da sanção penal decorrente do devido processo legal.

Percepções da polícia militar do Oeste do Paraná sobre aspectos da economia do crime

Sofia Lopes Shikida

Acadêmica do Curso de Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Paraná/Campus de Toledo (PR).

Valmir de Souza

Major do 19º Batalhão de Polícia Militar do Estado do Paraná.
Doutor em Ambiente e Desenvolvimento (Univates).

Fábio Costa Pereira

Procurador de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.
Presidente da Associação Brasileira dos Estudos da Inteligência
e Contra-inteligência (ABEIC). Pós-graduado em Inteligência
Estratégica (ESG) e Defesa Nacional (IDN/Portugal).

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar as percepções empíricas da polícia militar do Oeste do Paraná sobre aspectos da economia do crime e cotejá-las com a literatura afim, mediante pesquisa de campo nos Batalhões da Polícia Militar de Cascavel, Foz do Iguaçu e Toledo. Para tanto, foram aplicados questionários, seguidos de entrevistas, a 223 policiais militares dessa mesorregião (nível de confiança de 95% e margem de erro de 6%). Como principal resultado, os policiais militares demonstram que o crime econômico está sendo motivado, mormente, pela ideia de ganho fácil e pela tríade cobiça, ambição e ganância. Tal conclusão vai ao encontro das principais percepções obtidas por pesquisadores da economia do crime, que entrevistaram presos e/ou condenados pela justiça. O *insight* deste artigo foi revelar que os policiais militares ressaltam, como forma de aumentar os custos da atividade delituosa, o fato de o valor esperado da punição, no caso de ser preso, ter relação com o quadrinômio “lei implacável/punição exemplar”.

PALAVRAS-CHAVE: Crime econômico. Pesquisa de campo. Polícia.

ENGLISH

TITLE: Perceptions of the Military Police Officers in Western Paraná on Aspects of the Economics of Crime.

ABSTRACT: The goal of this paper was to analyze empirical perceptions of military police officers in Western Paraná, on aspects of the economics of crime, and to compare them with the related literature, using field research, in the Military Police Battalions in the mesoregion of Cascavel, Foz do Iguaçu and Toledo. For this purpose, 223 participants responded to a questionnaire, followed by an interview (95% confidence interval and a 6% margin of error). As the main result, the military police officers, with their respective perceptions, demonstrated economics crime is being motivated mainly by the idea of easy gain and the triad “greed, ambition and covetousness”. This conclusion is similar to the main perceptions obtained by researchers of economics of crime, who interviewed prisoners and/or convicts by the courts. Another important result shows military police officers also point out, as a way of increasing the costs of criminal activity, the expected value of the punishment, in case of arrest, relate with “ruthless law/exemplary punishment”.

KEYWORDS: Economic crime. Field research. Police.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Material e métodos – 3 Resultados e discussão
– 4 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Grüner e Hirschauer (2018) definem o foco da economia do crime como a tentativa de explicar comportamentos que quebram regras com base na suposição de que as pessoas fazem escolhas sob condições de escassez. Nesse sentido, essa análise aplica abordagens econômicas ao estudo dos comportamentos ilícitos decorrentes de escolhas racionais ou intencionalmente racionais, posto que não haja uma concepção uniforme do *Homo Economicus* (simbologia de interpretação do cidadão capaz de tomar as decisões econômicas mediante uso da racionalidade).

Em associação com essa aceção, é preciso definir também o que é um crime econômico (como, por exemplo, crimes de corrupção, roubo, furto, tráfico de drogas, estelionato, receptação etc.). Segundo Fragoso (1982, p.1), crime econômico é todo aquele “[...] cuja objetividade jurídica reside na ordem

econômica, ou seja, em bem-interesse supra-individual, que se expressa no funcionamento regular do processo econômico de produção, circulação e consumo de riqueza”. Cumpre frisar que crime, em seu sentido geral, é um “ato de transgressão de uma lei vigente na sociedade” (BRENNER, 2001, p. 32).

Conforme Becker (1968), os crimes lucrativos têm como escopo final os benefícios econômicos esperados. Atos ilícitos de natureza violenta, tais como o homicídio¹ e o estupro, não são objeto da análise proposta pela Economia do Crime, pois não têm como objetivo o lucro.² Em sua teorização, Becker (1968) retomou a linha do cálculo utilitarista e dissuasivo de Beccaria (1764), apontando que a decisão pessoal em relação ao delito lucrativo envolve uma ponderação entre os benefícios e os custos decorrentes dessa escolha. Nessa linha, o mercado do crime lucrativo, assim como outro mercado econômico

¹ O homicídio no Brasil, nomeadamente nas últimas duas décadas, mudou, em muito, a sua natureza, de crime passional por excelência, onde projetadas as paixões humanas mal resolvidas, para um crime, em muitas oportunidades, econômico. Com o avanço do tráfico e do crescimento das organizações criminosas, o homicídio passou a ser, por igual, uma forma de resolução de relações negociais mal resolvidas. Através do homicídio, as organizações criminosas eliminam, de modo concreto, a concorrência e os seus devedores. Por esse motivo, o homicídio pode ser considerado um crime de dúplice natureza, não econômico ou econômico, dependendo da motivação do agente.

² O “lucro” que o agente busca com a prática do ilícito, ou utilidade esperada (*Ui*), pode ser traduzido em dinheiro, poder, projeção social ou outro qualquer, ainda que sem tradução econômica, que, pelo agente, seja *valorizado* (Carvalho; 2018, p. 38).

qualquer, tem como pressuposto o fato de que o criminoso age de maneira racional, respondendo a incentivos *vis-à-vis* às medidas dissuasórias – como, por exemplo, a probabilidade de detenção e a intensidade da punição.

Elucidando melhor, para Becker (1968), em uma atividade ilícita, sob o ponto de vista econômico, existe uma utilidade esperada (U_i) expressa como o *payoff* esperado³ através da implementação de uma atividade ilícita (R_i) vezes a probabilidade de não ser preso [$1 - p(r)$], menos o valor esperado com a punição no caso de ser preso [$p(r) \cdot J_i$], o custo de oportunidade (O_i), o custo de execução e o planejamento do crime (C_i), e a perda moral proveniente da execução do crime (W_i). Se a utilidade esperada dessa atividade ilícita for maior do que os custos, ou seja, se U_i for positivo, o crime será efetuado (SHIKIDA, 2020).

A economia do crime, fundamentada, sobretudo, na teoria de Becker (1968), desde 1999 vem sendo empiricamente testada no Brasil – vide Schaefer e Shikida (2001), Borilli (2005), Santos, Casagrande e Hoeckel (2015), Schlemper (2018), Nickel (2019), Amaral (2019), Shikida (2010; 2020) entre outros trabalhos. Uma das inovações introduzidas por

³ Na Teoria dos Jogos *payoff* é o termo utilizado para definir qual a “recompensa” que o jogador está a buscar através do jogo.

esses estudos foi a de analisar a economia do crime a partir de dados primários obtidos via aplicação de questionários/entrevistas a réus julgados e condenados por crimes de natureza lucrativa, observando aspectos como as motivações dessas pessoas no cometimento do(s) delito(s).

Sendo assim, questões, como a motivação que levou aos criminosos praticarem atividades ilícitas sob o ponto de vista do crime econômico; o que o delinquente acha que poderia ser feito para diminuir os crimes no Brasil; o que leva uma pessoa que foi presa, não faccionada, a entrar para uma facção na prisão; o que o Estado poderia fazer para recuperar um delinquente, foram contribuições substanciais para o entendimento da criminalidade, além de subsídios para a política penitenciária, respaldada a partir da teoria “beckeriana” conjugada com dados primários advindos de quem de fato cometeu o ato ilegal. Todavia, quais seriam essas respostas segundo a ótica da polícia militar, responsável, segundo Constituição Federal (BRASIL, 1988), pelo policiamento ostensivo e preservação da ordem pública? Fazer aquelas mesmas perguntas em uma pesquisa de campo para uma amostra representativa de policiais do Oeste do Paraná (Batalhões da Polícia Militar de Cascavel, Foz do Iguaçu e Toledo), além de analisá-las mediante distribuição de

frequência e relacioná-las com a literatura afim, foi o objetivo do presente trabalho.

E por que é importante ouvir a opinião da polícia militar, ainda que em um pioneiro estudo de caso⁴, sobre suas percepções a respeito de aspectos da economia do crime? Conforme Grüner e Hirschauer (2018) mencionaram, não há uma concepção uniforme do *Homo Economicus* na avaliação dos comportamentos ilícitos decorrentes de escolhas racionais ou intencionalmente racionais. Porém, se o estudo de Shikida (2020, p. 268) atestou, assim como trabalhos de Borilli (2005), Schlemper (2018), Nickel (2019) e Amaral (2019), que a maioria de seus entrevistados realizou o ilícito econômico influenciado “por decisões orientadas para maximização de seu bem-estar e/ou pelas interações em grupos sociais que fornecem incentivos à prática da atividade ilegal”, se uma outra classe, responsável também pelo combate ao crime, chegar à mesma conclusão, há indício de uma maior linearidade entre as reais causas da migração para o crime lucrativo. Isto justifica, inclusive, a propagação de mais evidências empíricas sobre este tema, ouvindo os dois lados do mercado do crime econômico,

⁴ Sobre o que é um estudo de caso, ver Yin (2001).

tanto daquele que comete o delito como daquele que o combate (BREUNIG; SOUZA, 2018).

Isto posto, além desta introdução, este artigo possui mais três seções.⁵ Na seção dois é exposta a metodologia da pesquisa, os resultados e discussão compõem a seção três, enquanto as conclusões sumarizam este estudo (seção quatro).

2 MATERIAL E MÉTODOS

Como o objetivo deste artigo é analisar as percepções empíricas da polícia militar do Oeste do Paraná sobre aspectos da economia do crime e compará-las com a literatura afim, primeiramente foi necessário realizar uma pesquisa de campo nos Batalhões da Polícia Militar de Cascavel, Foz do Iguaçu e Toledo (escolhidos em função da acessibilidade e disponibilidade ao estudo) com o intento de levantar os dados primários para tratamento estatístico. Para tanto, houve autorização concedida pelo Comando-Geral da Polícia Militar

⁵ Este artigo abdica de uma revisão de literatura sobre a economia do crime e construção teórica pormenorizada do modelo de Becker (1968), em prol de um maior aproveitamento das seções de metodologia e dos resultados e discussão. Contudo, recomenda-se a leitura, além do próprio Becker (1968), Gibbons (1982), Glaeser, Sacerdote e Scheinkman (1996), Cerqueira (2010), Oliveira (2011), Schlemper (2018), Amaral (2019) etc. para mais embasamento dessa revisão.

do Estado do Paraná para este trabalho, sendo o questionário piloto testado no primeiro semestre de 2020. Após esse pré-teste, o questionário final foi aplicado também, no primeiro semestre de 2020, aos Batalhões supracitados (com o cuidado e procedimento técnico-sanitário que o período de pandemia da COVID-19 demandou).

O questionário contém dois blocos:

- a) o primeiro envolveu os dados gerais (sexo; cor da pele; idade; estado de nascimento; opção religiosa; escolaridade; estado civil; quando entrou para polícia militar, patente atual e peculiaridades do policiamento);
- b) o segundo bloco envolveu questões sobre a economia do crime [principal motivo que leva o bandido a praticar atividade criminosa econômica, segundo entendimento do(a) policial militar; o que poderia ser feito para diminuir os crimes violentos (homicídio, estupro etc.) e econômicos (tráfico de drogas, assalto, contrabando etc.) no Brasil; posicionamento sobre a redução da maioria penal; posicionamento sobre o que leva uma pessoa que foi presa, não faccionada, a entrar para uma facção na prisão; o que o Estado poderia fazer para recuperar um

delinquente; pela experiência policial militar, qual é a expectativa média de vida de uma pessoa ativa no mundo do crime; e se os policiais militares acreditam no sistema judiciário (em geral)]. Tais perguntas, frisa-se, foram compiladas de duas teses de doutorados recentemente defendidas (SCHLEMPER, 2018; AMARAL, 2019).

Ressalta-se que o questionário não era entregue ao policial militar respondente, os aplicadores da pesquisa (quais sejam, um professor doutor de uma universidade pública e um profissional da advocacia – e também mestrando dessa mesma universidade – devidamente treinados e com expertise para essa finalidade) faziam oralmente as questões em um procedimento de entrevista. Isso permitiu mais multifuncionalidade e interação, possibilitando a adaptação aos mais variados momentos e respondentes, elucidando, caso fosse necessário, dúvidas pontuais surgidas *in loco*. Dentro do procedimento da ética da pesquisa, exigido pelo trabalho em si e pelo Comando-Geral da Polícia Militar do Estado do Paraná, todos os entrevistados foram esclarecidos mediante Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), ficando uma via do TCLE assinada para o policial militar respondente e outra para o

entrevistador. Realça-se que a garantia de anonimato dos respondentes foi condição *sine qua non* para a realização do presente estudo.

Não obstante, quanto à confiabilidade das respostas obtidas mediante aplicação de questionário, faz-se necessário mencionar Giannetti (2002), que indica para a inexistência de razão que leva a maioria dos respondentes a mentir em pesquisas de opinião, em que eles não são reconhecidos nominalmente.

Destarte, foram entrevistados 223 policiais militares, assim distribuídos: 81 em Cascavel; 81 em Foz do Iguaçu; e 61 em Toledo. Isso garantiu representatividade estatística desses Batalhões no contexto mesorregional paranaense, contribuindo para a garantia de um nível de confiança da amostra de 95% e margem de erro de 6%. Para o tratamento estatístico utilizado, optou-se pela análise da distribuição de frequência das respostas, acompanhada de descrição analítica desses resultados com a literatura afim (dada a inexistência de trabalhos que examinaram essas mesmas perguntas/respostas para forças de segurança pública, utilizou-se literaturas que exploraram essas mesmas perguntas/respostas para presos e réus julgados e condenados por crimes de natureza lucrativa). Embora estejam presos e réus

em posições distintas dos policiais militares no tocante ao cometimento e combate do ilícito, essa confrontação de pensamentos e resultados também é importante para a economia do crime.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O primeiro bloco de respostas diz respeito aos dados gerais dos policiais militares. Nesse contexto, dos 223 policiais militares entrevistados, 83% foram homens e 17% mulheres; autodeclararam-se brancos 55%, pardos 36%, negros 7% e amarelos 2%. A faixa etária apresentou a seguinte configuração (também ordem decrescente): 30 a 34 anos (32%); 35 a 39 anos (25%); 25 a 29 anos (20%); 40 a 44 anos (12%); 45 a 49 anos (7%); 50 a 54 anos (3%); e 55 a 59 anos (1%). A maioria dos entrevistados nasceu no próprio Estado do Paraná (87%). Do total, apenas 13% nasceu em outros estados e país (BA, GO, MG, MS, MT, PI, RS, SC, SP e Paraguai).

Na questão da religião declarada, 63,2% citaram ser católicos, 16,6% evangélicos, 4% protestantes, 2,7% espíritas e 0,9% budistas – apontaram não ter religião 12,6%. Sobre a escolaridade, 53,4% apresentaram superior completo, 18,4%

superior incompleto, 17% pós-graduado e 11,2% médio completo. O estado civil desses policiais evidenciou o seguinte quadro: amasiado/convivente (30,5%); casado/na igreja e no civil (21,1%); solteiro (17,9%); casado/no civil (16,1%); separado (8,1%); divorciado (4,9%); casado/na igreja (0,9%); e viúvo (0,4%). Salienta-se, entretanto, que 49% dos policiais militares entrevistados disseram que se separaram, pelo menos uma vez, antes do atual estado civil declarado. Ainda no quesito que retrata o aspecto da situação familiar, 61% declararam ter pelo menos um(a) filho(a).

Finalizando esta parte de dados gerais, as patentes dos pesquisados foram: soldado (81,2%); cabo (5,4%); sargento (5,4%); e o bloco de oficiais – aspirante/tenente/capitão/major/tenente coronel/coronel (8%). A média de anos de trabalho na polícia militar foi de 10,9 anos, sendo que 57% apresentaram menos de 10 anos de polícia e 43% mais de 10 anos. Para qualificar ainda mais a experiência desses entrevistados no policiamento ostensivo e preservação da ordem pública, foi indagado sobre a participação em confronto armado. Nada menos do que 62,3% participaram desse tipo de confronto, pelo menos uma vez, no exercício da função policial; enquanto 60% chegou a disparar sua arma contra alvos suspeitos

nesses confrontos. Em outra questão relacionada ao confronto físico, 79% dos policiais entrevistados disseram ter usado a força no estrito cumprimento do dever legal e/ou para não ser agredido por alguém. Ademais, 95% citou ter atendido, pelo menos uma vez, ocorrência por homicídio.

As funções policiais que mais se destacaram nesta amostra foram: Rádio Patrulha (32,3%); Administrativo em geral (11,6%); Choque (10,3%); Rotam (9%); Trânsito (5,8%); P2 (3,6%); e Polícia do Turismo (2,7%) – outras funções, com percentuais menores, perfizeram 24,7%.⁶

O segundo bloco envolveu questões sobre a economia do crime. Quanto ao principal motivo que o policial militar entende que levou os criminosos a praticarem atividade criminosa do

⁶ Como esclarecimento: Rádio Patrulha é uma modalidade de policiamento ostensivo realizada por policiais militares em viaturas com rádio; os policiais que estão no Administrativo em Geral realizam funções para organizar e agrupar as atividades necessárias para cumprimento dos objetivos da polícia militar (policiamento ostensivo e preservação da ordem pública); Choque é uma unidade policial treinada para controlar multidões ou cumprir determinações específicas, como mandados de reintegração de posse etc.; Rotam são unidades operacionais treinadas para realizar abordagens com viaturas e armamento técnicos para situações onde o policiamento convencional não são indicadas; Policiais de Trânsito atuam na fiscalização e prevenção do trânsito; P2 são policiais que fazem parte da seção de inteligência da corporação, atuando no serviço de informação para elucidação e/ou combate aos crimes; Policiais de Turismo atuam no serviço especializado de policiamento turístico, garantindo mais segurança tanto para turistas como para a comunidade.

ponto de vista do crime financeiro, a Tabela 1 sintetiza os resultados. Nessa Tabela observa-se que dois grandes motivos [ideia de ganho fácil (33,6%); cobiça, ambição e ganância (20,2%)] somaram mais da metade (53,8%) das opiniões que os entrevistados manifestaram como o principal motivo para a migração criminal dos delinquentes que visam lucro. A terceira colocação está relacionada à tendência para a adesão à criminalidade de certas pessoas, mencionada por 14,8% dos policiais militares ouvidos. As demais ocorrências não tiveram percentuais acima da casa de um dígito, quais sejam: falta de estrutura familiar (7,2%); a impunidade estimula a criminalidade (5,4%); indução de amigos (4,5%); desigualdade leva à criminalidade (3,6%); dificuldade financeira (4,4%); manter o *status* (3,1%); motivos fúteis (2,8%); ajuda no orçamento familiar/estava desempregado (0,4%).

Tabela 1 – Principal motivo que leva o bandido a praticar atividade criminosa econômica, segundo opinião do(a) policial militar (Batalhões da Polícia Militar de Cascavel, Foz do Iguaçu e Toledo)

Motivo para a prática da atividade criminosa	Percentual de ocorrência
Ideia de ganho fácil	33,6
Cobiça, ambição e ganância	20,2
Já tem tendência para a criminalidade	14,8
Falta de estrutura familiar	7,2
A impunidade estimula a criminalidade	5,4

Indução de amigos	4,5
Desigualdade leva à criminalidade	3,6
Dificuldade financeira	4,4
Manter o <i>status</i>	3,1
Motivos fúteis	2,8
Ajuda no orçamento familiar/estava desempregado	0,4

Fonte: Dados da Pesquisa (2020).

Observa-se que os dois principais motivos realçados na Tabela 1 (ideia de ganho fácil/cobiça, ambição e ganância) convergem também para os dois principais resultados encontrados por Shikida (2020) na pesquisa realizada com presos em estabelecimentos penais paranaenses e gaúchos (Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu I e Centro de Reintegração Social Feminino, no Paraná; Presídio Central de Porto Alegre, Penitenciária Feminina Madre Pelletier, Penitenciária Estadual Feminina de Guaíba, Penitenciária Estadual de Arroio dos Ratos, no Rio Grande do Sul – cumpre ressaltar que foi considerada a principal motivação de acordo com a opinião de cada preso entrevistado).

Em Shikida (2020), dois itens foram distintos dos citados pelos policiais pesquisados, manutenção do vício em drogas (8,7%) e desejo de aventura (3,5%). Ao revés, três itens citados pelos policiais militares não apareceram nos resultados de Shikida (2020): já tem tendência para a criminalidade (14,8%); a

impunidade estimula a criminalidade (5,4%); desigualdade leva à criminalidade (3,6%).

No trabalho que buscou identificar e analisar os determinantes da entrada das mulheres no crime de tráfico de drogas que cumprem pena ou aguardam julgamento na Unidade Prisional Feminina de Rio Branco (AC), Amaral (2019) apontou, também com base em dados primários, como maior motivo para a prática da atividade criminosa o conjunto composto pela ideia de ganho fácil/indução de amigos/cobiça, ambição, ganância/inveja/manter o *status* (45,9%). As demais motivações para a realização do delito, de acordo com as mulheres, foram: ajudar no orçamento familiar/mas estava desempregada (15,7%); falta de estrutura familiar/inconsequência e desejo de aventura/motivos fúteis (15,1%); dificuldade financeira/endividamento (7,5%); a mulher se diz inocente (5,5%); manter o sustento e vício (4,8%); vingança (3,4%); ajudar no orçamento familiar/mas estava empregada (1,4%); e manter o sustento da família (0,7%). Ressalta-se que o nível de agregação dos motivos apontados por Amaral (2019) é diferente das outras pesquisas em cotejo – por exemplo, houve a junção da “ideia de ganho fácil” com “indução de amigos”; “cobiça, ambição, ganância”; “inveja”; e

“manter o *status*”. Tal agregação dificulta uma maior análise comparativa.

Nickel (2019), por sua vez, analisou os aspectos do crime de apenados da 4ª Vara da Justiça Federal de Foz do Iguaçu (PR), cujas penas privativas de liberdade foram substituídas por prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária. Ou seja, seu estudo inovou ao entrevistar pessoas que não foram presas pelos seus delitos e, sim, cumpriam penas alternativas à privação da liberdade. Para a autora, o percentual total de respostas superou os 100% devido à observância de mais do que uma resposta. Nesse sentido, a motivação que mais se destacou para o crime lucrativo está relacionada com as ideias de ganho fácil/indução de amigos/cobiça, ambição, ganância/inveja/manter o *status* com 46,1%; ajudar no orçamento familiar, pois estava desempregado, teve 36% de ocorrências; dificuldade financeira/endividamento teve 26,1%; e ajudar no orçamento familiar, mas estando empregado, 12,6%. As outras ocorrências ficaram abaixo de dois dígitos. Novamente, tal agregação dificulta uma maior análise comparativa com as respostas dadas pelos policiais.

Buscando analisar o crime econômico no Paraná, por meio de um estudo de caso nas Penitenciárias Central de

Piraquara (PCP), Estadual de Piraquara (PEP) e Feminina de Piraquara (PFP), também via aplicação de questionários/entrevistas a réus já julgados e condenados por crimes econômicos, Borilli (2005) observou que os principais fatores motivacionais que levaram os seus entrevistados a praticarem atividades criminosas foram: indução de amigos (32,44%); cobiça/ambição/ganância (23,28%); manter o sustento do vício (19,08%); inconsequência e desejo de aventura (14,12%); dificuldade financeira (11,83%); ideia do ganho fácil (11,83%); ajudar no orçamento familiar, pois estava desempregado (10,30%). As demais motivações não ultrapassaram a casa de um dígito. A especificidade de Borilli (2005) – e também Nickel (2019) – é que os entrevistados também podiam dizer mais do que um motivo, e, nas pesquisas de Amaral (2019) e Shikida (2020), foi exposta a principal motivação que levou os criminosos a praticarem atividades criminosas do ponto de vista do crime financeiro (ou seja, o percentual total supera os 100%).

Nota-se, portanto, que as opiniões dos policiais militares são muito parecidas com as dos delinquentes/apenados entrevistados por Shikida (2020) e Borilli (2005). Na hipótese de realizar a junção de ideia de ganho fácil; indução de amigos;

cobiça, ambição, ganância; e manter o *status* (não houve o item inveja), esse percentual agregado do entendimento policial sobre as causas da migração para o delito (61,4%) também converge para as principais causas agregadas apontadas por Amaral (2019) e Nickel (2019). Isso quer dizer que houve, de modo geral, uma certa conversão para os principais motivos da migração para o crime lucrativo, em que a prática da atividade ilegal derivou mais de decisões voltadas para a maximização do bem-estar e/ou pelas interações em grupos sociais do que mediante outras razões. Destarte, os infratores não distinguiram princípios ou valores quando seu interesse pecuniário prevaleceu em um ato pecuniário ilícito, seja ouvindo quem cometeu o delito ou quem o combate.

A questão sobre o que poderia ser feito para diminuir os crimes violentos teve as posições mais citadas: o quadrinômio “lei implacável/punição exemplar” (37,7%); e investir em educação (35%). A mesma ordem foi constatada quando a pergunta feita aos policiais militares era direcionada para crimes de cunho econômico, sendo também citadas a “lei implacável/punição exemplar” (46,2%), que aumentou o percentual, e investir em educação (23,8%), que diminuiu o percentual. Aqui existe uma distinção não observada nos estudos

de Shikida (2020), Amaral (2019), Nickel (2019) e Borilli (2005), que enfatizaram, em linhas gerais, a tríade mais “trabalho-mais escola/educação-mais oportunidade”, mas sem destaque para o quadrinômio “lei implacável/punição exemplar”. Isto é compreensível, considerando que nos estudos cotejados o respondente é o próprio apenado (autor do crime), que busca seus interesses, enquanto que, no caso deste trabalho, é o policial militar (aquele que combate o crime), que procura cumprir a lei.

Uma expressiva maioria dos entrevistados (83,4%) foi favorável à redução da maioridade penal para 16 anos (idade citada com maior frequência), sendo muito em função da impunidade que a atual lei, na ótica dos entrevistados, propicia ao adolescente infrator. Essa é uma posição polêmica entre os presos. Segundo Shikida (2016), a redução da maioridade para pessoas presas do sexo masculino e feminino tem escores/posições distintos. Conquanto 68,9% dos homens pesquisados fossem contrários à redução da maioridade penal, 66,1% das mulheres pesquisadas manifestaram-se favoráveis à redução da maioridade penal.

Sobre o que faz com que uma pessoa que foi presa, não faccionada, a adentrar em uma facção na cadeia ou

penitenciária, foram citadas pelos policiais militares as seguintes palavras-chaves que mais ocorreram: *status* (21,5%); poder (17,5%); proteção (13,9%); facilidade (4,9%); e segurança (4,9%). Ainda sobre aspectos da questão penitenciária, para os pesquisados o Estado precisa dar trabalho (55%) e educação (11,7%) para tentar recuperar um preso condenado. Contudo, para 11,2% dos policiais militares ouvidos, não há como recuperar um delinquente irrecuperável. Sobre acreditar ou não no sistema judiciário, 66,4% dos entrevistados disseram não acreditar nesse sistema. Por último, mas não menos importante, a expectativa de vida de um “profissional do crime” na sua vida delituosa, de acordo com o conhecimento policial manifestado foi, em média, de 27 anos de idade.

Onde foi possível comparar o mesmo tipo de questão com estudos realizados com os presos [Shikida (2020), Amaral (2019), Nickel (2019) e Borilli (2005)], houve praticamente a mesma tendência de respostas – como exemplo, segundo os apenados/presos, a expectativa de vida de um “profissional do crime” é, em média, de 26 anos de idade. A exceção foi o fato de que não existe recuperação para um delinquente, apontada por 11,2% dos policiais militares. Novamente, uma visão daquele que combate o crime, que procura cumprir a lei.

4 CONCLUSÕES

O objetivo deste artigo foi analisar as percepções empíricas da polícia militar do Oeste do Paraná sobre aspectos da economia do crime e cotejá-las com a literatura afim, mediante pesquisa de campo nos Batalhões da Polícia Militar de Cascavel, Foz do Iguaçu e Toledo. Para tanto, foram aplicados questionários, seguido de entrevistas, a 223 policiais militares dessa mesorregião (nível de confiança da amostra de 95% e margem de erro de 6%).

Nesta conclusão, remonta-se à equação de Becker (1968):

$$U_i = [1 - p(r)] \cdot R_i - C_i - O_i - [p(r) \cdot J_i] - W_i$$

Em que:

U_i é a utilidade esperada de uma atividade ilícita;

$[1 - p(r)] \cdot R_i$ é o *payoff* esperado da implementação de uma atividade ilícita (R_i) vezes a probabilidade de não ser preso $[1 - p(r)]$;

C_i é o custo de execução e planejamento do crime;

O_i o custo de oportunidade;

$[p(r) \cdot J_i]$ o valor esperado da punição no caso de ser preso; e,

Wi a perda moral proveniente da execução do crime.

Pode-se inferir que, se o benefício líquido dessa utilidade *Ui* for positivo, o crime será realizado (BECKER, 1968).

Em termos de alguns aspectos da economia do crime, os policiais militares, com suas respectivas percepções, demonstram que o crime econômico (dito de outra forma: a utilidade esperada de uma atividade ilícita) está sendo motivado, mormente, pela ideia de ganho fácil e pela tríade cobiça, ambição e ganância. Tal conclusão se assemelha com as principais concepções obtidas por pesquisadores da economia do crime, que entrevistaram presos e/ou condenados pela justiça.

Como forma de combater a criminalidade, a polícia militar tem a função precípua de policiamento ostensivo e preservação da ordem pública. Neste sentido, ela trabalha para que a probabilidade de uma atividade ilícita seja a menor possível, o que, evidentemente, também contribui para elevar o custo de execução e planejamento do ato ilegal.

O *insight* deste artigo foi revelar, em termos de um pioneiro estudo de caso, que policiais militares também ressaltam, como forma de aumentar os custos da atividade delituosa, o fato de o valor esperado da punição, no caso de ser preso, ter relação com o quadrinômio “lei implacável/punição

exemplar”, item mais ressaltado quando a indagação dizia respeito ao que poderia ser feito para diminuir os crimes de modo geral. Não é sem valor que em dias atuais cerca de 66,4% dos entrevistados disseram não acreditar no sistema judiciário brasileiro. Isso está relacionado, por exemplo, com a manifestação de muitos policiais que prendem o mesmo delinquente várias vezes, sem resolução do problema criminal. Ou seja, “lei implacável/punição exemplar” não é uma regra geral. Ademais, investir em educação, o segundo item mais apontado nessa questão, contribui, de certa forma, para que a questão moral (trava moral) proveniente da execução do delito seja mais bem ponderada. O sentido *stricto sensu* dessa relação é que o investimento em educação pode tolher atos ilegais.

Por fim, recomenda-se o desenvolvimento de outras pesquisas similares capazes de melhorar o entendimento da economia do crime, principalmente ouvindo não só quem pratica o delito, como quem o combate, ampliando este estudo de caso para policiais civis, federais, rodoviários federais, policiais penais, guardas municipais etc., inclusive ampliando esses estudos para as múltiplas espacialidades regionais existentes no Brasil. E, também, entrevistando quem faz as leis, quem as aplica, entre outros segmentos ligados, direta e indiretamente, ao

escopo deste artigo. Isso certamente trará contribuições para o debate sobre o combate à criminalidade respaldado em pesquisas empíricas.

REFERÊNCIAS

AMARAL, J. A. da S. *Determinantes da entrada das mulheres no tráfico de drogas: um estudo para o Acre (Brasil)*. Doutorado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio. Unioeste, Toledo/PR. 2019.

BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene* (1764). English edition: Bellamy R (ed.). *On Crimes and Punishments and Other Writings* (trans: Richard Davies et al.). Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, n. 2, pp. 169-217, 1968.

BORILLI, S. P. *Análise das circunstâncias econômicas da prática criminosa no Estado do Paraná: estudo de caso nas Penitenciárias Estadual, Central e Feminina de Piraquara*. Mestrado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio. Unioeste, Toledo/PR. 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*.

Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRENNER, G. *A racionalidade econômica do comportamento criminoso perante a ação de incentivos*. Tese de Doutorado em Economia. UFRGS, Porto Alegre/RS. 2001.

BREUNIG, A. E.; SOUZA, V. de. *Sociologia do crime e da violência*. Curitiba: Intersaberes, 2018.

CARVALHO, C. *Teoria da Decisão Tributária*. São Paulo: Almedina, 2018.

CERQUEIRA, D. *Causas e consequências do crime no Brasil*.

Doutorado em Economia. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

FRAGOSO, H. C. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n. 39, pp. 122-129, 2018.

GIANNETTI, E. *Felicidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIBBONS, T. The utility of economic analysis of crime.

International Review of Law and Economics, v. 2, n. 2, pp. 173-191, Dec. 1982.

GLAESER, E. L.; SACERDOTE, B.; SCHEINKMAN, J. Crime and social interactions. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 111, n. 2. pp. 507-548, May 1996.

GRÜNER, S.; HIRSCHAUER, N. Economics of crime: different paradigm. In: MARCIANO, A., RAMELLO, G. B. (Eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. New York: Springer, 2018, pp.1-12.

NICKEL, H. *Análise da execução penal envolvendo crimes econômicos no Paraná cuja pena privativa de liberdade foi substituída por prestação de serviços e/ou pecuniária*. Mestrado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio. Unioeste, Toledo/PR, 2019.

OLIVEIRA, C. A. de *Ensaio em economia do crime: dissuasão, armas e carreira criminosa*. Doutorado em Economia. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, 2011.

SANTOS, C. A. P. dos; CASAGRANDE, D. L.; HOECKEL, P. H. de O. “Teoria econômica do crime”: dos pressupostos acadêmicos à empiria do dia a dia na vida de ex presidiários de Santa Maria RS. *Economia e Desenvolvimento*, v. 27, n. 2, pp. 308-325, jul./dez. 2015.

SCHAEFER, G. J.; SHIKIDA, P. F. A. Economia do crime: elementos teóricos e evidências empíricas. *Análise Econômica*, Porto Alegre, ano 19, n. 36, pp.195-217, set., 2001.

SCHLEMPER, A. L. *Economia do crime: uma análise para jovens criminosos no Paraná e Rio Grande do Sul*. Doutorado em Desenvolvimento Regional e Agronegócio. Unioeste, Toledo/PR, 2018.

SHIKIDA, P. F. A. Considerações sobre a Economia do Crime no Brasil: um sumário de 10 anos de pesquisa. *Revista de Análise Econômica do Direito/Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 2, pp. 318-336, jul./dez., 2010.

SHIKIDA, P. F. A. Economia do crime: uma análise sobre a maioria penal a partir de detentos paranaenses. *Revista de Análise Econômica do Direito/Economic Analysis of Law Review*, v. 7, n. 1, pp. 249-265, jan-jul, 2016.

SHIKIDA, P. F. A. Uma análise da economia do crime em estabelecimentos penais paranaenses e gaúchos: o crime compensa? *Revista Brasileira de Execução Penal*, v. 1, n. 1, pp. 257-278, jan./jun. 2020.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

A servidão militar e o poder de polícia das Forças Armadas nas áreas vizinhas aos estabelecimentos castrenses

Cirelene Maria da Silva Rondon de Assis

Especialista em Direito Penal e Processual Penal Militar.

Especialista em Direito Constitucional.

Especialista em Ciências Militares.

Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército

Brasileiro.

RESUMO: O objetivo geral deste estudo foi identificar o instituto da servidão militar, bem como a incidência do poder de polícia, nas áreas lindeiras aos aquartelamentos, e analisar, juridicamente, a coexistência harmônica do exercício desse

domínio eminente com a rotina da população vizinha. Ao longo dos anos, com o crescimento natural das cidades, os quartéis passaram a integrar cada vez mais o conglomerado urbano, o que reclama, certamente, a necessidade da adoção de medidas restritivas necessárias à preservação do interesse público, em especial, a manutenção do regular preparo para o pronto emprego das Forças Armadas; sem, contudo, descuidar da proteção à integridade física dos particulares que transitam por aquelas imediações. Nessa dinâmica, sobressai a temática da servidão militar nos espaços que margeiam as fortificações castrenses, embora o instituto seja pouco debatido na jurisprudência e na doutrina, tal fato não desonera o agente público do seu poder-dever de agir em consonância com o ordenamento vigente. A partir dessas percepções, este ensaio buscou analisar o equilíbrio entre as ordinárias tensões locais existentes nas áreas vizinhas aos quartelamentos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo Militar. Domínio eminente. Poder de polícia. Servidão militar. Área de interesse militar. Estabelecimentos castrenses.

ENGLISH

TITLE: The military' servitude and the Armed Forces police power over military fortifications' neighborhood areas.

ABSTRACT: The main objective of this study was to identify the police power of the brazilian's Armed Forces in their fortifications bordering areas and to analyse, legally, the harmonic coexistence of the exercise of this eminent domain with the routine of the local population. Over the years, with the natural growth of cities, the military barracks began to integrate into the urban conglomerate, that which certainly demands the adoption of restrictive measures applicable to the preservation of the public interest, especially in the maintenance of regular preparation for the combat readiness of the Armed Forces; without, however, neglecting the protection of the physical integrity of individuals who transit through these immediate areas. In this thematic, the qualification of military servitude stands out and, therefore, the incidence of police power in the spaces that border military fortifications and, although these matters are still evolving in a legal and jurisprudential way, this does not relieve the public agent of his power to act in accordance with the current legislation. It is with the perception,

under this point of view, of balance between the ordinary local tensions existing in the areas neighboring the military barracks that the present essay looked.

KEYWORDS: Military Administrative Law. Eminent domain. Police Power. Military servitude. Military interest area. Military fortifications.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Servidão militar nas áreas próximas aos aquartelamentos – 3 O poder de polícia das Forças Armadas nas áreas lindeiras aos quartéis – 4 Fundamentos legais do poder de polícia da administração militar – 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A proteção dos espaços intramuros dos quartéis é incumbência ordinária afeta a todas as fortificações castrenses. A necessidade de prover vigilância nesses sítios decorre da regular atividade neles desenvolvidas, na grande maioria, áreas de treinamento contínuo para o pronto emprego estatal das

Forças Armadas na defesa nacional e, em situações excepcionais, na própria segurança pública.

O preparo operacional para o cumprimento da missão constitucional requer o adestramento constante das tropas. Para tanto, a simulação de situações extremadas de conflitos armados é rotina nas instruções a que são submetidos os combatentes. Os aquartelamentos, como regra, são palco para o treinamento militar.

Nesse contexto, as áreas vizinhas aos fortes não se põem a salvo de riscos decorrentes dessas atividades, ao contrário, são parte do teatro de operações de guerra. Em razão desta peculiaridade, esses espaços, ainda que não estejam sob efetiva administração militar, são submetidos à vigilância, inclusive, para a proteção da integridade física da própria população que transita ou habita nessas imediações.

Com o crescimento natural das cidades, cada vez mais as fortificações passam a integrar o desenho urbano. O conglomerado de construções, pessoas e veículos dificultam sobremaneira a vigília.

A atividade de guarda nem sempre será silenciosa e inerte, por vezes poderá reclamar efetiva e pronta intervenção na rotina das regiões vizinhas aos aquartelamentos, locais esses

conhecidos como áreas de segurança ou interesse militar. Nesse cenário, medidas restritivas ou proibitivas da circulação de pessoas, controle de veículos, balizamento de trânsito, entre outras, poderão ser reclamadas. Os atos administrativos impositivos de restrição acabam por desenhar o instituto da servidão militar.

2 SERVIDÃO MILITAR NAS ÁREAS PRÓXIMAS AOS AQUARTELAMENTOS

A limitação do uso e do acesso às áreas que circundam os quartelamentos, enquanto instrumento de proteção local, certamente, teve sua origem juntamente com o surgimento dos próprios fortes militares.

O embrião da servidão administrativa remonta aos terrenos de marinha, cujo principal objetivo era defender o território de possíveis invasores, largamente utilizado desde os tempos das capitânicas hereditárias. A origem remete ao instituto jurídico português das lezírias, termo que significa terra plana e alagadiça nas margens de um rio; por extensão, qualquer terra baixa e alagadiça.

A Ordem Régia de 18 de novembro de 1818, associada com a de 10 de janeiro de 1732, declarava que as praias e o mar

eram de uso público, não podiam os proprietários nas suas testadas impedir que se lançassem redes para pescar.¹A legislação real determinava ainda, que tudo o que tocasse a água do mar e acrescesse sobre ela pertenceria à Coroa; e que, da linha d'água para dentro, sempre seriam reservadas 15 braças craveiras, pela borda do mar, para serviço público. Essas braças correspondiam a 33 metros, e sua delimitação objetivava oferecer as condições necessárias à proteção da costa brasileira na defesa da segurança nacional².

Em razão do desiderato para o qual foi criado e das sujeições impostas a todos os particulares, os terrenos de marinha podem ser considerados espécie de servidão administrativa. O objetivo maior da adoção do instituto no período colonial foi a defesa do território, incumbência hoje creditada às Forças Armadas.

¹DINIZ, Marco Túlio Mendonça. A importância histórica das zonas costeiras e dos terrenos de marinha no Brasil Colonial e Imperial. *Revista electrónica de recursos en Internet sobre Geografía y Ciencias Sociales*. Barcelona: Universidad de Barcelona, n. 105, 1º mar. 2008. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/aracne/aracne-106.htm>. Acesso em: 11 jun. 2020.

²LIMA, Obéde Pereira de. *Localização geodésica da linha da preamar média de 1831 LPM/1831, com vistas à demarcação dos terrenos de marinha e seus acrescidos*. Florianópolis: UFSC, 2002. Dissertação (Doutorado em Engenharia) – Faculdade de Engenharia Civil, Universidade Federal de Santa Cruz do Sul, 2002. Disponível em: <http://www.tede.ufsc.br/teses/PECV0194.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Desde que houve interesse em manter a posse das terras brasileiras, foi necessário estabelecer meios de garantia da defesa desse torrão. Nos tempos longínquos os terrenos de marinha foram importantes instrumentos de proteção territorial. Hodiernamente, um catálogo legal de servidões administrativas se apresenta nesse escopo, entre as quais, algumas de cunho nitidamente castrense.

Esses espaços de interesse militar estão delineados em diplomas legais que estabelecem seus limites territoriais, tanto em relação à defesa externa quanto à interna. Alguns desses normativos regulam a servidão, sem, contudo, adotar textualmente a nomenclatura. O instituto em tela, nos dizeres do professor José dos Santos Carvalho Filho, seria “um direito real público, porque é instituído em favor do Estado para atender a fatores de interesse público”³. É oportuno assinalar a crítica do ilustre doutrinador, que, ao comentar a servidão militar contida no Decreto-Lei 3.437/1941, normativo central deste estudo, contesta sua natureza jurídica de servidão e o aponta apenas como limitação administrativa genérica, leia-se:

³CARVALHO Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 33. ed. 2019. p.1124.

Autorizada doutrina também apresenta várias hipóteses do que considera servidões decorrentes diretamente da lei, como as do Código de Águas Minerais (Decreto-lei nº 7.841/1945); a servidão militar prevista no Decreto-lei nº 3.437/1941; a servidão para a proteção do patrimônio tombado, prevista no Decreto-lei nº 25/1937.27. Entretanto, *vênia concessa*, todos esses casos indicam limitações administrativas genéricas, e não servidões administrativas. Nesses casos, o próprio conteúdo do direito de propriedade sofre a limitação, diferentemente das servidões, que espelham restrições específicas ao uso da propriedade. (CARVALHO FILHO, 2019, p. 1127) (grifo nosso).

Doutrinariamente:⁴

As servidões administrativas se caracterizam também como meio de intervenção na propriedade que traz restrições quanto ao uso, sem perda da posse, traduzidas pela imposição de um ônus real para assegurar a realização e a conservação de obras e serviços.

Em sentido amplo, com socorro no Direito Civil, a professora Odete Medauar⁵ traçou as balizas para o reconhecimento do instituto:

⁴SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 910.

⁵MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 347-348.

Na *servidão*, certos atributos do direito de propriedade (usar, fruir), em vez de se concentrarem no proprietário, exclusivamente, são partilhados com terceiros.

A concepção de *servidão* vem do direito civil; nesse ramo, apresenta-se como direito, em favor de um prédio (chamado dominante), sobre outro prédio (o serviente), pertencentes a donos diversos. A *servidão* visa a aumentar a utilidade do prédio dominante e implica limitações ao prédio serviente. Está prevista no art. 1.378 do Código Civil.

Não é essencial, porém, para configurar uma *servidão*, a contiguidade de prédios. Além da *servidão* de direito privado, existe a *servidão* de direito público, também denominada *servidão administrativa*, independentemente de contiguidade de prédios. Significa um ônus real de uso, instituído pela Administração sobre imóvel privado, para atendimento do interesse público, mediante indenização dos prejuízos efetivamente suportados. Por exemplo: proibição de construir em terrenos marginais a rodovias, ferrovias, córregos canalizados (*servidão non a edificandi*); passagem para chegar a poços ou reservatórios de água; passagem de fios de energia elétrica; passagem de aqueduto. A instituição de *servidão* administrativa poderá importar em obrigações de fazer, por exemplo: o proprietário do imóvel serviente é obrigado a aparar mato ou cortar árvores no caso de *servidão* de passagem instituída sobre seu imóvel.

A *servidão* não opera transferência do domínio, nem da posse, nem do uso total do bem a terceiros ou ao Poder Público. Apenas parcela do bem tem seu uso compartilhado ou limitado em vista do atendimento do interesse público. Por isso, se a limitação acarretar realmente prejuízo,

quanto ao uso, caberá indenização, referida só a este aspecto.

Tracejada a definição genérica do instrumento administrativo, cabe aqui transcrever o conceito doutrinário da espécie castrense: “Servidões militares verificam-se quando, nas proximidades de quartéis ou fortalezas, ficam os particulares proibidos de executar trabalhos sem licença da autoridade militar”⁶.

A jurisprudencial tem tido papel importante na consolidação da servidão militar, especial relevância teve o debate travado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 2ª Região nos autos da Apelação Cível 1999.51.01001231.4, julgada no ano de 2006, cuja relatoria coube ao ilustre Desembargador Raldênio Bonifácio Costa, que analisou caso concreto ocorrido na Vila Militar de Deodoro, localizada na cidade do Rio de Janeiro, que envolveu o exercício do controle de trânsito por militares do Comando do Exército.

Naquela ocasião, o eminente Procurador da República Luis Cláudio Pereira Leivas, em seu laborioso Parecer, consignou que é dever da administração militar proteger as áreas que margeiam os aquartelamentos dentro do limite estabelecido

⁶CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo: Poder de Polícia e Polícia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, p. 188.

pelo Decreto-Lei 3.437/1941, que instituiu a servidão castrense ao estabelecer o perímetro necessário à segurança das fortificações:

O Ministério Público entende que EXCLUSIVAMENTE DENTRO DA ÁREA DE SERVIDÃO MILITAR DE 1.320,00 METROS À VOLTA DOS QUARTÉIS E ESTABELECIMENTOS MILITARES, A AUTORIDADE CASTRENSE TEM O DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXERCER O PATRULHAMENTO E AS MEDIDAS DE SEGURANÇA, INCLUSIVE DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA, NECESSÁRIAS AO ACAUTELAMENTO E PROTEÇÃO DAS GUARNIÇÕES; EQUIPAMENTOS; INSTALAÇÕES; AQUARTELAMENTOS; MATERIAL E PESSOAL, BEM COMO DE TRANSEUNTES, EVITANDO PROBLEMAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL;

Ora, A FORÇA ARMADA pode fazer policiamento ostensivo de trânsito na Área de Servidão Militar, pois essa atribuição integra o instituto e faz parte da DEFESA MILITAR PREVENTIVA DAS INSTALAÇÕES E EQUIPAMENTOS, À DISTÂNCIA;

63. Assim sendo, o Ministério Público Federal se manifesta pelo CONHECIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO E DA REMESSA DE OFÍCIO, REFORMANDO-SE PARCIALMENTE A R. SENTENÇA para:

A) Assegurar à Força Armada o exercício dos direitos decorrentes da Servidão Militar nessa área que, mantendo a distância de 1.320,00 metros externa e paralelamente aos limites dos Próprios Nacionais, os circunscreve, inclusive de fiscalização do trânsito;

B) Garantir a validade da Resolução SMTR nº 842 do Secretário Municipal de Trânsito nesse perímetro, A QUAL APENAS REITERA, SOB NOVA ROUPAGEM, AS DETERMINAÇÕES DA SERVIDÃO MILITAR, convalidando os atos administrativos praticados;

C) Garantir a aplicação de sanções de trânsito pela Força Armada em outras áreas, temporariamente, quando em missões de segurança; deslocamentos de autoridades e interdições temporárias de trânsito (batedores, bloqueios, cortejos etc.);

64. Fora desse perímetro e da hipótese prevista no item C acima, a atuação da Força Armada só poderá se verificar na forma e meios constitucionais, evitando-se o canto da sereia da utilização militar em policiamentos de choque, os quais poderão acarretar graves riscos para a Instituição e Tropa, que não possuem essa missão⁷.

Conforme se observa, o poder-dever da autoridade militar em conferir licença para que particulares executem trabalhos nas proximidades de quartéis ou fortalezas configura espécie de servidão militar⁸. Nesse tocante, seria possível até mesmo que o gravame venha recair sobre bem público de uso comum do povo, como é o caso das ruas. A natureza da coisa serviente não desnatura o instituto, isso porque de fato haverá

⁷BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação cível n. 1999.51.01001231.4, Relator: Desembargador Raldênio Bonifácio Costa. *Diário Oficial da Justiça*, Brasília, pp. 190-192, 1º nov. 2006.

⁸CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo: Poder de Polícia e Polícia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, p. 188.

uma limitação sobre a ampla fruição do bem por parte de todos os particulares.

As ruas, os estacionamentos, as calçadas, as construções ou quaisquer outros espaços que se situem dentro do perímetro necessário à segurança dos quartelamentos, pouco importando a natureza jurídica da propriedade, posse ou detenção, poderá constituir-se na coisa serviente, desde que, logicamente, caracterizado o interesse vital para o regular funcionamento das instituições militares.

Nessa dinâmica, a razoabilidade deve ter por parâmetro as especificidades dos quartéis: locais de estocagem de armas e munições, considerável atrativo para os grupos criminosos; bem como os riscos inerentes às atividades ordinárias das organizações militares, ou seja, o potencial perigo de lesão à integridade física da população vizinha.

A Consultoria Jurídica Adjunta ao Ministério da Defesa, em socorro aos Comandos Militares, laborou sobre o tema servidão militar e, em 15 de julho de 2019, exarou o Parecer nº 00484/2019/CONJUR-MD/CGU/AGU:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL.
DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR.
UNIFORMIZAÇÃO DE TESE A RESPEITO
DAS ÁREAS DE SERVIDÃO MILITAR.

DECRETO-LEI N° 3.437/41.
QUESTIONAMENTO SOBRE SUA
VIGÊNCIA. DÚVIDAS SOBRE A EXTENSÃO
DE AÇÕES DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA
NAS REFERIDAS ÁREAS.

1. O Decreto-Lei nº 3.437/41 encontra-se válido e vigente, tendo sido revogada tacitamente pelo Decreto-Lei 9.760/46 apenas a alínea "a" do seu art. 2º, de modo que a área de 1.320 metros em torno dos estabelecimentos militares continua a constituir área de servidão militar sobre a qual o Estado (Forças Armadas) possui o direito real de gozo em prol do interesse público. 2. Sendo assim, é possível que as Forças Armadas promovam, nessa área de 1.320 metros ao redor das Organizações Militares, ações típicas de polícia administrativa, não lhes sendo dado, todavia, o dever de efetuar prisões em flagrante delito nos crimes comuns. (grifo nosso).

Naquela assentada, o Órgão Consultivo, seguindo a conclusão dos Tribunais Regionais, além de atestar a recepção do Decreto-Lei 3.437/1941 pela ordem constitucional vigente, com arrimo no art. 100, "a", do Decreto-Lei 9.760/1946, realizou interpretação sistemática com resultado extensivo e, como bastante acerto, estendeu, ainda que tacitamente, a aplicação da norma de 1941 às demais Forças Singulares.

A Advocacia-Geral da União atestou a natureza jurídica de servidão militar encartada no normativo em tela:

38. Na esteira desse entendimento, nítida a conclusão de que o perímetro de 1.320 metros referido no art. 2º do Decreto nº 3.437/41 consiste exatamente numa servidão administrativa de natureza militar, porquanto estão presentes todas as citadas características do instituto. Inclusive, note-se que o Decreto-Lei nº 3.437/41 foi expresso ao mencionar em seus "considerandos" a fixação de uma área de servidão, [...]

39. Nesse contexto, o exercício do poder de polícia nessas áreas exsurge como decorrência lógica do instituto da servidão administrativa. Aliás, a servidão por si própria traduz o poder de polícia estatal que, como visto, nada mais é do que a limitação de direitos individuais em razão do interesse da coletividade (grifo original).

Em conclusão, o Parecer da Consultoria Jurídica Adjunta ao Ministério da Defesa fixou importantes teses para atuação das Forças Armadas na área de 1.320 metros que circunda os quartelamentos, a saber: I) podem realizar as ações típicas de polícia administrativa, incidentes sobre bens, direitos ou atividades, como exemplos: patrulhamento, fiscalização de trânsito no perímetro da fortificação, com estabelecimento temporário de posições estáticas ao longo do seu itinerário, junto aos limites das instalações militares, bem como o bloqueio dos acessos ao quartel; II) é possível a condução de rondas externas (motorizadas e a pé) no perímetro da organização militar.

A Advocacia-Geral da União assinalou, ainda, que prover segurança pública à sociedade não constitui atribuição própria das Forças Armadas. Assim, o argumento de manutenção da ordem pública não enseja o dever legal de realizar prisões em flagrante nos crimes comuns, mesmo que ocorridos em áreas de servidão militar, excetuando quando se tratar de operações.

Sobre tais atos de restrição, é importante mencionar a Decisão proferida nos Embargos de Declaração na Ação Civil Pública 35189-30.2012.4.01.3500, que tramitou perante a 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Estado de Goiás, que reconheceu a incidência do Decreto-Lei 3.437/1941 para restringir a construção de imóveis nas áreas contíguas ao Comando de Operações Especiais localizado na capital goiana:

[...] obstar a expedição, pelo Município de Goiânia, de licenciamentos para novas construções nos imóveis limítrofes à área física do aquartelamento militar localizado no Jardim Guanabara (33 metros e 1.320 metros. cf. arts. 1º e 2º do DL 3.437/41 e art. 100, alínea 'a', do DL 9.760/46), sem a prévia autorização do Comando Militar da Brigada de Operações nesta Capital.

Igual entendimento adotou o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, desta feita atestando servidão militar lindeira ao estabelecimento militar jurisdicionado à Marinha do Brasil:

1. Trata-se de apelações cíveis interpostas pela União Federal e pelo Município de Vila Velha contra sentença proferida nos autos de ação civil pública ajuizada pela União Federal. Pretendia a União paralisar obras de construção do condomínio Reserva Aldeia Inhoá, em área limítrofe à EAMES, e impedir o Município de Vila Velha de autorizar, sem prévia anuência da Marinha, obras em locais contíguos a fortalezas, fortificações e construções militares.
2. O primeiro ponto sob discussão é saber se a EAMES estaria sujeita à legislação atinente às servidões militares – Decreto-Lei n. 3.437/41. A resposta é positiva. A lei, antes de tudo, protege a própria segurança dos civis, que poderiam vir a ser expostos a perigo, caso fossem feitas construções próximas a instituições militares, com risco, entre outros, de balas perdidas, devido a estande de tiros.
3. O DL n. 3.437/41 não foi revogado pelo DL n. 9.760/46, por tratarem de temas distintos. (TRF-2ª Região, Apelação Civil 0007197-89.2013.4.02.5001, DJe 12.05.2017). (grifo nosso).

As medidas de controle de trânsito nas áreas de servidão militar também tiveram sua legalidade atestada pelo Poder Judiciário:

1 – Entre as missões designadas para a Polícia do Exército, consta a imposição de normas, planos e ordens referentes ao controle de trânsito de civis e militares, vislumbrando-se o controle de circulação das vias públicas e patrulhamento de áreas militares. Há situações em que a Polícia do Exército realiza controle de trânsito, inclusive no que se refere à população civil transeunte, desde que se trate de área de servidão militar. Nos termos do art. 2º do Decreto-Lei nº 3.437/41, compreende-se que, numa área de 1.320 metros das fortificações, há uma série de limitações a construções e aforamentos, o que exprime existência de prerrogativas justificadas pelo primado da defesa nacional. Pareceres da Municipalidade de Campinas/SP, da EMDEC e de uma testemunha arrolada pelo apelante reforçam esse entendimento. (TRF-3ª, Apelação Cível - 0006622-16.2008.4.03.6105, DJE 24.06.2016). (grifo nosso).

A Corte Suprema, ainda que em sede de liminar em *Habeas Corpus*, atestou a recepção pela ordem constitucional vigente do Decreto-Lei 3.437/41 e, em um caso concreto, reconheceu a existência da servidão militar em área próxima a estabelecimento militar, condição apta a amparar a legalidade da intervenção da tropa no trânsito naquela localidade.

25. Acerca do instituto da servidão militar, regulamentado por meio do Decreto-Lei nº 3.437/1941, que dispõe sobre o aforamento de terrenos e a construção de edifícios em terrenos das fortificações, é possível concluir que o objetivo do legislador foi o de dar ampla

proteção jurídica aos bens públicos militares, evidenciando a necessidade de limitar novas construções ou concessões de terrenos em torno daquelas já existentes e pertencentes ao Poder Público.

26. Em que pese o referido Decreto-Lei dispor sobre a defesa da costa e utilizar o termo ‘fortificações’, é necessário realizar uma interpretação extensiva do referido termo, a fim de adequar tal instituto às necessidades gerais das Forças Armadas na proteção do patrimônio que lhe cabe. Portanto, assim como já disposto no Acórdão utilizado pelo juízo a quo, deve-se estender o sentido da expressão ‘fortificações’ para que também se contemple os demais estabelecimentos militares como objeto da proteção atribuída pelo Decreto-Lei.

27. Para tanto, o legislador editou o Decreto-Lei nº 9.760/1941, que dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências, e complementou a abrangência do regime de aforamento, acrescentando-lhe o termo ‘estabelecimentos militares’. [...]

29. Portanto, resta mais que comprovada a legalidade da atuação do Exército Brasileiro, uma vez que dentre as missões atribuídas às Forças Armadas compreende a busca da manutenção da segurança de suas Instituições, bem como daqueles que a integram e também das suas imediações, como forma de prevenção a ofensas à integridade de seus militares e do patrimônio militar que lhe é afetado. (STF – Medida Cautelar no *Habeas Corpus* 187.771, DJe 17.07.2020). (grifo nosso).

A depender da área de servidão militar, de acordo com a legislação pertinente ou, ainda, caso esta seja omissa em

estabelecer limites das áreas susceptíveis ao ônus real, deverá ser observado como espaço limite de atuação aquele necessário para guardar os aquartelamentos como sítios de segurança que são. Em regra, o marco extremo será os 1.320 metros que margeiam o estabelecimento militar (Decreto-Lei 3.437/1941). No entanto, nada impede que, desde que justificada a necessidade excepcional da imposição de gravame, ao menos em tese, possa ser ampliado tal espaço de servidão militar⁹.

3 O PODER DE POLÍCIA DAS FORÇAS ARMADAS NAS ÁREAS LINDEIRAS AOS QUARTÉIS

As Forças Armadas, órgãos da administração pública direta, são detentoras do poder de polícia judiciária militar, exercido tanto em tempo de paz como no de guerra, cujo objeto é a apuração de infrações penais castrenses. Da mesma forma, couberam às Forças Armadas determinados poderes administrativos que lhes foram delegados pelo próprio Estado no intuito de viabilizar a consecução de seu *múnus* constitucional, entre eles, o necessário ao exercício da polícia administrativa militar.

⁹BRASIL. Decreto-Lei 3.437. Dispõe sobre o aforamento de terrenos e a construção de edifícios em terrenos das fortificações.

Na expressão “poder de polícia” está compreendido o exercício do poder sobre as pessoas e as coisas, para atender ao interesse público. Estariam incluídas nesse conceito todas as restrições impostas aos indivíduos, em benefício do interesse coletivo, tal como saúde, ordem, segurança e, de modo mais intenso, os interesses econômicos e sociais.

A professora Odete Medauar¹⁰ ensina que em alguns ordenamentos jurídicos, como o francês, o poder de polícia recebe o nome de polícia administrativa, por conseguinte, tornou-se clássico distingui-lo da atividade de apoio judicial:

Em essência a polícia administrativa, ou poder de polícia, restringe o exercício de atividades lícitas, reconhecidas pelo ordenamento como direitos dos particulares, isolados ou em grupo. Diversamente, a polícia judiciária visa a impedir o exercício de atividades ilícitas, vedadas pelo ordenamento; a polícia judiciária auxilia o Estado e o Poder Judiciário na prevenção e repressão de delitos; e auxilia o Judiciário no cumprimento de suas sentenças (v. CF, art. 144, incisos e parágrafos).

Nas palavras do eminente professor José Cretella Júnior (2006, p. 3) a prerrogativa estatal, ora estudada, seria o instituto pelo qual o Estado de Direito de nossos dias assegura o tríplice

¹⁰MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 328.

objetivo do Estado, qual seja: a tranquilidade, a segurança e a salubridade do povo, mediante uma série de medidas traduzidas, na prática, pela ação policial sob a forma de poder de polícia.

Para Hely Lopes Meirelles essa expressão seria “a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”¹¹.

O poder de polícia tem como campo de atuação a liberdade e a propriedade. Seu exercício, em regra, não admite indenização, pois não elimina o direito em si, apenas determina a forma de exercê-lo. Tal privilégio estatal limita a regular fruição dos direitos individuais frente ao bem público. O fundamento da existência e do seu exercício é a garantia da efetividade do princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o particular. É a prevalência do poder de império da administração sobre a vontade dos administrados¹².

No ano de 1972, o ilustre professor Hely Lopes Meireles proferiu interessante conferência, na Escola Superior de Guerra,

¹¹MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p.115.

¹²CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo: Poder de Polícia e Polícia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. 5, pp. 9-26.

cujo tema foi “Poder de Polícia e Segurança Nacional”, na ocasião abordou as vertentes do poder-dever do Estado fazer uso do referido instituto, veja-se:

O Direito e o Dever de Autodefesa do Estado – A segurança nacional, na sua conceituação global, pode ser afetada pelas mais diversas atividades ou atuações do indivíduo ou de grupos, que consciente ou inconscientemente pratiquem atos ou incitem condutas prejudiciais ou adversas ao regime político-constitucional estabelecido e aos objetivos e aspirações nacionais. São condutas subversivas ou antinacionais, que merecem a contenção do Estado e a punição de seus autores em preservação dos direitos fundamentais dos cidadãos e dos superiores interesses da comunidade e da Nação¹³.

Naquela oportunidade, o mestre assinalou que a defesa da Pátria, a preservação das instituições, a proteção do cidadão e da coletividade é direito e dever do Estado. Alertou que nenhuma Nação pode sobreviver com independência, se não lhe for reconhecida a prerrogativa de defender, com o poder e pela força, se necessária, o seu território, o seu povo, o seu regime político e o seu sistema constitucional contra a violência das

¹³MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 61, n. 445, pp. 287-298, nov. 1972.

minorias inconformadas e o ataque das ideologias contrárias à ordem jurídica vigente.¹⁴

A atuação constitucional das Forças Armadas legitima o uso do poder de polícia, inclusive quando em defesa da ordem pública que, nos dizeres do saudoso professor Álvaro Lazzarini (1999, pp. 52-53), só pode ser de cunho nacional:

A noção de ordem pública só pode ser nacional. Ela, reconhecidamente, é por demais incerta, porque varia no tempo e no espaço, de um para outro país, ou até mesmo, em um determinado país de uma época para outra. [...] A noção obedece a um critério contingente, histórico e nacional. [...] a ordem pública é constituída por mínimo de condições essenciais a uma vida social conveniente, formando-lhes o fundamento à segurança dos bens e das pessoas, à salubridade e à tranqüilidade, revestindo, finalmente, aspectos econômicos (luta contra monopólios, açambarcamento e a carestia) e, ainda, estéticos (proteção de lugares e de monumentos). [...] é a ausência de desordem, de atos de violência contra as pessoas, os bens do próprio Estado.

A legitimação ordinária do uso do poder de polícia na atuação geral e comum das Forças Armadas é indiscutível, nessa vertente, oportuno socorro do adágio de “quem pode o mais, pode o menos”. Com efeito, o poder de polícia é atributo

¹⁴*Ibid.*, 1972, pp. 287-298.

específico de toda administração pública e, como tal, também da administração militar.

Como exemplo do emprego do poder de polícia inerente às instituições castrenses pode ser citado dever de atuação na limitação das atividades ou condutas dos particulares quando estas colocarem em risco as atividades militares direcionadas ao preparo de seus integrantes para suas atividades fins ou, ainda, caso tais condutas venham expor a riscos a própria segurança dos aquartelamentos.

O Poder de Polícia, como mecanismo de frenagem de direitos e liberdades individuais, influi na denominada expressão psico-social do Poder Nacional, do qual é função a Segurança Nacional.

Assim, o regular e eficiente exercício do Poder de Polícia deve ser aplaudido e incentivado pelo “Poder Público” e por todos os segmentos da sociedade brasileira, não só como fator de Segurança Pública, como também como fator preponderante de Segurança Nacional.

O Poder de Polícia, legitimando, como legitima, a atividade policial [e das Forças Armadas], a ação de polícia, importa na presente e premente necessidade básica da população sentir-se com segurança e bem estar, para que o homem possa processar as suas atividades no modo mais perfeito possível. Seguro, o homem pode trabalhar melhor, implicando a ordem no

progresso do Estado, tudo como exigência do bem comum¹⁵.

Os limites da atuação nesse mister decorrem da finalidade do ato e da própria lei, não integra a discricionariedade do administrador a escolha entre fazer ou não fazer uso do poder de polícia. Muito pelo contrário, sempre que determinada conduta ou atividade do particular exponha a perigo interesses públicos primários, como a segurança, deve o gestor lançar mão do uso desse instrumento para conter tal risco na exata medida do necessário para fazer cessar a ameaça.

No caso proposto no presente ensaio, como já dito exaustivamente, a atuação da administração militar no que tange ao exercício do poder de polícia nas áreas adjacentes aos quartelamentos tem respaldo na própria missão constitucional atribuída às Forças Armadas: a segurança externa e a defesa da lei e da ordem.

Nesse viés, exsurge a teoria dos poderes implícitos, segundo a qual, quando a Constituição atribui uma missão a um órgão, ela implicitamente estaria autorizando a utilização dos meios necessários à execução daquele fim. Notadamente, nesses termos estaria implícita a autorização constitucional do uso do

¹⁵LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 208.

poder de polícia pelas as Forças Armadas para atuar em prol da sua atividade fim. Por conseguinte, razoável concluir que o poder de polícia, nesse caso, seria instrumento do instrumento.

A concepção dos chamados poderes implícitos remonta ao ano de 1891, por força de construção jurisprudencial norte-americana, a qual afirma que além dos poderes expressos no texto constitucional, existem implícitos que, embora não constando taxativamente da Constituição, decorrem naturalmente dos atributos nela positivados, são instrumentais e necessários a sua efetivação.

A citada teoria encontra plena aplicação quando se trata de poder de polícia das Forças Armadas para impor medidas restritivas nas áreas que circundam os estabelecimentos militares, mesmo que tacitamente. Da interpretação sistemática do arranjo organizacional constitucional, extrai-se a legitimação para que as instituições militares possam atuar de diversas formas nesses espaços: expedindo licenças, autorizações, realizando controle de trânsito, restringindo a utilização de estacionamentos nas imediações dos quartéis, regulamentado as atividades civis e construções no raio de 1.320 metros após o término da área de suas fortificações, entre outras.

Nesse sentido, cabe citar excertos do Acórdão exarado pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

O acórdão embargado fez análise minuciosa de todo o iter procedimental que resultou na punição do embargante, bem como recorreu a análise exaustiva acerca da existência de servidão militar na Avenida Soldado Passarinho e, portanto, da competência da Polícia do Exército para fazer controle de tráfico. 4 - Embargos com indevido caráter infringente, os quais devem ser rejeitados. (TRF-3ª, Embargos - Apelação Cível - 0006622-16.2008.4.03.6105, DJe 15.12.2016). (grifo nosso).

Da opção do constituinte originário pela possibilidade do emprego das Forças Armadas na segurança e na defesa externa e, excepcionalmente, na interna, restou tracejado o perfil constitucional daquelas instituições. Como consequência lógica dos limites estabelecidos decorre a ordem aos comandantes militares para que mantenham suas tropas eficazmente adestradas e prontas para o efetivo e instantâneo emprego.

A atuação fim das forças militares não deve divorciar-se do objetivo maior: a persecução do bem-estar e da proteção da coletividade, assim do agente castrense é exigida a tutela máxima dessas instituições que, como partes integrantes do Estado, deverão prestar com eficiência o serviço público ao seu credor, no caso, a sociedade civil. A administração castrense

deverá caminhar sempre sobre os trilhos da supremacia do interesse público:

O sistema administrativo está arrimado em dois princípios básicos: a) supremacia do interesse público sobre o privado, e b) a indisponibilidade, pela Administração Pública, dos interesses públicos. A ereção deles à condição de pedras angulares de um sistema administrativo qualquer não decorre de mera opção política do legislador, mas da própria concepção de Estado: os responsáveis pela gestão e satisfação do interesse público e coletivo devem ser aparelhados de modo a se alcançar tal mister. Igualar o Poder Público ao particular e permitir ação livre daquele é arruinar irremediavelmente a noção de interesse público e bem comum que o direito sempre procurou resguardar¹⁶.

4 FUNDAMENTOS LEGAIS DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR

A Constituição da República, nos dizeres do saudoso mestre Pontes de Miranda, atribui o dever de defesa externa e interna a todos os brasileiros desde a Constituição do Império que, em seu art. 145, positivou aquele tributo: “Todos os brasileiros são obrigados a pegar em armas para sustentar a

¹⁶MORAES, José Diniz de. *Confissão de ente público: capacidade e indisponibilidade*. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*, n. 1, pp. 35-45, maio 1998.

independência e a integridade do Império, e defendê-lo dos seus inimigos externos ou internos”¹⁷. O Brasil desde suas primeiras Constituições adota o princípio da nação em armas do qual reverbera a natureza obrigatória do serviço militar.

Nos ensinamentos do ilustre autor, a Constituição de 1891, em seu art. 14, estatuiu que: “As forças de terra e mar são instituições nacionais e permanentes, destinadas à defesa da pátria no exterior e à manutenção das leis no interior. [...] e obrigadas a sustentar as instituições constitucionais”. Nessa esteira, sucessivamente, os textos constitucionais vêm reproduzindo a missão subsidiária das Forças Armadas até os dias atuais, como se denota do teor do art. 142 da Carta Magna de 1988.

Ora, tal mandamento onera, ainda que indiretamente, as instituições militares, considerando que cabe a elas o adestramento desses cidadãos no interior dos seus estabelecimentos. Da incumbência, extrai-se a indisponibilidade dos bens públicos, no caso os prédios onde funcionam os quartéis, afetados às Forças Armadas com finalidade específica de seu uso no cumprimento da missão constitucional aquilatada, nesse caso, no art. 143 da Constituição Federal de 1988.

¹⁷MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, tomo III, p. 383, 1967.

No intuito de regular o aproveitamento dessas áreas a elas jurisdicionadas, as instituições militares, assim como os demais órgãos da Administração Pública, poderão e deverão fazer uso do leque de poderes administrativos de que são detentoras.

Nesse viés, o ordenamento jurídico há de conferir ao agente público certas prerrogativas peculiares à sua qualificação como preposto do Estado, prerrogativas estas indispensáveis à consecução dos fins públicos traçados pela Constituição, resultando nos próprios poderes administrativos¹⁸. Entre os quais se encontra o poder de polícia.

Significativo o encarte legislativo que objetiva delimitar a servidão administrativa de interesse militar, ainda que não adotem expressamente aquela denominação. São exemplos de tais normas a Lei 6.634, de 2 de maio de 1979, e seu regulamento, o Decreto 85.064, de 26 de agosto de 1980, que dispõe sobre a faixa de fronteira; os Códigos das Águas e o Aeronáutico e o Decreto-Lei 3.437, de 17 de julho de 1941, que dispõem sobre aforamento e construções próximas a fortificações militares. O Código das Águas, Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934, estabelece servidão administrativa sobre os

¹⁸CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019. p. 105.

terrenos de marinha e outros que margeiam as correntes públicas de uso comum.

Em igual direção, o Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986, estabelece certas restrições à utilização das áreas próximas aos aeródromos, consoante o disposto nos seus arts. 43 e 44.

No entanto, o diploma legal que ora se reveste de maior importância para a servidão militar, certamente, é o veterano Decreto-Lei 3.437, de 17 de julho de 1941, que dispõe sobre o aforamento de terrenos e a construção de edifícios em terrenos das fortificações:

Considerando que a área indispensável à jurisdição e serviços de defesa do Ministério da Guerra, de conformidade com a nossa antiga legislação, tem por base as antigas medidas de 15 braças, em torno dos limbos exteriores dos velhos e novos fortes e a de 600 braças a contar dos ditos limbos exteriores, como servidão,

DECRETA:

Art. 1º. Na 1ª zona de 15 braças (33 metros) em torno das fortificações. Nenhum aforamento de terreno será concedido e nenhuma construção civil ou pública autorizada, considerando-se nulas as propriedades porventura existentes, sem ônus para o Estado.

Art. 2º. Na 2ª zona de 600 braças (1.320 metros) observar-se-á o seguinte:

a) nenhum novo aforamento de terreno será concedido;

- b) nenhuma construção ou reconstrução será permitida fora dos gabaritos determinados pelo Ministério da Guerra que poderá também promover a desapropriação do imóvel, se necessitar do terreno as obras da Organização da Defesa da Costa;
- c) qualquer construção ou reconstrução em andamento, ou já autorizada, será sustada, para cumprimento do disposto na letra anterior.¹⁹

Nos termos do disposto no art. 1º, há uma limitação total decorrente da servidão militar da utilização, seja por quem for, da área de 33 metros após o limite externo do quartel. A vedação recai inclusive sobre as propriedades já existentes. Da norma, extrai-se que a área de 33 metros que circunda o quartel seria o local serviente à instituição militar, da qual tem o domínio o estabelecimento militar por aquela área envolto, nesse tocante, a fortificação será chamada de prédio dominante.

Cabe assinalar que, no art. 2º do citado normativo, restou estabelecido um abrandamento da servidão militar positivada no artigo inaugural da lei, contemplando assim, a possibilidade de flexibilização da utilização do espaço serviente para a

¹⁹BRASIL. Decreto-Lei 3.437, de 17 de julho de 1941. Dispõe sobre o aforamento de terrenos e a construção de edifícios em terrenos das fortificações.

construção civil, desde que com a anuência das instituições militares.

Embora não tratem de servidão militar, é oportuno citar legislações que normatizam limitações de ordem administrativa ao exercício do direito real inerente à propriedade, à posse ou à detenção, a saber: o Decreto-Lei 4.812/42, que cuida da requisição de móveis e imóveis necessários às Forças Armadas e à defesa passiva da população; o Decreto-Lei 85.064/80, que regula transações de terras particulares na faixa 150 km ao longo da fronteira nacional; e a Lei 6.442/77, que disciplina o uso das áreas de proteção para o funcionamento das estações radiogoniométricas de alta frequência do Comando da Marinha. Como forma de proteção das propriedades da União jurisdicionadas às Forças Armadas, o Código Penal Militar deu guarida especial a esses imóveis e tipificou como crime militar a invasão de área sob Administração Militar, consoante o capitulado no art. 257, II.

Sob o prisma jurisprudencial, no ano de 2006, o Voto da relatoria do Desembargador Raldênio Bonifácio Costa, nos autos da Apelação Cível 1999.51.01001231-4 do TRF da 2ª Região, explorou com bastante habilidade a aplicação do instituto da servidão militar. Na oportunidade restou consignado

que, ao fiscalizar o trânsito nas ruas e avenidas das vilas militares, as Forças Armadas exercem sua atribuição constitucional de defesa do patrimônio que lhes é afetado, assegurando a proteção de seu pessoal e de transeuntes, evitando inclusive alegações de responsabilidade civil, uma vez que tais logradouros possuem a natureza jurídica de bens públicos federais, regularmente adquiridos, sujeitos à disciplina do instituto da servidão militar.

A Decisão paradigmática tornou-se o *leading case* sobre o emblemático tema:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. FORÇAS ARMADAS. ATRIBUIÇÕES. FISCALIZAÇÃO DO TRÂNSITO EM BENS PÚBLICOS FEDERAIS, OBJETO DE SERVIDÃO MILITAR. ART. 142, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR Nº 97/99. ART. 24, INC. V, DO CÓDIGO NACIONAL DE TRÂNSITO. RESOLUÇÃO SMTR N.º 842, DO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE TRÂNSITO. [...]

2- Todos os bens e direitos reais federais gozam da proteção constitucional, que deve ser argüida, na espécie, a favor da União, sendo lícita e de base constitucional qualquer atividade fiscalizatória ou de polícia administrativa das Forças Armadas, garantindo-se a segurança e a integridade dos Próprios Nacionais, das vias que os integram, atravessam ou são contíguas, dos funcionários e de transeuntes, no raio de

1.320,00 metros à volta dos estabelecimentos castrenses, decorrente do instituto da servidão militar.

3- É inequívoca a observância do papel das Forças Armadas, outorgado pelo art. 142 da Lei Maior e regulamentado pela Lei Complementar 97/99, bem como sua participação na ordem democrática, no âmbito de seu destino constitucional, estando plenamente integradas ao Poder Civil, nos projetos comuns de interesse da sociedade.

4- A força armada pode fazer policiamento ostensivo de trânsito na Área de Servidão Militar, pois essa atribuição integra o instituto e faz parte da defesa militar preventiva das instalações e equipamentos, à distância, não se ferindo, assim, a Resolução SMTR nº 842, do Secretário Municipal de Trânsito, nem tampouco se contrariando o dispositivo do inciso V, do artigo 24, do Código Nacional de Trânsito.

5- Apelação e remessa necessária parcialmente providas, reformando-se parcialmente a r. sentença a quo, para que a atuação da Força Armada só se verifique na forma e meios constitucionais, assegurando-se-lhe o exercício dos direitos decorrentes da Servidão Militar na área em questão, mantendo a distância de 1.320,00 metros externa e paralelamente aos limites dos Próprios Nacionais, inclusive na fiscalização do trânsito, garantindo a validade da Resolução SMTR nº 842, do Secretário Municipal de Trânsito, convalidando os atos administrativos praticados, garantindo-se, outrossim, a aplicação de sanções de trânsito pela Força Armada em outras áreas, temporariamente, quando em missões de segurança.²⁰

²⁰BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível. Relator: Desembargador Federal Raldênio Bonifácio Costa. *Diário da Justiça*, 1º nov. 2006, pp.190-192.

Consoante o já exaustivamente exposto, não apenas o instituto da servidão militar como também as demais limitações administrativas sobre o patrimônio dos particulares contam com amparo legal e com plena justificativa para sua incidência.

A salvaguarda das cercanias dos sítios castrenses objetiva otimizar o preparo para o eficiente emprego das tropas, revestindo-se, pois, em interesse público indisponível ancorado na própria soberania estatal.

As Forças Armadas, em decorrência do poder de polícia que legalmente detêm, estão autorizadas e deverão lançar mão dos institutos da servidão militar ou da limitação administrativa quando lhes for conveniente e oportuno, desde que em alinhamento com o interesse público. Sob pena de se assim não for, virem a ser responsabilizadas até mesmo pela omissão de seu dever constitucional.

Mesmo que assim não fosse, cabe assinalar que o Direito não é estanque, mas composto de unidade sistemática na qual uma de suas especialidades socorre-se da outra e assim se completa a ordem jurídica como um todo. O diálogo das fontes constitui valiosa ferramenta de aplicação do direito e deve ser incentivado em todos os seus ramos. Não poderia ser diferente no caso em estudo.

Como exemplo da interlocução entre direito administrativo e penal militar cabe mencionar o interessante voto proferido pelo Ministro Almirante de Esquadra Carlos Augusto de Sousa no Recurso em Sentido Estrito 152-85.2015.7.01.0201-RJ, julgado em 28 de abril de 2016, cuja ementa transcreve-se:

1. Recurso em Sentido Estrito contra a Decisão que rejeitou a denúncia, sob o fundamento de que as condutas criminosas não teriam ocorrido em área exclusivamente militar, e que, na ocasião dos fatos, os militares envolvidos não estariam a desempenhar função de natureza tipicamente militar.

2. Contudo, a toda evidência, a missão constitucional atribuída às Forças Armadas com vistas ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, na busca da manutenção da segurança da Instituição castrense, faz-se premente também nas imediações adjacentes aos quartelamentos. Além do que, a operação buscava resguardar a segurança das guarnições militares, com enfoque nos Jogos Olímpicos de 2016.

3. As Organizações Militares, ao fiscalizarem o trânsito nas ruas e avenidas nas proximidades do Batalhão, exercem sua atribuição constitucional de defesa do patrimônio que lhe é afetado, assegurando a proteção de seu pessoal e de transeuntes. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. (grifo nosso).

Como argumento o ilustre Magistrado aduziu que “a toda evidência, a missão constitucional atribuída às Forças Armadas com vistas ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, na busca da manutenção da segurança da Instituição castrense, faz-se premente também em suas imediações”. Mais adiante, endossou a manifestação do Ministério Público Militar e assinalou que “Além do mais, conforme muito bem arrazoadado pelo Ministério Público Militar, as Organizações Militares, ao fiscalizarem o trânsito nas ruas e avenidas nas proximidades do Batalhão, exercem sua atribuição constitucional de defesa do patrimônio que lhe é afetado, assegurando a proteção de seu pessoal e de transeuntes.”

O douto doutrinador Cícero Coimbra²¹, com foco na seara penal militar, ao abordar a temática conceitual de área sob administração militar, assevera que, para que assim seja considerada, deverá preencher três requisitos: 1) fixação ou amplitude; 2) disponibilidade pela administração militar; e 3) segurança. Tendo por base tais premissas construiu o seguinte conceito:

²¹NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 308-309.

Assim, na ausência de definições legais, propomos que lugar sob Administração Militar seja compreendido como aquele ambiente, senão fixo, ao menos amplo, sobre o qual a Administração Militar exerça domínio total ou preponderante e devidamente guarnecido com efetivo de segurança.

É oportuno destacar que a existência do gravame da servidão castrense sobre determinada área, pública ou particular, não significa, necessariamente, que esse local serviente será considerado área sob administração militar. Para que assim seja caracterizado, deverão esses sítios preencher os requisitos elencados pelo professor Cícero Coimbra, do contrário, serão apenas regiões de interesse militar.

O reconhecimento da servidão não possui o condão de inverter a posse ou o domínio ou a propriedade do bem. A relação estabelecida no instituto é apenas a imposição de certas sujeições entre o prédio ou local dominante e o serviente, em nada macula a titularidade daqueles direitos reais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A persuasão e a dissuasão, características marcantes das Forças Armadas, decorrem do somatório da força física de seus integrantes potencializada pelo emprego de armamentos letais que, na sua grande maioria, são de uso restrito à situação de guerra. A Constituição Federal, em seu art. 142, estabeleceu a missão das Forças Armadas, ocasião que também definiu algumas peculiaridades da profissão militar, no entanto delegou à lei complementar a atribuição de definir a sua organização, o seu preparo e o seu emprego.

De todo aparato legal extrai-se que as Forças Armadas são instituições advindas da vontade do povo por intermédio do poder constituinte originário. São integradas por agentes públicos que se submetem a uma sujeição especial estatal e se denominam militares. O rigor funcional se mostra, por exemplo, no compromisso solene por eles prestado de, até mesmo, abdicarem-se da própria vida em nome da defesa da Pátria.

O condicionamento físico e operacional dos militares resulta de rigorosos treinamentos realizados, em regra, com riscos à integridade corporal. Embora sejam considerados elevados para um servidor civil, para os militares são ônus

ordinários da profissão. Os quartéis são cenários naturais para esses adestramentos, no entanto, ainda que realizados dentro das regras de segurança, danos colaterais indesejáveis poderão acontecer, tanto para o pessoal militar quanto para os civis que circulam pelas áreas externa dos estabelecimentos castrenses. Por essa razão, os cuidados com a proteção desses espaços devem ser potencializados.

Em alguns casos, o aquartelamento pode estar localizado em área densamente urbanizada de grandes centros, ficando a fortificação submersa aos conglomerados de concreto e de transeuntes, desenho que dificulta sobremaneira a vigilância da área militar.

Não raras vezes essa proteção, para ser efetiva, requer intervenção por parte da tropa envolvida nas atividades exercidas nas chamadas áreas de segurança militar, ou seja, nos locais que circundam os aquartelamentos. Espaços que, embora não estejam sob a administração castrense, recai sobre eles interesse daquela natureza.

A pronta intervenção nesses sítios, exigida pelo direito constitucional e, de certa forma, repelida pelo particular que requer o seu direito de ir e vir no uso das ruas e calçadas próximas às organizações militares, desenha um natural conflito

de interesses entre a administração militar e a população urbana vizinha aos quartéis.

Tal confronto é característica peculiar do Estado Democrático de Direito que pressupõe o pluralismo de ideias personificadas na Carta Republicana. No caso, é reverberada no direito fundamental do particular em ir e vir, frente ao dever/direito do gestor militar proteger o bem público jurisdicionado à Instituição para consecução da missão constitucional.

A incidência da servidão militar e os limites das restrições impostas deverão ser aquilatados frente ao caso concreto, com a ponderação entre os interesses envolvidos com o escopo de se apurar qual deles terá maior influência e preponderância no momento fático.

As normas de direito administrativo, e, por vezes, algumas de direito civil, ao ingressarem na caserna deverão ser interpretadas conforme a Constituição, em alinhamento com os princípios fundamentais norteadores da atividade militar, quais sejam: a hierarquia, a disciplina, uso da força, proporcionalidade, especialidade, pronto emprego, entre outros. Indubitável que, para a efetiva segurança jurídica das ações

militares, as normas deverão sofrer interpretações com filtragem no direito operativo castrense.

Apenas ante a observância dessas regras básicas de hermenêutica é que se constrói um direito administrativo militar equânime, capaz de otimizar os instrumentos de estabilização constitucional, no caso as instituições militares. O modelo constitucional de 1988 comporta, perfeitamente, a coexistência das Forças Armadas como elementos de garantia do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 33. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2019.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo: Poder de Polícia e Polícia*. 2. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LAZZARINI, Álvaro. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Poder de polícia e segurança nacional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 445, nov. 1972, pp. 287-298.

_____, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MORAES, José Diniz de. Confissão de ente público: capacidade e indisponibilidade. *Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte*, n. 1, maio 199, pp. 35-45.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SPITZCOVSKY, Celso. *Direito administrativo esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

A Lei nº 13.967/19 e o seu impacto na prisão administrativa dos policiais e dos bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal

Fábio Costa Pereira

Procurador de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.
Presidente da Associação Brasileira dos Estudos da Inteligência e Contraineligência (ABEIC). Pós-graduado em Inteligência Estratégica (ESG) e Defesa Nacional (IDN/Portugal).

RESUMO: É o objetivo do presente artigo analisar as inovações trazidas ao mundo jurídico pela Lei nº 13.967/2019, que veda a prisão administrativa de policiais militares e bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal, sob o ponto de vista de sua constitucionalidade material e formal, em especial sob o prisma

da simetria de tratamento entre as forças militares, da violação dos princípios da hierarquia e da disciplina, bem como sob o aspecto do vício de origem em sua proposição. É o objetivo do artigo, ainda, analisar se a referida lei, caso superada a questão da constitucionalidade, tem aplicação imediata ou se encontra em período de *vacatio legis*.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Simetria. Hierarquia. Disciplina. *Vacatio legis*.

ENGLISH

TITLE: Law 13.967/19 and its Impact on the Administrative Arrest of Military Police Officers and Military Firefighters in the States and the Distrito Federal.

ABSTRACT: The aim of the present article is to analyze the innovations brought to the juridical world by the law number 13.967/2019, which prohibits the administrative detention of military police officers and military firefighters from the states and the Distrito Federal; considering its material and formal constitutionality, especially regarding the symmetry of treatment between the military forces, the violation of principles of

hierarchy and discipline, as well as the aspect of fundamental flaw in its proposition. It is also the goal of this article to analyze whether the referred law, in case the constitutionality issue is overcome, has immediate applicability or is in *vacatio legis* period.

KEYWORDS: Unconstitutionality. Symmetry. Hierarchy. Discipline. *Vacatio legis*.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Hierarquia e disciplina, os pilares da vida castrense – 3 Da constitucionalidade da Lei nº 13.967/19 – 4 Da *vacatio legis* – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Prender ou não prender administrativamente policiais e bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal? Esta se tornou a grande discussão que tomou conta dos meios acadêmicos e forenses em matéria de Direito Militar desde que a Lei nº 13.967, publicada em 26 de dezembro de 2019, entrou em

“vigência” (mais adiante explicarei o motivo pelo qual coloquei entre aspas).

A Lei, cujo projeto foi de iniciativa do Poder Executivo Federal, e aqui um ponto importante para o assentamento da argumentação que se seguirá neste estudo, em apenas quatro singelos artigos, buscou modificar importante parte do sistema de simetria adotado no país, tanto no que diz respeito às prerrogativas quanto às restrições havidas entre os integrantes das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares e os integrantes das Forças Armadas, estabelecido, inicialmente, no Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969¹ e, ao depois, na própria Constituição Federal².

Via modificação inaugurada pela nova lei, o sistema de simetria de tratamento dado aos integrantes das corporações militarizadas dos estados e do Distrito Federal com os das Forças Armadas sofreu severa mitigação, dando vezo a uma

¹ O Decreto-Lei nº 667/69, que reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos estados, dos territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências, em seu Capítulo VII que, dentre outros temas, trata das prerrogativas e deveres dos policiais militares, no artigo 25, letra b, dispõe que: “Art 25. Aplicam-se ao pessoal das Polícias Militares, b) as disposições constitucionais relativas às garantias, vantagens prerrogativas e deveres, bem como tôdas as restrições ali expressas, ressalvado o exercício de cargos de interesse policial assim definidos em legislação própria.” Dessa forma, estabeleceu o Decreto-Lei a simetria de tratamento, tanto em prerrogativas quanto deveres, entre militares das policias e das Forças Armadas.

² Art. 42, § 1º, da CF.

injustificada exceção que, depois de efetivamente implementada, poderá abrir espaço a muitas outras, inclusive o da própria desmilitarização daquelas instituições.

Segundo o quanto disciplinado na referida Lei, que buscou alterar o artigo 18 do Decreto-Lei nº 667/69, a aplicação da pena de prisão disciplinar, a partir da sua publicação, no caso dos policiais militares e dos corpos de bombeiros militares dos estados, dos territórios e do Distrito Federal, passou a ser vedada (item VII), sendo mantida, tão somente, para os integrantes das Forças Armadas. É o que dá a entender o artigo 4º da Lei ao referir que ela entraria em vigor na data de sua publicação³.

Muito embora singela a legislação ora analisada em termos de seu tamanho e da matéria abrangida, as questões controvertidas que dela emergem superam a simples vedação da prisão de policiais e bombeiros militares por uma Lei Federal, apresentado multifacetados aspectos que merecem uma apreciação mais parcimoniosa e arguta.

Poderia o leitor menos atento, em uma rápida leitura do texto legal, crer que a prisão administrativa, no Brasil, para os integrantes das forças auxiliares do Exército, por força do novo comando normativo, terminou.

³Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Há que se considerar, no contexto da discussão, antes da formação de um juízo tão assertivo, alguns elementos que são fundamentais, a saber:

- a) a afetação dos alicerces da hierarquia e da disciplina no qual se assenta a vida castrense;
- b) a inconstitucionalidade da Lei por sua incoerência sistêmica; por violação da simetria e da isonomia de tratamento que deve ser dada aos integrantes das Forças Armadas e de suas Forças Auxiliares; e por violação da competência para legislar sobre matéria que diga respeito à disciplina e à hierarquia, em sentido estrito, no contexto das polícias e dos corpos de bombeiros militares estaduais e do Distrito Federal;
- c) a questão da *vacatio legis* estabelecida e violada pela própria lei.

Diante de tão intrincado panorama, é o objetivo do presente artigo trazer à luz do debate outros argumentos que demonstrem que, apesar do texto legal, a prisão administrativa de policiais e bombeiros militares, no Brasil, com a publicação da Lei nº 13.967/2019, não encontrou o seu termo final.

2 HIERARQUIA E DISCIPLINA, OS PILARES DA VIDA CASTRENSE

A alteração proposta pela Lei não diz respeito a ponto de somenos importância dentro do contexto castrense, bem como não se trata, pura e simplesmente, de mera restrição ao poder punitivo estatal, retirando-se uma forma de penalidade e preservando-se as demais.

A vedação à prisão administrativa de policiais e bombeiros militares diz respeito, em realidade, às próprias bases da estrutura castrense, que orienta os órgãos e as instituições militares, e se sustenta em dois alicerces fundamentais, a hierarquia e a disciplina (art. 42 da CF)⁴.

Não se pode pensar no funcionamento da atividade militar sem que a hierarquia, que é o espírito de acatamento à sequência de autoridade; e a disciplina, que é rigorosa observância e o acatamento integral das leis (art. 14, Incisos I e II, do Estatuto dos Militares – Lei n.º 6.880/80)⁵, estejam presentes.

⁴ Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos estados, do Distrito Federal e dos territórios. (grifos apostos).

⁵ **Art. 14.** *A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.*

Os conceitos de hierarquia e disciplina, nesse sentido, são indissociáveis da noção de punição administrativa. As ordens e os regramentos ínsitos à atividade militar devem ser cumpridos sem que sejam discutidos ou interpretados (MARTINS, 2000) e, ao seu não cumprimento, deve corresponder a devida punição, certa em sua incidência e na medida da gravidade do ilícito cometido.

As punições administrativas, em especial a prisão, são as ameaças críveis⁶ alcançadas pelo legislador à autoridade administrativa para neutralizar a prática de atos desviantes por

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. § 3º *A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.* (grifos nossos)

⁶ O conceito de ameaça crível foi introduzido na Teoria dos Jogos por Thomas Scheeling, a partir de suas observações acerca do comportamento dos Estados Unidos e União Soviética que, durante a Guerra Fria, estabeleceram o chamado *balance of power* baseado no poderio nuclear e concreta ameaça de aniquilação mútua. Crível é a ameaça, portanto, que traz consigo a carga de certeza de sua concretização no caso das condicionantes em que baseada se confirmarem. Este é a hipótese das punições administrativas, cuja incidência é certa quando militares quebram os princípios da hierarquia e da disciplina.

parte de integrantes das forças militares, prevenindo-os ou dissuadindo a sua replicação ou reiteração.

Tamanha é a importância da observância da hierarquia e da disciplina dentro do contexto militar, que todas as constituições brasileiras, desde a independência do País, ocuparam-se em referenciar tais fundamentos, porquanto impensável que milhares de homens em armas, sejam eles militares das forças armadas ou das forças auxiliares do Exército, não estejam submetidos a severos estatutos de regência que regulem as suas condutas. A rígida preservação da hierarquia e da disciplina, portanto, são salvaguardas da própria sociedade.

Como ensina Adriano Marreiros (2020, p. 34), é necessário se garantir a subordinação das forças militares estatais para se evitar que elas se voltem contra o povo e os seus representantes, isso através da estrita observância e acatamento das leis e regulamentos, “o que é a própria definição de disciplina”.

Não fluindo, no universo militar, a disciplina e o cumprimento da cadeia de comando, em uma relação de conformidade com as instruções, regulamentos e normas a cumprir, há de haver a inexorável incidência da punição àquele

que não acatou a ordem. Advogar-se em contrário seria perturbador (MIRANDA, 1968).

A hierarquia e a disciplina, mais além do que conceitos vazios, são fundamentos que devem permear toda a vida dos militares da ativa, da reserva remunerada e dos reformados, constituindo-se nos eixos estruturantes da atividade militar, diferenciando esta, sobremaneira, da desempenhada pelos servidores públicos civis. Motivo pelo qual o estatuto de regência das carreiras militares é singular, bem como são diferenciadas as suas regras de aposentação (reserva remunerada ou reforma), porquanto reconhecidas, pelo legislador, as peculiaridades e as dificuldades próprias dessas carreiras.

O ganhador do Prêmio Nobel de Economia (1992), Gary Stanley Becker, em seu seminal artigo “*Crime and Punishment: An Economic Approach*” (1968), afirma que o agente, antes de cometer dado ilícito, sopesa os custos ínsitos a sua prática e os benefícios que, através deste ato, obterá. Se os custos forem maiores do que os benefícios, a prática do ilícito, pelo agente, em princípio, será evitada. De outro lado, se os benefícios forem maiores do que os custos, o caminho à prática do ilícito estará aberto.

Segundo Becker (1968), na fórmula por ele deduzida no referido artigo, se o ganho do crime, ou a utilidade esperada pelo agente com a sua prática, for maior do que a de ser pego; se os conseqüências econômicas resultantes da prática da ação forem inferiores à utilidade esperada (que pode ser imaterial, inclusive “status” e poder); e se o tempo de encarceramento não inviabilizar o efetivo aproveitamento da utilidade esperada, o ilícito será realizado por aquele que se decidiu a tal. Sinteticamente, esta é a tradução do pensamento de Becker que lhe levou ao Nobel de Economia, $g > p(f + \text{£} \cdot t)$, onde **G**, **P**, **F**, **£** e **T** significam:

- **G** = ganho do crime
- **P** = probabilidade de ser pego
- **F** = custo pecuniário (multa e outros conseqüências)
- **£** = *desutilidade* adquirida em face do tempo de encarceramento
- **T** = tempo de aprisionamento

No mesmo sentido que Becker, dentre muitos outros, Derek B. Cornish e Ronald V. Clark (1986) sustentam que aqueles que agem contra as leis se valem da racionalidade para elegerem os meios através dos quais cometerão o ilícito, bem como os seus alvos.

Ao comentar a obra de Becker, Luiz Tadeu Viapiana diz que: “*O modelo proposto por Becker tem como pressuposto que os indivíduos realizam escolhas que são concebidas como racionais, ou seja, que respondem a determinados incentivos e condições*” (p. 37). Diz ainda, o mesmo autor, que o agente decidirá entre a prática ou não do crime se a utilidade esperada através da prática deste for maior do que a utilidade esperada no uso do tempo e recursos em outra atividade de natureza lícita, o chamado *custo de oportunidade* (p. 38).

Dentro do contexto da neutralização do agir criminoso, tanto em termos de prevenção quanto dissuasão, ao Estado cabe papel de protagonismo. Deve ele, à prática do ilícito, impor barreiras a sua consecução; criar mecanismos de investigação e do desvelamento da autoria por parte daqueles que o praticaram; estruturar-se para processar e julgar com efetividade os que cometeram ilícitos; e, finalmente, impor a justa sanção na medida da gravidade do ilícito cometido.

A prisão administrativa, dentro do sistema punitivo militar, enquanto retribuição ao ilícito administrativo praticado que o é, constitui-se em fundamental salvaguarda aos princípios da hierarquia e da disciplina, pois, por sua gravidade e certeza de incidência, é um efetivo mecanismo de neutralização de

possíveis condutas desviantes, ao aumentar os custos da ação ilícita. Trata-se a prisão administrativa, sob esse prisma, de grande *custo de oportunidade* àquele que não quer seguir as ordens, as normas e os regulamentos, sendo-lhe mais conveniente, sob o aspecto racional, haver-se em conformidade com as regras.

Ao se retirar do sistema punitivo militar a referida sanção, este resulta fragilizado, diminuindo-se os custos ao cometimento de ilícitos. Por esse motivo, desde o princípio, foi afirmado que a supressão da prisão administrativa fere, mortalmente, os pilares nos quais se assenta toda a vida castrense, a hierarquia e a disciplina.

Tão importantes são os já citados alicerces para o adequado desempenho da missão militar, que a Constituição Federal, em seu artigo o artigo 5º, inciso LXI, que trata de direitos fundamentais e garantias individuais, reconhece a indispensabilidade da prisão administrativa ao excepcioná-la como hipótese de privação de liberdade independentemente do estado de flagrância ou de ordem emitida por autoridade judicial competente. Diz o 5º, inciso LXI, da CF que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos

casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (grifos nossos).

Nem mesmo o remédio heroico previsto no inciso LXVII do artigo 5º da CF, o *habeas corpus*, instrumento defensivo de suma importância em matéria de preservação da liberdade contra a ameaça de violência ou coação que importe na restrição do direito de ir e vir por conta de ilegalidade ou abuso de poder, é admitido para remediar a prisão administrativa ou outras punições disciplinares, a teor do quanto insculpido no § 2º do artigo 142 da CF⁷.

O comando constitucional, portanto, prevê, expressamente, para a preservação dos já referidos pilares, a possibilidade de prisão disciplinar administrativa nos casos de transgressão militar, não podendo a norma infraconstitucional, por esse motivo, vedar a sua incidência.

3 DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.967/19

Dentro de um universo normativo, nenhuma lei ou comando legal *lato sensu* considerado, não importando a sua origem, nele se insere ou pode ser inserido sem que sejam

⁷ Art. 142 CF: § 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

respeitadas as normas que regem o sistema ao qual se pretende a sua integração.

Isso equivale a dizer que todo e qualquer comando legal deve-se sujeitar à hierarquia entre as normas desse sistema e a sua coerência interna de funcionamento, tendo sempre a Constituição Federal como norte a ser seguido.

A violação desse princípio básico importa em uma relação de contradição entre a lei singularmente considerada e a Lei Maior, a incompatibilidade vertical⁸, resultando na inconstitucionalidade, em sentido material ou formal⁹, daquela. No caso da Lei nº 13.967/19, a sua inconstitucionalidade, em ambos os aspectos, é por demais evidente.

A teor do parágrafo 6º do artigo 144 da Constituição Federal, que trata da Segurança Pública enquanto dever do Estado e direito e responsabilidade de todos, as polícias e os corpos de bombeiros militares, ainda que considerados como forças auxiliares do Exército, subordinam-se, de modo direto,

⁸ A compatibilidade vertical, segundo José Afonso da Silva (2009, p. 538), cuida-se da compatibilidade das normas da: "[...] *ordenação jurídica do país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as de grau superior*".

⁹ A inconstitucionalidade material diz respeito ao conteúdo da lei, de sua adequação ao sistema no qual inserido e à CF. A inconstitucionalidade formal, ao seu turno, diz respeito à observância do processo legislativo, inclusive a própria iniciativa de proposição da lei.

aos Governadores dos estados e do Distrito Federal, e não ao Presidente da República¹⁰.

Isso equivale a dizer que toda e qualquer iniciativa de proposição de medida legislativa que diga respeito à organização específica das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares estaduais e do Distrito Federal, mormente àquelas atinentes a sua organização sistêmica interna e punitiva, incumbe, de forma exclusiva, aos governadores das unidades federativas nas quais inseridas aquelas corporações militares.

No ponto, sobre a matéria, a CF, em seu artigo 42, parágrafo 3º, é muito clara, ao estabelecer que caberá à lei estadual dispor sobre a organicidade de funcionamento interno e administrativo das forças militares auxiliares do Exército¹¹.

¹⁰ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

¹¹ Art. 42 da CF Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (grifos nossos)

Cabe à União legislar, tão somente, acerca das normas gerais que informam as polícias e corpos de bombeiros militares (art. 22, XXI, da CF)¹². No específico, de outro lado, como visto, a competência foi afetada, pelo constituinte, aos estados.

As normas gerais, conforme o magistério de Paulo Carmona (2010), destinam-se a estabelecer apenas princípios, diretrizes, fundamentos e critérios básicos a serem seguidos pelos entes federativos, não sendo dado à União, no estabelecimento dessas normas, a violação da autonomia daqueles e a regulação transversa de atividade que não é de sua competência, tal como ocorrente na hipótese da Lei nº 13.967/2019.

Assim agindo, a União Federal violou a regra de repartição de competências entre os entes federativos insculpida no artigo 42, § 1º, combinado com o artigo 142, § 3º, inciso X¹³,

¹² Art. 22 CF: XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação, mobilização, inatividades e pensões das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares.

¹³ 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. § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade.

ambos da Constituição Federal, padecendo a lei, sob este aspecto, de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa.

Revela notar que na CF, em seu Título III, que trata da Organização do Estado, em seu Capítulo I, artigo 24, inciso XVI, encontra-se a competência concorrente entre União, os estados e o Distrito Federal para legislarem sobre a organização interna, garantias, direitos e deveres no tocante às polícias civis; não há qualquer referência às polícias e corpos de bombeiros militares, porquanto, como já referido, essa competência, no particular, é exclusiva dos Estados e, mais propriamente, dos seus governadores¹⁴.

O artigo 23, inciso XIV, da CF, por sua vez, que trata das matérias de competência exclusiva da União Federal, confere o poder a esta para, e tão somente, organizar e manter, sob a lógica do funcionamento específico e interno, a polícia e o corpo de bombeiro militar do Distrito Federal, nada é mencionado sobre essas instituições no âmbito dos estados¹⁵.

os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

¹⁴ Art. 24 CF: XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

¹⁵ Art.23 CF: XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia penal, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como

Em matéria de competência legislativa, como se sabe, a Constituição Federal, acerca dos poderes e limites de iniciativa da União, é taxativa. Nas hipóteses não expressamente contempladas ou vedadas constitucionalmente, cabe aos demais entes federativos a competência para tal. É o que se extrai da leitura do artigo 25, § 1º, da CF.¹⁶

Por esses motivos, ao mesmo tempo em que a Constituição subordinou as polícias e corpos de bombeiros militares aos governadores dos estados, não facultou, em momento algum, à União imiscuir-se, no específico, na organização interna daquelas instituições estaduais.

Nesse sentido, é forçoso considerar que o disciplinamento do grau e da extensão das medidas punitivas administrativas aplicáveis às forças auxiliares do Exército, desde que não incompatíveis com o comando constitucional, cabe, exclusivamente, aos estados.

Não poderia, como o fez, o Poder Executivo Federal, por vício de origem, encaminhar projeto de lei para alterar

prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.

¹⁶ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

comando normativo acerca de matéria que não era de sua competência. A inconstitucionalidade da lei, portanto, mostra-se por demais evidente.

O Supremo Tribunal Federal, nomeadamente nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) n^os 2.587 (2004) e 5.103 (2018), respectivamente da relatoria dos Ministros Ayres Brito e Alexandre de Moraes, muito embora aquelas ADIs tivessem como objeto questões relativas à estruturação das polícias civis dos estados de Goiás e de Rondônia, ao analisar o artigo 144, § 6^o, da CF e a sua extensão, foi claro ao afirmar que as polícias estaduais se subordinam ao Chefe do Poder Executivo das respectivas unidades federativas, inclusive no que se refere à sua organização e estruturação.

O Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto na ADI n^o 5.103, chegou a afirmar que:

Para o bem ou para o mal o modelo formatado pelo texto constitucional atribui ao gestor máximo do Poder Executivo local a prerrogativa (e a correspectiva responsabilidade) pela estruturação dos órgãos locais de Segurança Pública, pelo seu planejamento operacional e também pelo grau de prioridade que os programas e ações governamentais a ela

relacionados devam ter dentro do esquadro orçamentário [...] (STF, 2018)¹⁷.

Dessa forma, é forçoso considerar que qualquer invasão na autonomia administrativa afeta aos Poderes Executivos estaduais e do Distrito Federal, mesmo que feita pela União, resulta em inarredável inconstitucionalidade.

A Lei nº 13.967/19, ao atentar contra a organicidade interna das instituições militares, esta prevista na Constituição Federal, quebrando, inclusive, a simetria de tratamento que deve ser dado aos integrantes das Forças Armadas e das polícias e corpos de bombeiros militares, em afronta ao artigo 5º, *caput*, da CF¹⁸, que prevê o princípio da igualdade, de tratamento isonômico aos iguais, incorreu em inconstitucionalidade de natureza material.

¹⁷ Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768152460/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-5103-rr-roraima-9957991-7020141000000/inteiro-teor-768152470?ref=serp>. Acesso em: 11 ago. 2020.

¹⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

4 DA VACATIO LEGIS

Por derradeiro, como já referido no início deste artigo, a Lei nº 13.967/2019, em que pese singela em termos de temas abordados e extensão, prestou-se e presta-se a inúmeros debates e discussões.

Muito embora dê a entender a Lei, em seu artigo 4º, que entraria em vigor na data de sua publicação, a disposição contida no art. 3º¹⁹ versa em sentido contrário, disciplinando, de modo expresso, a necessidade de observância do período de *vacatio legis*, por 12 meses, por parte dos estados e do Distrito Federal para a regulamentação e a implementação da classificação das transgressões disciplinares, das normas pertinentes às sanções disciplinares, do processo administrativo disciplinar e do funcionamento do Conselho de Ética e Disciplina Militar. Nesse sentido, como a prisão vergastada em Lei é de natureza administrativa por excelência, enquadra-se ela no período de *vacatio* disciplinado no artigo 3º.

Sobre o tema, manifestou-se a Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Maranhão:

¹⁹ Art. 3º Os Estados e o Distrito Federal têm o prazo de doze meses para regulamentar e implementar esta Lei.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. ART. 142, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CABIMENTO. DESERÇÃO. PRISÃO. PREVISÃO NOS ARTS. 252 E 253 DO CPPM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 1. A Constituição Federal consagra em seu art. 142 § 2º restrição objetiva que inviabiliza a impetração de habeas corpus, quando se trata de punição disciplinar, cujo mérito é da competência exclusiva da autoridade militar. No entanto, esta restrição é absoluta tão somente quanto ao mérito da punição disciplinar, não atingindo as formalidades e os aspectos extrínsecos de que se reveste a punição, cabendo sim ao Judiciário o exame e a avaliação da legitimidade formal do ato. 2. O desertor está sujeito às normas administrativas e penais militares, posto que o art. 452 do CPPM é claro ao prever que o Termo de Deserção sujeita o desertor, desde logo, a prisão. Com efeito, a própria paciente alega que a sua licença para tratamento de saúde foi revogada pela Administração Militar, e que não atendeu à convocação para apresentar-se, em seguida, ao Comando Geral da PMMA. 3. Embora a Lei nº 13.967/2019 tenha entrado em vigor na data de sua publicação, a mesma não produzirá todos os seus efeitos até que seja elaborado, no prazo de 12 (doze) meses, os Códigos de Ética e Disciplina dos Estados e do Distrito Federal. 4. Ordem denegada. Unanimidade. (TJMA, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, HABEAS CORPUS N.º 0812121-13.2019.8.10.0000, RELATOR: DESEMBARGADOR JOSÉ DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO, j. 02/03/2020). (grifo nosso)

Por esses motivos, inegável que, ainda que constitucional fosse a Lei, e não o é, estaria ela no período de vacância, pelo que o fim da prisão administrativa dar-se-ia, tão somente, no final do mês de dezembro de 2020, doze meses após a sua publicação.

5 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.967/19, de iniciativa do Poder Executivo Federal, apesar de seus poucos artigos, trouxe ao cenário jurídico nacional intrincadas discussões. Ao pretender terminar com a prisão administrativa até então aplicável aos policiais militares e corpos de bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal, afetou, diretamente, os pilares em que toda a vida castrense se assenta, a hierarquia e a disciplina.

Sem a hierarquia e a disciplina, cumpridas não somente pelo senso de dever, mas, e de igual forma, pela rígida legislação militar que prevê punições em caso de sua não observância, não há como se manter coesos e obedientes milhares de homens em armas, em prejuízo de toda a sociedade.

Referida legislação, ao retirar do rol de punições a mais crível de todas as ameaças postas à disposição do administrador

público, a prisão administrativa, isto em caso do não cumprimento dos deveres inerentes à hierarquia e à disciplina por parte dos integrantes das forças auxiliares do Exército, fragilizou todo o sistema punitivo.

Não fosse somente isso, a legislação analisada, ao vedar a possibilidade de prisão apenas para as polícias militares e corpos de bombeiros militares das unidades federativas, mantendo-a hígida para os integrantes das Forças Armadas, feriu de morte a simetria que deve ser preservada entre estas instituições de natureza militar e o princípio da igualdade constitucionalmente estatuído, tratando desigual aqueles que igualmente deveriam ser tratados.

A piorar o cenário, ampliando o panorama de inconstitucionalidade inaugurado pela lei, primeiramente material como visto, a União Federal, ao se imiscuir em matéria que deveria ser regulada pelos estados, por vício de origem, fez com que esta, sob o aspecto formal, inconstitucional também o fosse.

Por derradeiro, ainda que superados os aspectos inconstitucionais da Lei nº 13.967/2019, o que não é possível pelos inúmeros vícios que ela traz consigo desde a sua origem, não se pode deixar de referir que, por suas regras estarem

abrangidas pelo período de *vacatio legis* de doze meses, previsto em seu artigo 4º, a sua vigência apenas começará em 26 de dezembro de 2020.

Com efeito, a “problemática” Lei analisada ao longo deste artigo, em razão de sua inconstitucionalidade material e formal, não colocou um ponto final na prisão administrativa dos policiais militares e corpos de bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal.

REFERÊNCIAS

BASTOS, CELSO RIBEIRO; MARTINS, Ives Granda. *Comentários à Constituição do Brasil*. 5. vol. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECKER, G. Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, pp. 169-217, 1968.

BRASIL. Decreto-Lei nº 667, publicado em 2 de julho de 1969.

_____. Lei n.º 6.880 (ESTATUTO DOS MILITARES), publicada em 09 de dezembro de 1980.

_____ Lei nº 13.967, publicada em 26 de dezembro de 2019.

CARMONA, PAULO AFONSO CAVICHIOLI. *Das normas gerais: alcance extensão da competência legislativa concorrente*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL de 1988. (2001). [Coleção Saraiva de Legislação]. (21. ed.). São Paulo: Saraiva.

CORNISH, D. e CLARCK, R. *The Reasoning Criminal*. New York: Springer-Verlag, 1986.

PONTES DE MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo V. (arts. 150, §2.º – a 156). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, JOSÉ AFONSO. *Comentário Contextual à Constituição Federal*, 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Constituição Federal e o Supremo*. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

VIAPIANA, TADEU LUIZ. *Economia do Crime, Uma Explicação Para a Formação do Criminoso*. Porto Alegre: AGE editores, 2006.

A vanguarda do CPM/69 na definição dos crimes omissivos impróprios

Bruno Cortez Castelo Branco

Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) em Curitiba. Professor do Instituto Superior do Litoral do Paraná (ISULPAR). Advogado.

RESUMO: O presente trabalho acadêmico perfaz uma análise das principais abordagens teóricas acerca do conceito de omissão no direito penal militar e, por conseguinte, da estruturação da responsabilidade criminal do sujeito que ocupa a posição de garantidor nos denominados crimes omissivos impróprios, comissivos por omissão ou omissivos qualificados. Partindo-se da “teoria da garantia” (*Garantenlehre*), adotada de forma inovadora pelo CPM de 1969 e que veio a preencher a omissão quanto a essa classe de tipos na antiga Parte Geral causalista do Código Penal comum de 1940 – tão somente

suprida com sua Reforma em 1984 –, apresenta-se em sequência a teoria das funções (*Funktionenlehre*), que opera uma interessante distinção entre o “garante com função de vigilância ou controle” e o “garante com função de proteção”, fechando-se o percurso dogmático com os subsídios da filosofia da linguagem, a qual assinala a semelhança entre ação e omissão enquanto “formações de sentido” socialmente relevantes, superando assim uma concepção meramente mecanicista do agir.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Omissivos impróprios. CPM/69. Código Penal Comum.

ENGLISH

TITLE: The Vanguard of the Military Penal Code from 1969 in the Definition of Inappropriate Omissive Crimes.

ABSTRACT: This paper analyzes the main theoretical approaches to the concept of omission in military criminal law and, consequently, of the structuring of criminal responsibility of the subject who occupies the position of guarantor in the so-called improper omissive crimes, commissioners for omission or

qualified omissions. Starting from the “guarantee theory” (*Garantenlehre*), adopted innovatively by the CPM in 1969 and which came to fill the omission regarding this type class in the former causal General Part of the common Penal Code of 1940 - only supplied with his Reform in 1984 -, the theory of functions (*Funktionenlehre*) is presented in sequence, which operates an interesting distinction between the “guarantor with the function of surveillance or control” and the “guarantor with the function of protection”, closing the path dogmatic with the subsidies of the philosophy of language, which points out the similarity between action and omission as socially relevant “meaning formations”, thus overcoming a merely mechanistic conception of acting.

KEYWORDS: Inappropriate omissive crimes. The military penal code from 1969. Common penal code.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A teoria da garantia (*Garantenlehre*) no Código Penal Militar – 3 Análise tópica – 3.1 Obrigação de cuidado, proteção ou vigilância – 3.2 Quem, de outra forma,

assumiu a responsabilidade de impedir o resultado – 3.3 Criação de risco não permitido com ato anterior – 4 A teoria das funções (*Funktionenlehre*) de Armin Kaufmann – 5 A teoria significativa da ação de Vives Antón e a “semântico do uso” – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina usualmente associa a *omissão própria* a um dever de agir expresso no tipo penal (*tipicidade direta*), mas sem a previsão de um resultado naturalístico – se o capitão de fragata que comanda navio é o primeiro a sair de bordo após sinistro, deixando à própria sorte os seus tripulantes, o delito de omissão de providências para salvar comandados (artigo do 200 do CPM¹) se aperfeiçoará, embora todos venham a sair ilesos (e, portanto, nenhum resultado naturalístico se verifique), por expressa violação do dever militar de proteção a bem jurídico.

¹ CPM, Art. 200. *Deixar o comandante, em ocasião de incêndio, naufrágio, encalhe, colisão, ou outro perigo semelhante, de tomar tôdas as providências adequadas para salvar os seus comandados e minorar as conseqüências do sinistro, não sendo o último a sair de bordo ou a deixar a aeronave ou o quartel ou sede militar sob seu comando: Pena - reclusão, de dois a seis anos.*

Lado outro, no crime *omissivo impróprio* há um dever de agir que não procede diretamente de um tipo penal da parte especial, mas de uma norma de extensão (*tipicidade indireta*), tal qual ocorre no crime tentado (art. 30, II, CPM), no concurso de pessoas (art. 53, CPM) e nos crimes circunstancialmente militares (que, estabelecidos ou não no Código Penal Militar, requerem a incidência de determinados fatos geradores especificados nos incisos II ou III do seu artigo 9º).

Passa-se, a seguir, à análise das concepções teóricas mais relevantes sobre a omissão imprópria no direito penal comum e militar, destacando-se a teoria da garantia, a teoria das funções e a teoria significativa da ação, colhendo-se, no decorrer da exposição, alguns casos da doutrina e jurisprudência.

2 A TEORIA DA GARANTIA (*GARANTENLEHRE*) NO CÓDIGO PENAL MILITAR

Nas linhas de JUAREZ TAVARES, a construção hermenêutica do sentido do crime omissivo toma por referencial basilar a valoração de determinados deveres, destacando-se o de “garantidor, imposto pessoalmente ao sujeito, segundo suas relações de proteção a determinados bens jurídicos”, o “de

responsabilidade por determinadas fontes de perigo” e ainda o de “dever geral de assistência”².

Dá-se, na omissão imprópria, uma combinação entre uma norma mandamental (dever de agir do garantidor) e uma norma proibitiva comissiva (“matar alguém”, por exemplo), o que leva FERNANDO GALVÃO³ a rotulá-la de “omissão qualificada”.

Como, para o *sistema causalista*, a relação de causalidade nos delitos omissivos é meramente *hipotética*, porquanto ausente qualquer movimento corporal (como um nada poderia causar um resultado?), juristas de matriz positivista (como Feuerbach) inicialmente associaram a essa causalidade hipotética uma obrigação de agir derivada da *lei* ou do *contrato*, aos quais se acresceu posteriormente a *ingerência* (criação de um risco anterior ao bem jurídico).⁴

Insta observar que o Código Penal de 1940, adepto desta engenharia positivista, foi *omisso quanto à omissão imprópria*,

² TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 280-281.

³ GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: teoria do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 306.

⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 699.

enunciando em seu artigo 11⁵ tão somente os axiomas centrais da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Bastante sintomático que, à falta de previsão legal, HELENO FRAGOSO tenha recorrido a uma *tipicidade aberta* dos crimes comissivos por omissão ao afirmar que o dever de agir se fundaria em elementos *implícitos* ao tipo que, embora não escritos, faticamente estariam pressupostos⁶.

Em relação à obrigação contratual, vale sublinhar que não é o contrato em si, mas a livre assunção do dever que gera a obrigação de não superveniência do resultado típico. Tanto o é que não se exige um contrato escrito e, ainda que existente, uma cláusula expressa que isente o garantidor de qualquer responsabilidade criminal será considerada como não escrita⁷.

Essa a razão pela qual o Código Penal Militar de 1969, ao avançar na regulação da matéria e acolher a chamada teoria da garantia (*Garantenlehre*), não inseriu o contrato como fonte direta do específico dever de evitar o resultado, *in verbis*:

⁵ CP/1940: Art. 11. *O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.*

⁶ FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 516.

⁷ *Ibidem*, p. 518.

Art. 29, § 2º - A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

Idêntica redação foi conferida ao artigo 13, § 2º, do revogado Código Penal comum de 1969 e, outra, muito semelhante, pela reforma penal de 1984 de sua parte geral, que se valeu de uma técnica legislativa mais apurada, ao apresentar cada hipótese em alínea diversa, como se vê a seguir:

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Passaremos adiante a um exame mais detido de cada uma destas hipóteses.

3 ANÁLISE TÓPICA

3.1 Obrigação de cuidado, proteção ou vigilância

A primeira hipótese, que decorre da posição social juridicamente reconhecida ao agente (de mando ou parentesco, por ex.), é a mais recorrente no meio castrense, porquanto a responsabilidade do militar decorre sempre de lei, regulamento ou instrução – consectário do princípio constitucional da legalidade.

Imagine a situação em que um oficial, ciente de que um sargento, a ele diretamente subordinado, vende substância entorpecente no interior do batalhão e, ante tal conduta ilícita, é condescendente, não toma providência alguma. Ser-lhe-á imputado, com efeito, tráfico de drogas por omissão qualificada⁸.

⁸ Aponta GALVÃO (2018, p. 78) que o artigo 290 do CPM foi revogado pelo artigo 33 da Lei 11.343/2006, com o advento da Lei 13.491/2017. Em sentido contrário, com fulcro no princípio da especialidade, cf. ASSIS, Jorge César de. *Crime militar e processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2019. E-book. Item 1.7.2.6.

3.2 Quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado

Neste segundo cenário, dá-se uma assunção voluntária de responsabilidade, seja por via contratual ou não. O médico militar que cumpre plantão no Hospital Geral do Exército, mesmo que já se tenha esgotada a escala de serviço, não poderá se ausentar enquanto o seu substituto não tiver chegado, pois de outro modo (por um compromisso ético intrínseco ao “juramento de Hipócrates”) assumiu a responsabilidade de impedir o resultado. Se ainda assim decidir se retirar, será responsável a título de omissão qualificada se um paciente vier a falecer por falta de atendimento médico.

Ressalte-se que o referido profissional não incorrerá no delito de abandono de posto (art. 195, CPM), que está adstrito ao serviço militar típico da missão das forças armadas e das polícias militares e corpos de bombeiros militares, e não com atividades de características nitidamente civis.⁹ Há precedente do STM¹⁰ com entendimento contrário, considerando apto a

⁹ ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 579.

¹⁰ EMENTA: APELAÇÃO. ABANDONO DE POSTO. ESTADO DE NECESSIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. - Marinheiro Nacional escalado para serviço ininterrupto que abandona o posto, sem autorização,

configurar abandono de posto o risco à regularidade do funcionamento de uma unidade de saúde vinculada a uma organização militar.

3.3 Criação de risco não permitido com ato anterior

Por terceiro, há aqui a chamada hipótese de *ingerência*, quando em razão de ato anterior põe em risco o bem jurídico. Ocorre que risco por si só não é suficiente, pois qualquer conduta gera algum risco, ainda que mínimo. Há de ser, pois, um risco injusto (*não permitido*)¹¹. Ademais, o que importa não é exatamente se o agente criou o risco ou não, mas se ele detém o monopólio sobre o seu controle: “Se o perigo que ameaça uma pessoa surgiu sem sua participação, mesmo assim ela

impossibilitando, por sua ausência, a realização de atendimento na Odontoclínica do Hospital Naval de Belém. - O acusado confessa a prática do crime, sob o argumento de que teria saído para jantar. - Insuficiência de provas apresentadas pela defesa. Estado de necessidade exculpante não demonstrado. - Do militar era exigível conduta diversa, podendo obter autorização de seu superior. - Recurso provido. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 2007.01.050756-6. Relator(a): Ministro(a) MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA. Data de Julgamento: 26/02/2008, Data de Publicação: 31/03/2008)

¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. t. I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 365.

deverá intervir com seu auxílio, se, em razão de sua posição, é a única a poder ajudar”.¹²

Militar que deixa arma sobre seu beliche enquanto vai ao banheiro, mas quando vira as costas percebe que um colega de farda pega a arma e a esconde num armário. Neste caso, a omissão é precedida de um ato comissivo: o sujeito criou com sua ação anterior uma situação de perigo e depois absteve-se de evitar que esse risco se transformasse em dano efetivo. A conduta anterior (deixar a arma desprotegida) pode ter sido culposa, mas a omissão posterior foi dolosa, isto é, um furto qualificado (art. 240, §5º, CPM), por omissão imprópria (qualificada), de bem pertencente à Fazenda Nacional.¹³

De mais a mais, não se deve confundir o dever de evitar o resultado com o dever de arrostar o perigo: o primeiro se relaciona à tipicidade dos crimes omissivos impróprios, enquanto o segundo é norma que impede a incidência do estado de necessidade justificante. Um policial não pode suscitar o estado de necessidade para se eximir do dever legal de enfrentar

¹² BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito penal: Parte Geral*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 172.

¹³ Relevante mencionar que o conceito de Fazenda Nacional não se confunde com o de Fazenda Pública, pelo que, se o mencionado exemplo se desse no âmbito de uma Organização Militar estadual (PM/BM), o furto por omissão imprópria seria simples, e não qualificado.

um assaltante armado, tampouco um bombeiro para se omitir de enfrentar um incêndio.¹⁴

O Código Penal comum (art. 24, §1º) ilide a possibilidade de se invocar estado de necessidade apenas quando se fizer presente o dever legal de *enfrentar* o perigo¹⁵, seguindo neste particular o Código Penal Militar (art. 43) – que fala em dever legal de *arrostar* o perigo. Assim, numa interpretação restritiva, nas hipóteses de assunção voluntária ou de integração do risco será admissível o estado de necessidade, pois não obstante a omissão do garantidor seja penalmente relevante sob o aspecto da tipicidade, poderá não ser antijurídica.

4 A TEORIA DAS FUNÇÕES (*FUNKTIONENLEHRE*) DE ARMIN KAUFMANN

O que define esse especial dever de evitação do resultado é, realmente, a posição de garantidor? A resposta, ao contrário do que a doutrina tradicionalmente faz crer, nem sempre será tão

¹⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2018. p. 454.

¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 616.

simples e evidente, como nos alerta MUÑOZ CONDE¹⁶. Seria porventura concebível imputar um crime de homicídio doloso ao transeunte que não avisa um deficiente visual que o semáforo está fechado para pedestres e que, atravessando a rua, sofre um atropelamento que lhe ceifa a vida? Não estando na condição de guia ou responsável pela vítima, o pedestre tinha uma “responsabilidade especial” de impedir a produção do dano?

E se um recruta, profundamente angustiado pelo distanciamento familiar em razão do regime de aquartelamento, tenta se enforcar e o seu colega de quarto, não corta a corda e assiste a tudo sadicamente, haverá que se falar em auxílio ao suicídio? A figura do garantidor, portanto, pode ser necessária, mas não é suficiente para delimitar a contento o sentido concreto do dever de impedir o resultado. Isto é: não abarca todas as situações em que a dimensão material dos tipos omissivos se reverbera.

Um passo adiante foi dado, então, pela “teoria das funções” (*Funktionenlehre*) de ARMIN KAUFMANN. Para o jurista de Bonn, a posição de garante impõe, *prima facie*, o dever de supervisionar e estancar a fonte concreta de perigos ao bem jurídico (*garante de vigilância*), sendo que, apenas

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: Parte General*. cit., p. 242.

secundariamente, surgiria o dever de garantir a não produção do resultado propriamente dito (*garante de proteção*).¹⁷

Consoante PAULO BUSATO, disso decorrem duas conclusões: ao garante de vigilância só se impõe o dever de segurança e controle da fonte de perigo, pois sua tarefa é obstar o indevido acesso de terceiros ao bem jurídico, respondendo somente por *participação omissiva* no delito comissivo praticado pelo agressor; já o garante de proteção não é mero partícipe, mas *autor* de uma omissão penalmente relevante, na medida em que sua missão era de proteção e guarda de um bem jurídico concreto.¹⁸

Essa abordagem cai como uma luva para o direito militar, posto que o dever de vigilância é intrínseco a qualquer atividade de natureza beligerante ou de policiamento ostensivo. Passemos, pois, à análise de dois casos concretos julgados pelo Superior Tribunal Militar (STM).

Em recurso em sentido estrito¹⁹ interposto pelo Ministério Público Militar (MPM) junto ao STM contra decisão

¹⁷ KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquin Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 289.

¹⁸ BUSATO, 2018, p. 275.

¹⁹ Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 0000073-14.2016.7.10.0010. Relator(a): Ministro(a) LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 29/11/2016, Data de Publicação: 14/12/2016

do então Juiz Auditor Substituto (hoje Juiz Federal Substituto da Justiça Militar) da 10ª CJM que rejeitou parcialmente a denúncia contra uma sentinela por um roubo de armamentos e munições ocorridos na Base Aérea de Fortaleza, narra-se que criminosos entraram furtivamente no interior da organização castrense, com a ajuda de um outro militar, utilizando-se de balaclavas e portando armamentos pesados. Assim, renderam militares que estavam no alojamento e um dos autores subiu em direção a torre dos paióis e lá rendeu a sentinela da hora, tomando deste também o seu armamento, um fuzil HK-33. Ato contínuo, os agentes colocaram todos os militares no alojamento deitados no chão e os imobilizaram com braçadeiras plásticas, desconectando a fiação do telefone e deixaram todos trancados no alojamento.

Nesse quadro fático, o MPM denunciou a sentinela alegando que, na condição de garante, estava no dia dos fatos em seu quarto de hora no posto de serviço, viu toda a ação criminosa e ficou-se inerte, permitindo sua rendição pelos criminosos, caracterizando assim a omissão dolosa. O STM, contudo, assentou que isso era insuficiente, por si só, para demonstrar a colaboração na empreitada criminosa, pois mesmo que não houvesse dúvidas sobre a sua condição de garante e que

o denunciado pudesse atuar livremente, atirando em direção aos assaltantes ou acionando alarmes, seria claramente dedutível o eventual risco de efeitos colaterais sobre os militares rendidos considerando a desvantagem numérica, com três criminosos presentes portando armas igualmente pesadas, o que reduziria significativamente a possibilidade de sucesso na execução de disparos pela sentinela. Também não se apurou quais sistemas de alarme dispunha o denunciado além da sirene local, a qual foi acionada na ocasião. O recurso do MPM restou improvido, mantendo-se a rejeição da denúncia por roubo na modalidade omissiva imprópria em face da sentinela.

Noutro julgado do STM²⁰, igual sorte não assistiu o denunciado, também sentinela, que, em furto de armamento bélico ocorrido no interior da organização militar por outros dois militares, reconheceu-se sua colaboração no evento criminoso em razão de sua conduta omissiva de presenciar a prática do crime e não adotar providências para impedir o resultado típico, pois estando no serviço de sentinela na data e horário em que o fuzil foi subtraído, tinha por responsabilidade vigiar e guardar o perímetro que estivesse nos limites de sua área de visão, mas

²⁰ Superior Tribunal Militar. Apelação nº 2003.01.049522-3. Relator(a) para o Acórdão: Ministro(a) VALDESIO GUILHERME DE FIGUEIREDO. Data de Julgamento: 04/08/2005, Data de Publicação: 24/10/2005.

não tomou qualquer providência ou sequer comunicou seus superiores de que alguém havia escondido um fuzil dentro do quartel.

A redação do art. 29, § 2º do CPM, ao ditar que “o dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de ***cuidado, proteção ou vigilância***”, coaduna-se com a atribuição da posição de “garante de vigilância” talhada por KAUFMANN, disso decorrendo uma *participação omissiva* em delito comissivo em caso de omissão do garante em sua função de segurança do bem jurídico. O STM, no entanto, adotou a perspectiva de que a sentinela seria na verdade um “garante de proteção”, pois tinha não só o dever de controle de determinada fonte de perigo, é dizer, impedir o acesso de terceiros ao bem jurídico tutelado (patrimônio da administração militar), como também o de garantir a efetiva preservação (integridade) do bem jurídico em si, sob pena de, omitindo-se, praticar, como autor, *delito comissivo* por omissão. Tanto que, no primeiro caso (roubo), a sentinela foi absolvida tão somente por ausência de dolo, mas no segundo (furto qualificado) culminou por ser condenada na condição de autora de crime omissivo impróprio, e não simples partícipe.

5 A TEORIA SIGNIFICATIVA DA AÇÃO DE VIVES ANTÓN E A “SEMÂNTICO DO USO”

VIVES ANTÓN disserta que o problema da omissão, tal qual o da ação, é um problema de sentido, e não de substrato. Pois “como se pode cometer por omissão, sendo que por omissão somente se omite, não se comete?”²¹. Tal como sucede na comissão, o significado da omissão não é determinado pela *finalidade* que o sujeito pretendeu ao omitir, uma vez que o sentido não é dado *a priori*, tampouco é arbitrado unilateralmente pelo sujeito, e sim construído intersubjetivamente pelas práticas sociais (“jogos de linguagem”) que, numa situação concreta, transmitem o sentido do que se poderia esperar que o sujeito fizesse – mas que decidiu não fazer.

E como se determina se algo tem sentido para o direito penal e, ato contínuo, qual sentido tem? Pela linguagem, a qual é governada por regras gramaticais que estabelecem modo “correto”²² de utilização das palavras (“culpado” e “inocente”,

²¹ VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011. p. 585.

²² “O termo ‘correto’ aqui não significa ‘verdadeiro’, uma vez que se pode utilizar um termo de acordo com regras linguísticas sem que se diga que algo é verdadeiro. Entretanto, se aplicado a objetos aos quais não poderia aplicar-

por exemplo). Essa gramática social é constituída por uma *rede de conceitos* que são permanentemente lançados e usados por uma concreta comunidade de falantes para captar (interpretar) o mundo da vida (*Lebenswelt*) em que estão inseridos. A gramática, pois, não é universal: diferentes linguagens possuem diferentes gramáticas e, por conseguinte, expressam distintos *quadros de mundo*.

O uso “correto” das palavras “inocente” e “culpado”, por exemplo, será completamente distinto num sistema processual regido por práticas sociais inquisitórias (em que presume a culpa) diante de um outro pautado por uma visão acusatória (em que se presume a inocência do réu). Destarte, o sentido depende fundamentalmente do compartilhamento e seguimento de um conjunto de regras (gramática). E como a regra se faz pelo uso, ela não pode ser seguida privadamente: é a prática (uso da regra) que contextualmente determina o sentido de uma ação²³.

se verdadeiramente, um termo terá seu uso destituído de significado. Da mesma forma, negar que um termo se aplica a instâncias paradigmáticas em uma situação clara é demonstrar uma compreensão equivocada.” In: GLOCK, Hans Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 177.

²³ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002. § 202.

Sendo mais claro: as regras, ao tempo em que distinguem o uso correto e incorreto das palavras, são também determinadas (e modificadas) pelas práticas sociais (v.g., a eutanásia pode ser subsumida à regra que proíbe “matar alguém”, mas são as práticas sociais que determinarão se, num dado contexto, houve a expressão de sentido de um tipo de ação socialmente intolerável – uso correto da palavra “matar” – ou se, ao contrário, esse sentido não se verificou – e, portanto, a palavra “matar” foi empregada imprecisamente).

Quando se utiliza um termo genérico (“jogo”) para enunciar práticas diversas (futebol, tênis, xadrez, etc), não é porque todos se reduzem a um “supraconceito” unificador: ora, cada um desses jogos tem regras absolutamente díspares entre si. E se não conheço as regras do jogo, não posso jogá-lo! Logo, quando chamamos a cada uma destas práticas esportivas de “jogos” não se quer dizer com isto que são a mesma coisa, e sim que guardam uma “relação de parentesco”, é dizer, são membros da mesma família.

Mas os parentes são apenas parecidos, não iguais: em alguns jogos há uma competição entre os jogadores (futebol), em outros, não (jogo de paciência); em alguns há espaço para ganhar ou perder (tênis), mas noutros esta noção pode não

existir (quando uma criança arremessa a bola na parede e a pega de novo); numa parcela a aleatoriedade (sorte ou azar) são intrínsecos (bingo), ao passo que numa outra margem a habilidade do jogador é o traço característico (xadrez); muitos são divertidos (amarelinha), outros nem tanto (o perdedor pode se sentir frustrado com o mal desempenho). Não obstante, chamamos a todos de “jogos”! Frise-se: não porque sejam idênticos, mas porque as distintas semelhanças se sobrepõem e se entrecruzam²⁴.

Raciocínio análogo podemos empreender quanto ao conceito “ação” na teoria do delito militar: quando nos referimos a um *fazer* o que a norma proíbe²⁵; ou a um *não fazer* o que norma ordena²⁶, não há que se vislumbrar uma identidade entre um tipo de conduta (ação) e outra (omissão), completamente opostas. O que se tem é uma “semelhança de família”: a ação e omissão têm por traço comum serem “formações de sentido” – que se extraem tanto do movimento corporal como de sua ausência²⁷.

²⁴ WITTEGENSTEIN, 2002, pp. 66-67.

²⁵ CPM/69, art. 195. “Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo”.

²⁶ CPM/69, art. 196. “Deixar o militar de desempenhar a missão que lhe foi confiada.”

²⁷ VIVES ANTÓN, 2011, p. 603.

GEORGE FLETCHER²⁸ lança o exemplo dos guardas do Palácio de Buckingham (Guarda Real britânica) que, com traje chamativo e chapéu singular, parece que não se movem, quando na verdade assumiram previamente o compromisso de assim permanecem. O contexto do “mundo circundante” (uniforme, formação em grupo, localização em frente ao castelo, horário e regularidade da conduta) é o que nos permite compreender que, não obstante a ausência de movimento corporal dos guardas, estão eles a expressar o sentido de uma ação.

O ineditismo do modelo significativo está justamente em “deixar de considerar a ação como algo que os homens fazem e passar a considerá-la como o significado do que os homens fazem”, isto é, “como algo que transmite um significado”²⁹. Dentre tantos nuances que as distinguem (movimento/ausência de movimento), ação e omissão guardam uma relação de parentesco: são a expressão daquilo que os humanos fazem (seja em sentido ativo, seja em sentido passivo).

²⁸ FLETCHER, George. *Conceptos básicos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, pp. 90-91.

²⁹ BUSATO, 2018, p. 250.

Não basta, pois, a infração de um dever especial, tampouco a subsunção legal de um dos casos de posição de garantidor: o sentido de omissão qualificada deve ser identificado por meio de práticas, de usos estáveis e bem definidos no mundo da vida. Para além de uma presunção legal que equipara ação e omissão, é imprescindível a manifestação de sentido de que o sujeito estava obrigado a agir para evitar a produção do resultado jurídico formalmente e materialmente ofensivos a bens jurídicos.

6 CONCLUSÃO

Após assentar a relevância da teoria da garantia para a configuração do conceito de omissão no direito penal militar, bem como pincelar as contribuições da teoria das funções para o debate sobre o tema, concluiu-se, com a filosofia da linguagem, que a *semântica do uso* se apresenta como um critério complementar indemissível para se aferir (ou não) o sentido de uma omissão indevida, tomando-se a lei, portanto, como ponto de partida, mas sempre em cotejo com as circunstâncias da ação concreta exigida, materializando-se assim o *princípio da culpabilidade*.

E foi exatamente o que se avistou pelo STM nos dois recursos analisados, ao longo deste trabalho, acerca da responsabilidade penal por omissão imprópria da sentinela: só o contexto é capaz de definir o sentido de omissão juridicamente relevante (ele podia agir diante das circunstâncias?), e não a mera posição de garantidor desgarrada das vivências sociais. Afinal, “*os limites da minha linguagem denotam os limites do meu mundo*”³⁰, e, para compreendermos o sentido mais adequado de uma palavra, não basta consultar sua definição abstrata no dicionário: é preciso olhar também para “mundo da vida” – ou, do contrário, chamaremos o *gato de lebre*, o *atípico de omissio*.

Coube ao CPM de 1969, conforme assenta JORGE ALBERTO ROMEIRO³¹, o arroubo histórico de suplantar, no ordenamento jurídico pátrio, o antiquado sistema do duplo binário pelo sistema vicariante em matéria de penas e medidas de segurança, vedando-se a cumulação entre ambas – o que só veio a ocorrer na esfera do Código Penal comum após a reforma de sua Parte Geral em 1984 –, a mesma vanguarda dogmática há de ser reconhecida ao CPM vigente quanto à delimitação dos

³⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: EdUSP, 1968. pp 5-6.

³¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar (Parte Geral)*. Saraiva: São Paulo, 1994. p. 241.

crimes omissivos impróprios, comissivos por omissão ou omissivos qualificados, mais ainda quando se tem claro a sua relevância para o contexto militar.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Claus. *Direito penal: Parte Geral*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 241.

COIMBRA, Cícero; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

FLETCHER, George. *Conceptos básicos del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal militar: teoria do crime*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GLOCK, Hans Johann. *Dicionário Wittgenstein*. Trad. Helena Martins. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Trad. Joaquin Cuello e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

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

ROXIN, Claus. *Derecho penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. t. I. 2. ed. Trad. Diego-Manuel

Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant lo blanch, 2011.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones Filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Barcelona: Editorial Crítica, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. São Paulo: EdUSP, 1968.

O Bem jurídico tutelado e sujeição passiva nos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade

Cícero Robson Coimbra Neves

Promotor de Justiça Militar na Procuradoria de Justiça Militar de Santa Maria/RS. Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar do Estado de São Paulo (CAES). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do ministério Público de São Paulo (ESMP).

Fábio Nakaharada

Capitão da Polícia Militar de São Paulo, atualmente na Assessoria Militar do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar do Estado de São Paulo (CAES). Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo (ESMP).

RESUMO: O presente trabalho aprofunda o estudo sobre os bens jurídicos tutelados pela nova Lei de Abuso de Autoridade, iniciando pela posição da doutrina majoritária, que coloca a pessoa natural ou a pessoa jurídica como sujeitos passivos imediatos desses delitos e, por consequência, a Administração Pública (Estado) figurando na sujeição passiva mediata. Dessa análise, propõe-se uma nova visão acerca do tema, posicionando a Administração Pública como sujeito passivo imediato e, nas hipóteses de crimes militares extravagantes de abuso de autoridade, a ordem administrativa militar. Como efeito prático, tal posicionamento alarga a possibilidade de subsunção de fatos ensejadores do crime de abuso de autoridade praticados por militares federais e estaduais do serviço ativo, para serem considerados crimes militares extravagantes e, portanto, da alçada das justiças militares federal e estaduais, respectivamente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar. Lei de Abuso de Autoridade. Bens jurídicos tutelados. Sujeição passiva imediata e mediata. Tipicidade indireta dos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade.

ENGLISH

TITLE: Protected legal good and passive subjection in extravagant military crimes of abuse of authority.

ABSTRACT: The present article deepens the study on the legal assets protected by the new Law of Abuse of Authority. We begin with the position of the majority doctrine, which places the natural person or the legal person as immediate passive subjects of these crimes and, consequently, the Public Administration (State) as the mediate passive subject. Based on this analysis, we proposed a new perspective on the subject, placing Public Administration as an immediate passive subject and, in the hypotheses of extravagant military crimes of abuse of authority, the military administrative order as well. As a practical effect, such a position broadens the possibility of subsumption of facts that cause the crime of abuse of authority practiced by federal and state military officers on active duty, to be considered extravagant military crimes and, therefore, within the purview of federal and state military justice, respectively.

KEYWORDS: Military criminal law. Law on abuse of authority. Protected legal property. Immediate and mediate

passive subjection. Indirect type of military crimes extravagant from abuse of authority.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Posicionamento majoritário acerca dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Abuso de Autoridade – 3 Bases para condicionar o estado (administração militar) como sujeito passivo imediato, nos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade – 4 A ordem administrativa militar – 5 Efeitos práticos da visão proposta – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Majoritariamente, a doutrina aponta que os crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade – Lei n. 13.869/2019 – possuem dupla sujeição passiva: de maneira imediata, a pessoa natural ou a pessoa jurídica, que tem seu bem jurídico violado pelo ato ilegal do agente público (direito à defesa, direito ao devido processo legal, liberdade de locomoção, por exemplo); e, de forma mediata, o Estado, por sua administração pública.

Com a edição da Lei n. 13.491/17, os crimes previstos na legislação penal extravagante, bem como aqueles crimes constantes do Código Penal comum que, entretanto, não possuem previsão no Código Penal Militar, também passaram a ser considerados como crimes militares, desde que sejam cometidos por militar federal ou estadual do serviço ativo e haja a subsunção do fato a alguma das hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” ou “e” do art. 9º, inciso II, da Lei Penal Castrense. Daí se falar em crimes militares extravagantes de abuso de autoridade, crimes militares extravagantes ambientais, crimes militares extravagantes contra a criança e o adolescente, crimes militares extravagantes de aborto, de infanticídio, entre tantos outros.

Nesse contexto, os crimes de abuso de autoridade, com sua dupla sujeição passiva, podem ser crimes militares, e deve-se investigar a questão de qual sujeito passivo deve prevalecer nessa relação, que parece merecer uma outra conformação, tendo-se por foco principal de tutela a ordem administrativa militar, que, além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, congloba os igualmente princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, conforme estatuído nos arts. 42 e 142 da Constituição Cidadã de 1988.

A questão que será trabalhada neste artigo, assim, consiste em demonstrar o raciocínio que fundamenta tratar a ordem administrativa militar como bem jurídico primário, tutelado pelos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade, alocando-se os direitos pertencentes à pessoa natural ou à pessoa jurídica como bem jurídico secundário, no sistema de proteção da norma.

Essa visão, anote-se, coloca o Estado como sujeito passivo imediato dos delitos de abuso de autoridade, e isso traz consequências práticas importantes, que serão evidenciadas.

2 POSICIONAMENTO MAJORITÁRIO ACERCA DOS BENS JURÍDICOS TUTELADOS PELA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

É cediço o entendimento de que os crimes presentes na Lei de Abuso de Autoridade protegem os bens jurídicos relativos às pessoas naturais e em determinados casos às pessoas jurídicas de direito privado, bem como, tutelam a administração pública, enquanto mandatária da prestação dos serviços públicos.

Dominante, em adição, é a compreensão de que a tutela primeira recai sobre os direitos da pessoa e, secundariamente, sobre a dignidade da função pública, uma tutela da administração. Essa visão era corrente desde a revogada Lei de Abuso de Autoridade, Lei n. 4.898/1965.

A dupla sujeição passiva, assim, segundo Smanio e Moraes (MORAES, 2005, pp. 34-5), Renee do Ó Souza (SOUZA, 2018, p. 245), Greco e Sanches (GRECO; CUNHA, 2019, pp. 15-6) e Renato Brasileiro (LIMA, Nova lei..., 2020, p. 47), é caracterizada pela vítima imediata, direta, primária ou principal coincidente com a pessoa que teve algum direito lesado pelo ato criminoso do agente público – como por exemplo, o prejuízo à liberdade de locomoção, à honra, à ampla defesa e ao devido processo legal –, e pela administração pública, que figuraria como vítima mediata, indireta, secundária ou subsidiária.

Como amostra do pensamento esposado pelos autores supracitados, registre-se o pensamento de Renato Brasileiro: (LIMA, **Nova lei...**, 2020, p. 47):

Ousamos discordar de parte da doutrina, que costuma apontar o Estado como sujeito passivo principal ou imediato, e, na condição de sujeito passivo secundário (ou mediato), a pessoa física

ou jurídica atingida pela conduta delituosa. Na verdade, não conseguimos visualizar nenhuma razão lógica ou jurídica para se colocar o particular em segundo plano, ainda que se queira argumentar que estamos diante de crimes de responsabilidade em sentido amplo semelhantes, pois, àqueles previstos entre os arts. 312 e 326 do Código Penal. Ora, tomando-se como exemplo o delito previsto no art. 10 da Lei n. 13.869/2019 (“Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”), parece não haver qualquer dúvida quanto ao fato de se tratar de um delito que lesa tanto bem jurídico pertencente à Administração pública – dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados –, quanto bem jurídico pertencente ao particular – *in casu*, a liberdade de locomoção da testemunha ou do investigado. Nesses casos, se alguém deve ser denominado como sujeito passivo secundário, este alguém deverá ser o Estado, que é sempre ofendido diante do desvio de finalidade perpetrado pelo agente público, mas como tal jamais se poderia considerar o particular diretamente lesado.

Mas a visão acima indicada, como se infere, não é a única. Guilherme Nucci, comentando a revogada Lei de Abuso de Autoridade, expôs que o “sujeito passivo é o Estado e também qualquer pessoa atingida pelo abuso (inclusive pessoa jurídica) como no atentado à liberdade de associação” (NUCCI, 2014, p. 5), tendo-se a impressão de que o autor colocava o Estado em primeiro plano (sujeito passivo imediato) e a pessoa

(natural ou jurídica) em segundo (sujeito passivo imediato).
Visão com a qual concordamos.

Registre-se apenas que, ao se tratar de crimes militares extravagantes de abuso de autoridade, deve-se focar a administração militar, com sua ordem administrativa decorrente, lembrando que a tipicidade indireta dos crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade somente é possível por meio do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar; e que sua alínea “a” admite como sujeito passivo um militar da ativa. Enquanto que as alíneas “b”, “c” e “d” admitem civil ou militar inativo como sujeito passivo. E, por fim, sua alínea “e” admite, na primeira parte, o patrimônio militar como bem jurídico lesado; e, em sua segunda parte, a ordem administrativa militar.

3 BASES PARA CONDICIONAR O ESTADO (ADMINISTRAÇÃO MILITAR) COMO SUJEITO PASSIVO IMEDIATO, NOS CRIMES MILITARES EXTRAVAGANTES DE ABUSO DE AUTORIDADE

Nem todos os crimes de abuso de autoridade possuem uma pessoa natural ou pessoa jurídica de direito privado como vítima.

É o caso do art. 25 da Lei, que considera abuso de autoridade o ato de “Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito”. Deve-se notar que a norma não esclarece se deve ser a prova obtida no sentido de auxiliar ou prejudicar o investigado, ao contrário do parágrafo único do mesmo artigo, que diz incorrer na mesma pena quem “faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude”.

Assim, estará incursa no tipo penal a autoridade que proceda à obtenção, por meio ilícito, de prova (ilícita) em procedimento de investigação ou de fiscalização, ainda que essa prova seja favorável ao investigado ou fiscalizado.

Neste caso, mesmo adotando a dominante visão sobre a sujeição passiva, parece óbvio que a “ordem” do sujeito passivo deva ser inversa, ou seja, a regularidade administrativa e a dignidade do exercício da atividade administrativa ganham o primeiro plano, de maneira que o sujeito passivo imediato ou direto deva ser o Estado e, eventualmente, havendo prejuízo a um investigado ou fiscalizado, será esta pessoa sujeito passivo mediato, ainda que a posição doutrinária mantenha a matriz inaugural.

Outros casos há em que a sujeição passiva imediata pode alcançar duas pessoas em condições diversas.

No art. 32 da Lei, configura-se abuso de autoridade:

Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível.

É evidente que a sujeição passiva recai sobre a “pessoa, física ou jurídica, constrangida pela indevida recusa”, que será, obviamente, o investigado, aviltado em seu interesse de acompanhar uma investigação que contra si se desenvolve, mas também o advogado, se houver, que tem um direito do exercício profissional ceifado, previsto no inciso XIV do art. 7º da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994 (“Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil”).

Conclui-se, portanto, que haverá situações em que o crime de abuso de autoridade será praticado contra pessoa natural, ocasião em que, adotando-se a dominante visão doutrinária sobre a sujeição passiva, poderá haver

enquadramento nas alíneas “a” a “d” do inciso II do art. 9º do CPM, a depender da condição pessoal do sujeito passivo titular primeiro do bem jurídico protegido pela norma.

Mas haverá situações, como no caso do art. 25 da Lei n. 13.869/2019, supramencionado, em que não será possível identificar pessoa natural (um crime vago), mas pessoa jurídica de direito público interno, a União ou os Estados e o Distrito Federal, pela administração militar, quando a subsunção deverá ocorrer na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, obviamente com foco na ordem administrativa militar (e não no patrimônio sob administração militar), configurando-se delito militar. Isso ocorrerá mesmo para aqueles que adotem a visão dominante sobre a sujeição passiva, acima exposta, sob pena de, assim não o fazendo, o fato não poder ser caracterizado como crime militar.

Ainda, uma outra questão nesta corrente pode surgir.

Mas se a conduta do agente da administração militar, por exemplo, na obtenção de prova por meio ilícito em procedimento de fiscalização, **lese uma pessoa jurídica de direito privado**, como no caso de um procedimento de fiscalização ambiental ou de produtos controlados, que possa resultar sanção a uma empresa, configurando o art. 25 da Lei n.

13.869/2019? As hipóteses do inciso II do art. 9º não contemplam crime militar praticado contra pessoas jurídicas de direito privado. Poderia esse crime ser militar?

A resposta é em sentido afirmativo.

A subsunção deve também ser na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, pois a conduta, embora não lese direito de pessoa natural, como exigiria as alíneas “a” a “d” (militar da ativa, civil ou militar inativo), certamente fere a ordem administrativa militar, vez que a regularidade da administração foi afetada em vários aspectos, por exemplo, a existência, a finalidade e o prestígio moral da instituição militar.

Outra hipótese a ser analisada: no parágrafo único do art. 33 da Lei de abuso de Autoridade, houve a tipificação penal da denominada “carteirada” em que o autor “utiliza de cargo ou função pública ou invoca a condição de agente público para se eximir de obrigação legal ou para obter vantagem ou privilégio indevido”.

Imagine-se que um policial militar, buscando se eximir da obrigação legal de se submeter à fiscalização de trânsito, por estar conduzindo veículo com irregularidade, lança mão de sua condição para ser liberado pelo colega que se encontra de serviço e que determinou sua parada no bloqueio policial. Quem

figura como sujeito passivo neste caso? O policial militar de serviço que impunha a obrigação legal fiscalizatória, ou a administração militar? Pela teoria do órgão, o servidor público representa e age em nome do Estado, com impessoalidade, manifestando a vontade da instituição que representa e não sua própria vontade. Não resta dúvida, portanto, de que a sujeição passiva recai sobre a ordem administrativa militar.

Mas essas são as conformações para aqueles que colocam, quando possível, como sujeito passivo imediato a pessoa natural ou jurídica aviltada. Essa não é a única, nem a melhor compreensão.

É possível compreender que o Estado é o sujeito passivo imediato do delito de abuso de autoridade, e figura a pessoa natural (ou jurídica de direito privado) como sujeito passivo mediato.

Essa segunda corrente, mais adequada e que aqui se defende, aproveita o ensejo da ordem administrativa militar, para marcar posição de que os crimes da Lei de Abuso de Autoridade não têm por escopo tutelar bens jurídicos de titularidade de pessoas naturais (integridade corporal, inviolabilidade do domicílio, honra etc.), pois, se assim fosse, seria desnecessário um crime específico, uma vez que a agressão

a esses bens jurídicos já possuem tipos penais incriminadores, como o crime de lesão corporal, crimes contra a honra etc.

Ainda que haja a agressão à inviolabilidade da imagem de uma pessoa, o que a lei de abuso de autoridade visa guardar é o hígido e lhano exercício do poder – ou, como destacado acima, no trecho de Renato Brasileiro, a dignidade da função pública e o prestígio de que o poder público deve desfrutar perante os administrados –, sendo, a inobservância desse dever, uma afronta à regularidade do exercício do mister institucional.

Neste caso, a subsunção do crime de abuso de autoridade, nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM, sempre seria na alínea “e”, focando-se a ordem administrativa militar. Apenas de maneira mediata haveria afronta a bens jurídicos de pessoas naturais, por exemplo.

Por fim, deve-se destacar que a Lei de Abuso de Autoridade exige, além do elemento subjetivo existente em cada um de seus tipos penais, o acréscimo do dolo especialmente dirigido, previsto no § 1º de seu primeiro artigo, condicionando a consumação de seus crimes à atuação do agente público, “com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal”.

Nota-se que a Lei de Abuso de Autoridade inaugura sua regulamentação com essa exigência, instituindo verdadeiro princípio que rege seu microsistema jurídico, espraiando-o por todos os demais artigos e tipificações criminais nela previstos.

Ora, ao estatuir que os crimes de abuso de autoridade alcançam a consumação quando o agente público atua imbuído por alguma das citadas finalidades específicas, todas elas de cunho pessoal, aliás, de natureza personalíssima, a exemplo da “satisfação pessoal” ou do abuso de autoridade “por mero capricho”, a Lei visa impedir que o agente público descumpra o princípio constitucional da impessoalidade.

O princípio da impessoalidade, outrora denominado princípio da finalidade, instrumenta as regras de atuação do agente público para trilhá-lo a atender o interesse público.

Este é o espírito da Lei de Abuso de Autoridade: impedir e punir o agente público que substitui a condução impessoal do seu cargo por um proceder pessoal, passando a utilizar as prerrogativas que o Estado lhe conferiu para atingir o bem comum, com o fito exatamente inverso, qual seja, o de alcançar a satisfação pessoal, ou a obtenção de benefício próprio ou de terceiro, ou o prejuízo alheio, ou ainda, o mero capricho.

Dessa forma, nota-se que o bem jurídico tutelado de forma primária e imediata pela Lei de Abuso de Autoridade está ligado à prestação do serviço público, nos exatos termos insculpidos pelos princípios constitucionais que regem a administração pública, em especial, o princípio da impessoalidade, que freia os impulsos humanos tendentes a confundir o público com o pessoal.

Seguindo o vetor principiológico estabelecido na Lei em foco, os bens jurídicos das pessoas naturais e jurídicas atingidos pelos crimes, nela previstos, possuem uma proteção secundária – o que não quer dizer sem importância –, até porque, há outros tipos incriminadores previstos no Código Penal que os tutelam como bem jurídico central.

Tal entendimento propicia, a título exemplificativo, que o agente público que encarcera pessoas de ambos os sexos na mesma cela ou compartimento responda não apenas pelo crime de abuso de autoridade (por que o fez para prejudicar um dos presos, ou para beneficiar-se ou a terceiro, ou por satisfação pessoal ou mero capricho, despindo-se da impessoalidade que o cargo lhe impõe), mas, também, por eventual crime de lesão corporal, de estupro ou até mesmo de homicídio que derive dessa prisão ilegal.

É de se evidenciar que a violação de um dos princípios constitucionais que regem a administração pública acarreta, de forma vinculada, o descumprimento dos demais princípios. Ao atuar por mero capricho, por exemplo, o agente público viola a impessoalidade, ao desviar-se da finalidade pública; bem como, viola a moralidade (uma vez que o uso do cargo para fins pessoais extrapola a noção jurídica do que seja certo e errado, sendo, antes, uma noção individual e social a separação entre o público e o privado), e os resultados desses atos abusivos acabam inevitavelmente por ferir os princípios da legalidade e da eficiência administrativa.

4 A ORDEM ADMINISTRATIVA MILITAR

Aceita a premissa de que o sujeito passivo imediato é o Estado, com a subsunção na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, deve-se delimitar a “ordem administrativa militar”.

Enio Luiz Rossetto (ROSSETTO, 2015, pp. 125-6) traz as visões de Romeiro (1994, p. 82), que utiliza o sistema de enumeração dos crimes contra a ordem administrativa militar, como sendo aqueles capitulados nos Títulos VII (Dos crimes contra a administração militar) e VIII (Dos crimes contra a

administração da Justiça Militar) do Código Penal Militar; e de Célio Lobão (2011, p. 120), que adota conceito amplo sobre a ordem administrativa militar, 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:

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.

Resuma-se, portanto, que os crimes de abuso de autoridade, quando afrontarem a ordem administrativa militar, serão passíveis de enquadramento na alínea “e” do inciso II, quando os sujeitos ativos forem militares da ativa, 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”¹.

5 EFEITOS PRÁTICOS DA VISÃO PROPOSTA

Ao concluir pela tese de que a tipicidade indireta dos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade é satisfeita, de forma perene, por meio da hipótese prevista na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, alarga-se a possibilidade de os crimes previstos na Lei de Abuso de Autoridade serem considerados como crimes militares, quando cometidos por militares estaduais ou federais do serviço ativo.

Isso porque se torna dispensável a aferição se o ato foi cometido contra outro militar da ativa (art. 9º, inciso II, alínea “a”), em lugar sujeito à administração militar (art. 9º, inciso II, alínea “b”) etc., centrando-se apenas a análise na dignidade do exercício da função desempenhada pelo militar a afetar a administração militar.

¹ STF, Pleno, *Habeas Corpus* n. 39.412/RJ, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 12.09.1962.

Enquadrar o crime militar extravagante na alínea “e” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar significa que o crime será considerado militar, independentemente de o prejudicado ser um militar da ativa, federal ou estadual, ou se tratar de um militar inativo, ou de um civil, ou ainda, de uma pessoa jurídica, que, aliás, não está no polo passivo das alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do mesmo inciso.

Isso implica em aceitar todas as peculiaridades que a polícia judiciária militar e a jurisdição militar comportam, no caso de abuso de autoridade.

Melhor Explicando, logo na constatação do crime, não caberá lavratura de termo circunstanciado (nos crimes de abuso de autoridade cuja pena máxima não exceda dois anos), e o oficial de polícia judiciária militar fica adstrito a lavrar a prisão em flagrante ou instaurar inquérito policial militar. Afasta-se, ainda, a possibilidade de suspensão condicional do processo do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 e o acordo de não persecução penal, do art. 28-A do Código de Processo Penal, inaplicável, por exemplo, na Justiça Militar da União (STM, Apelação n. 7001106-21.2019.7.00.0000, rel. Min. Carlos Vuyk de Aquino, j. 20/02/2020).

Por fim, anote-se um reflexo muito importante da presente construção para as Justiças Militares dos Estados e do Distrito Federal, no que concerne ao órgão de julgamento. Em sendo considerado o Estado como sujeito passivo imediato, os crimes militares de abuso de autoridade não podem ser rotulados como crimes contra civis, o que grafa a competência do Conselho de Justiça (especial ou permanente), e não do juiz de Direito do Juízo Militar, para processar e julgar tais crimes, qual ocorre no caso do crime de concussão em que, embora haja pessoa natural ofendida, o sujeito passivo imediato é a administração militar (Estado), fixando-se a competência do escabinato. Nesse sentido:

Apelação Criminal – Direito Processual Penal Militar – Preliminar de nulidade parcial do processo. Incompetência do Conselho Permanente de Justiça. Competência do Juiz singular para julgar os crimes militares cometidos contra civis, outorgada pela Emenda Constitucional nº 45/04. Denúncia que imputa ao acusado a prática de concussão. Vítima do delito é a Administração Militar. Não configuração da hipótese excepcional. Preliminar afastada – Cerceamento de defesa, pelo indeferimento do pedido de acareação. Alegada violação ao contraditório e à ampla defesa. Nulidade não reconhecida. Modalidade de prova destinada ao juiz da causa que deve decidir acerca de sua necessidade. Policial Militar – Concussão – Reforma da Sentença para reconhecimento da

inexistência do fato ou, alternativamente, insuficiência de provas. Prova oral escorada nas circunstâncias que autoriza o decreto condenatório. Palavra da vítima que se reveste de especial relevo em delitos clandestinos – Dosimetria. Fixação da pena em seu mínimo legal. Circunstâncias judiciais que autorizam a exacerbação. Não vislumbrada violação à razoabilidade e à proporcionalidade. Recurso não provido (TJM/SP, 2ª Câmara, Apelação Criminal n. 6.791/2013, rel. Juiz Cel PM Clovis Santinon, j. 10/04/2014).

Estes são, em suma, os reflexos da concepção do que aqui se advoga, sem prejuízo de outras implicações subjacentes, que possam ser detectadas em futura aplicação.

6 CONCLUSÃO

A Lei de Abuso de Autoridade visa proteger o regular funcionamento da administração pública e, no caso dos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade, a administração militar, consubstanciada em sua ordem administrativa militar.

Tal fato é perceptível, na exigência do dolo especificamente direcionado pelo § 1º do artigo inaugural da Lei, que estabelece o princípio de que um crime de abuso de autoridade somente se concretizará, quando do uso do cargo público para fins comezinhos, violando assim, o princípio

constitucional da impessoalidade. Pretende, dessa forma, que os agentes públicos nunca percam de vista o bem comum, razão de ser do Estado.

Ainda, de forma subsidiária, todos os tipos penais da nova Lei de Abuso de Autoridade protegem as liberdades e direitos individuais da pessoa que é alvo da intervenção estatal.

A admissão da tese aqui sustentada reflete na subsunção desses crimes militares, à norma contida na alínea “e” do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar; traz segurança jurídica à aplicação da lei penal castrense; e evidencia algumas consequências como a restrição de institutos despenalizadores e a fixação da competência dos Conselhos de Justiça (especial e permanente) para processar e julgar os delitos no âmbito das Justiças Militares dos Estados e do Distrito Federal.

REFERÊNCIAS

AGI, Samer. *Comentários à nova lei de abuso de autoridade (Lei n. 13.869/2019)*. Brasília: C P Iurs, 2019.

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.

CUNHA, Rogério Sanches; GRECO, Rogério. *Abuso de autoridade*. Salvador: Jus Podivm, 2019.

FOUREAUX, Rodrigo. *A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/61251/a-lei-13-491-17-e-a-ampliacao-da-competencia-da-justica-militar>. Acesso em: 4 jul. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova lei de abuso de autoridade*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. *A nova lei de abuso de autoridade*. São Paulo: RT, 2019.

MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legislação penal especial*. São Paulo: Atlas, 2005.

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, pp. 23-28, set./dez. 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

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*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização Criminosa*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à nova lei de abuso de autoridade*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

As medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e o poder geral de cautela na administração militar

Sandro Leal Costa

Bacharel em Direito pela Universidade da
Região da Campanha – URCAMP/Bagé.

Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera.

RESUMO: Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas (FFAA) preveem algumas medidas de viés cautelar, as quais foram agrupadas em quatro eixos temáticos para facilitar a compreensão: a prisão flagrancial disciplinar; a prisão

preventiva; a privação da liberdade para convalescença; e o afastamento cautelar do militar inconformado com atos superiores. Além dessas previsões expressas, é controversa a possibilidade de a autoridade competente adotar medidas atípicas, uma vez que não há consenso doutrinário sobre a existência e a viabilidade do chamado “poder geral de cautela” administrativo. Por um lado, os atos administrativos são limitados pelo princípio da legalidade, mas, por outro, é necessário que as autoridades que têm o dever de decidir possam adotar medidas capazes de salvaguardar a eficácia do processo decisório. A viabilidade ou não do poder geral de cautela administrativo deve ser balizada pelas normas e princípios da administração pública, que também se aplicam às atividades administrativas das FFAA. Por fim, algumas características específicas das atividades castrenses foram brevemente destacadas no presente estudo, a fim de fomentar a hipótese em discussão também no seio das organizações militares.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas. Medidas Cautelares. Poder Geral de Cautela.

ENGLISH

TITLE: The precautionary measures provided for in the disciplinary regulations of the Armed Forces and the general power of caution in the military administration.

ABSTRACT: The disciplinary regulations of the Armed Forces predict some measures of precautionary bias, which were grouped into four thematic axes to facilitate its understanding: the disciplinary imprisonment in the act; the preventive arrest; the deprivation of liberty for convalescence; and the precautionary removal of the military who does not comply with the acts of his hierarchical superior. In addition to these literal predictions, the possibility for the competent authority to adopt atypical measures is controversial, since there is no doctrinal consensus on the existence and viability of the so-called administrative “general power of caution”. On the one hand, administrative acts are limited by the principle of legality, but, on the other, it is necessary that the authorities that have a duty to decide can adopt measures capable of safeguarding the effectiveness of the decision-making process. The viability or not of the general power of administrative caution must be guided by the rules and principles of public administration,

which also apply to the administrative activities of the Armed Forces. Finally, some specific characteristics of military activities were briefly highlighted in this study, in order to foster the hypothesis under discussion also within military organizations.

KEYWORDS: Armed Forces disciplinary regulations. Precautionary measures. General power of caution.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas – 3 Poder geral de cautela do Estado-Juiz – 4 Poder geral de cautela na administração(?) – 5 Pela inviabilidade do poder geral de cautela na administração – 6 Pela viabilidade do poder geral de cautela na administração – 7 Viabilidade do poder geral de cautela na administração militar – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre as medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, bem como reflete sobre a viabilidade da adoção de medidas cautelares não previstas na legislação, com base no chamado “poder geral de cautela administrativo”.

O interesse pelo tema foi despertado em função da análise do Decreto nº 88.545/83 (Regulamento Disciplinar para a Marinha – RDM), do Decreto nº 76.322/75 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica – RDAer) e do Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército – RDE), nos quais é possível encontrar previsões esparsas de medidas com vocação cautelar.

O desenvolvimento do assunto se divide em três etapas: a primeira consiste em agrupar as medidas cautelares previstas nos regulamentos disciplinares de acordo com a pertinência temática, a fim de facilitar a compreensão do sistema; a segunda traz reflexões sobre a existência e a viabilidade do poder geral de cautela administrativo, com apoio na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012); e a terceira, destacando

algumas particularidades das atividades castrenses, direciona a hipótese em discussão para a administração pública militar.

Para atingir os objetivos, a metodologia utilizada partiu de um levantamento nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e na legislação correlata, seguindo-se pelo método de abordagem bibliográfica relativa aos pontos consolidados de direito administrativo, acrescido dos pontos específicos do regime jurídico especial que caracteriza o direito militar.

2 MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES DAS FORÇAS ARMADAS

De início, adverte-se que a matéria não se encontra assim sistematizada, nem com estas rubricas na legislação castrense, mas, para fins deste breve ensaio acadêmico, pode-se dizer que os regulamentos disciplinares das Forças Armadas contemplam quatro eixos de medidas com viés cautelar: a prisão flagrancial disciplinar, isto é, a prisão decorrente de voz de prisão imediata; a prisão preventiva, que consiste na manutenção do encarceramento durante a apuração da transgressão e antes da aplicação formal da penalidade; a privação de liberdade para

convalescença, que é uma espécie de medida de segurança protetiva imposta ao transgressor que se encontre momentaneamente desprovido de suas faculdades mentais; e o afastamento cautelar do militar inconformado, que é a retirada do inferior da linha de subordinação direta do superior hierárquico cujos atos questionou.

O primeiro eixo é composto das medidas cautelares flagranciais que autorizam e determinam que seja dada voz de prisão imediata ao militar pelo Comandante ou outro superior hierárquico que presencie a transgressão ensejadora da pronta intervenção, a fim de se paralisar incontinenti a conduta danosa à hierarquia e à disciplina.

Quanto a esse eixo, constam as seguintes disposições regulamentares:

Marinha - RDM - Decreto nº 88.545/83

Art. 41 – O superior deverá também dar voz de prisão imediata ao contraventor e fazê-lo recolher-se à sua Organização Militar quando a contravenção ou suas circunstâncias assim o exigirem, a bem da ordem pública, da disciplina ou da regularidade do serviço.

Parágrafo único – Essa voz de prisão será dada em nome da autoridade a que o contraventor estiver diretamente subordinado, ou, quando esta for menos graduada ou antiga do que quem dá a voz, em nome da que se lhe seguir em escala ascendente. Caso o contraventor se recuse a

declarar a Organização Militar em que serve, a voz de prisão será dada em nome do Comandante do Distrito Naval ou do Comando Naval em cuja jurisdição ocorrer a prisão.

Art. 42 – O superior que houver agido de acordo com os artigos 40 e 41 terá cumprido seu dever e resguardada sua responsabilidade. A solução que for dada à sua parte pela autoridade superior é de inteira e exclusiva responsabilidade desta, devendo ser adotada dentro dos prazos previstos neste Regulamento e comunicada ao autor da parte.

Parágrafo único – A quem deu parte assiste o direito de pedir à respectiva autoridade, dentro de oito dias úteis, pelos meios legais, a reconsideração da solução, se julgar que esta deprime sua pessoa ou a dignidade de seu posto, não podendo o pedido ficar sem despacho. Para tanto, a autoridade que aplicar a pena disciplinar deverá comunicar ao autor da parte a punição efetivamente imposta e o enquadramento neste Regulamento, com as circunstâncias atenuantes ou agravantes que envolveram o ato do contraventor.

Art. 43 – O subalterno preso nas condições do artigo 41 só poderá ser solto por determinação da autoridade a cuja ordem foi feita a prisão, ou de autoridade superior a ela.

Art. 44 – Esta prisão, de caráter preventivo, será cumprida como determina o artigo 24.

Aeronáutica - RDAer - Decreto nº 76.322/75

Art. 24. O tempo de detenção ou prisão é contado a partir do momento em que o transgressor é detido ou recolhido ao lugar destinado ao cumprimento da punição.

§ 1º Será computado o tempo de prisão preventiva e aquele em que o transgressor ficar recolhido, em virtude de voz de prisão recebida.

Exército - RDE - Decreto nº 4.346/02

Art. 12. Todo militar que tiver conhecimento de fato contrário à disciplina, deverá participá-lo ao seu chefe imediato, por escrito.

§ 1º A parte deve ser clara, precisa e concisa; qualificar os envolvidos e as testemunhas; discriminar bens e valores; precisar local, data e hora da ocorrência e caracterizar as circunstâncias que envolverem o fato, sem tecer comentários ou emitir opiniões pessoais.

§ 2º Quando, para preservação da disciplina e do decoro da Instituição, a ocorrência exigir pronta intervenção, mesmo sem possuir ascendência funcional sobre o transgressor, a autoridade militar de maior antigüidade que presenciar ou tiver conhecimento do fato deverá tomar providências imediatas e enérgicas, inclusive prendê-lo "em nome da autoridade competente", dando ciência a esta, pelo meio mais rápido, da ocorrência e das providências em seu nome tomadas.

O segundo eixo diz respeito à prisão preventiva, que pode suceder a voz de prisão supramencionada, e autoriza a manutenção da custódia do transgressor durante a sindicância (RDM e RDAer), ou, numa espécie de execução provisória da pena antes da conclusão do procedimento apuratório, autoriza o cumprimento imediato da penalidade com o fim de preservar a disciplina e o decoro da classe (RDE). Assim consta nos regulamentos disciplinares:

Marinha - RDM - Decreto nº 88.545/83

Art. 26 – Nenhuma pena será imposta sem ser ouvido o contraventor e serem devidamente apurados os fatos.

§ 3º – Quando houver necessidade de maiores esclarecimentos sobre a contravenção, a autoridade mandará proceder a sindicância ou, se houver indício de crime, a inquérito, de acordo com as normas e prazos legais.

§ 4º – Durante o período de sindicância de que trata o parágrafo anterior, o contraventor poderá ficar detido na Organização Militar ou em qualquer outro local que seja determinado.

§ 5º – Os militares detidos para averiguação de contravenções disciplinares não devem comparecer a exercícios e fainas, nem executar serviço algum.

Aeronáutica - RDAer - Decreto nº 76.322/75

Art. 34. Nenhuma punição será imposta sem ser ouvido o transgressor e sem estarem os fatos devidamente apurados.

3 – Quando forem necessários maiores esclarecimentos sobre transgressão, deverá ser procedida sindicância.

4 – Durante o período de investigações de que trata o número anterior, a pedido do respectivo encarregado da sindicância o Comandante poderá determinar a detenção do transgressor na Organização ou tem outro local que a situação recomendar, até um prazo máximo de oito dias.

5 – Os detidos para averiguações podem ser mantidos incomunicáveis para interrogatório da autoridade a cuja disposição se achem. A cessação da incomunicabilidade depende da ulatimação das averiguações procedidas com a máxima urgência, não podendo de qualquer forma, o período de incomunicabilidade ser superior a quatro dias.

Exército – Decreto nº 4.346/02

Art. 35. O julgamento e a aplicação da punição disciplinar devem ser feitos com justiça, serenidade e imparcialidade, para que o punido fique consciente e convicto de que ela se inspira no cumprimento exclusivo do dever, na preservação da disciplina e que tem em vista o benefício educativo do punido e da coletividade. (...)

§ 3º O militar poderá ser preso disciplinarmente, por prazo que não ultrapasse setenta e duas horas, se necessário para a preservação do decoro da classe ou houver necessidade de pronta intervenção.

Art. 49. O cumprimento da punição disciplinar por militar afastado totalmente do serviço, em caráter temporário, somente deverá ocorrer após sua apresentação "pronto na organização militar".

§ 1º O cumprimento da punição disciplinar será imediato nos casos de preservação da disciplina e de decoro da classe, publicando-se a nota de punição em boletim interno, tão logo seja possível.

Não passa despercebida a duvidosa juridicidade da “prisão para averiguação” prevista nos regulamentos disciplinares da Marinha e da Aeronáutica, na medida em que o texto não revela nenhuma finalidade cautelar, mas sugere a possibilidade de prender para investigar, o que destoa completamente da noção de cautelaridade em um devido processo legal. Diferentemente é o caso do RDE, o qual deixa

claro que o cumprimento imediato da punição é possível para a preservação da disciplina e do decoro da classe.

Desse modo, acredita-se que a custódia cautelar do transgressor deve ser algo excepcional e, mesmo no caso da Marinha e da Aeronáutica, deve ser fundamentada em fatos concretos reveladores da necessidade inadiável da medida.

O terceiro eixo de medidas cautelares também é uma espécie de privação da liberdade do transgressor, mas não se confunde com as duas hipóteses anteriores. Enquanto estas se justificam pela necessidade de pronta intervenção (eixo flagrantial) ou preservação da disciplina e decoro da classe (eixo da prisão preventiva), as que compõem o terceiro eixo da privação de liberdade para convalescença, além da vocação para manter ou restabelecer a ordem administrativa disciplinar, funcionam principalmente como uma garantia de que o transgressor não irá cumprir a pena antes de recobrar as faculdades mentais ou sensoriais prejudicadas por doença, acidente, embriaguez ou intoxicação, até porque não teria condições físicas para exercer a ampla defesa e o contraditório, e, provavelmente, não poderia entender antes da convalescença o caráter retributivo ou preventivo especial da pena.

São nestes termos as disposições regulamentares:

Marinha - RDM - Decreto nº 88.545/83

Art. 26, § 7º – Nenhum contraventor será interrogado se desprovido da plena capacidade de entender o caráter contravencional de sua ação ou omissão, devendo, nessa situação, ser recolhido a prisão, em benefício da manutenção da ordem ou da sua própria segurança.

Aeronáutica - RDAer - Decreto nº 76.322/75

Art. 34, item 2 - Nenhum transgressor será interrogado ou punido enquanto permanecer com suas faculdades mentais restringidas por efeito de doença, acidente ou embriaguez. No caso de embriaguez, porém, poderá ficar desde logo, preso ou detido, em benefício da própria segurança, da disciplina e da manutenção da ordem.

Exército - RDE - Decreto nº 4.346/02

Art. 39. Nenhum transgressor será interrogado ou punido em estado de embriaguez ou sob a ação de psicotrópicos, mas ficará, desde logo, convalescendo em hospital, enfermaria ou dependência similar em sua OM, até a melhora do seu quadro clínico.

Por fim, o quarto eixo cautelar refere-se ao afastamento do militar que tenha questionado ato de superior hierárquico, tanto por haver representado contra ato que considere injusto ou infringente das leis ou regulamentos militares (RDAer), quanto por meio de pedido de reconsideração em recurso disciplinar (RDE). São disposições que dão algum resguardo ao inferior

que intente questionar moderada e legalmente os atos de seus superiores, sem que isso reflita diretamente na relação de subordinação diária a que está submetido. *In verbis*:

Aeronáutica – RDAer – Decreto nº 76.322/75

Art. 62. O militar poderá representar contra ato de superior que considere injusto ou infringente das leis ou regulamentos militares a que:

- 1 – o atinja direta ou indiretamente; e
- 2 – atinja subordinado de quem seja chefe imediato.

Art. 65. A autoridade responsável pela solução da representação deve:

- 1 – afastar o representador da jurisdição do representado, logo que o serviço o permita;
- 2 – apreciar a representação, tomar as medidas regulamentares que se impuserem e publicá-las em boletim, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, a contar da data do recebimento da representação.

Exército – RDE – Decreto nº 4.346/02

Art. 56. O militar que requerer reconsideração de ato, se necessário para preservação da hierarquia e disciplina, poderá ser afastado da subordinação direta da autoridade contra quem formulou o recurso disciplinar, até que seja ele julgado.

§ 1º O militar de que trata o caput permanecerá na guarnição onde serve, salvo a existência de fato que nela contraindique sua permanência.

§ 2º O afastamento será efetivado pela autoridade imediatamente superior à recorrida, mediante solicitação desta ou do militar recorrente.

Não há previsão análoga no Regulamento Disciplinar para a Marinha, o que não impede que o Comandante da Organização Militar, no uso do poder geral de cautela ou simplesmente com base nos poderes administrativos que lhe são inerentes, afaste cautelarmente o militar que houver representado contra ato de superior ou que intente a reconsideração de decisão por meio de recurso administrativo disciplinar.

Além dessas hipóteses, o Estatuto dos Militares prevê a possibilidade de afastar o militar que, por sua atuação, se tornar incompatível com o cargo, ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, caso em que ficará privado do exercício de qualquer função militar até a solução do processo ou das providências legais cabíveis (art. 44 do Estatuto). Não se trata, aqui, de dar resguardo ao militar inconformado, mas sim, de tutelar a organização militar em face de atos violadores das obrigações e deveres militares.

3 PODER GERAL DE CAUTELA DO ESTADO-JUIZ

O poder geral de cautela do juiz “deve ser compreendido como um poder-dever, no sentido de que o magistrado se

utilizará de meios aptos a obter o resultado pretendido, sendo a proteção que deve fornecer a determinada situação impositiva” (PINHO, 2020, p. 564).

O referido poder-dever consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro como algo inerente à jurisdição, isto é, aquele que tem o poder de decidir pode-se valer não só das medidas previstas na legislação, como também pode lançar mão de medidas cautelares atípicas, na busca da efetividade do processo principal, tentando evitar ou debelar uma situação de risco processual.

Neste sentido, o art. 297 do NCPC prevê que o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Por sua vez, o art. 301 do mesmo código processual, além de exemplificar algumas medidas cautelares (típicas), contempla, na parte final do seu *caput*, a expressão “qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito”.

A fim de que este instituto não dê azo a arbitrariedades, é prudente lembrar que a discricionariedade limitada que caracteriza o poder geral de tutela é instrumental às finalidades da lei, inexistindo de forma autônoma e desvinculada de um

procedimento formal, de modo que, uma vez frustrados os objetivos legais, o ato dele decorrente será ilegítimo.

4 PODER GERAL DE CAUTELA NA ADMINISTRAÇÃO(?)

Alguns microsistemas administrativos preveem a possibilidade de adoção de medidas cautelares, por exemplo:

- a) o art. 147 da Lei nº 8.112/90 – Estatuto dos servidores públicos civis da União – prevê o afastamento preventivo do servidor público, como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade;
- b) o art. 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92 – Improbidade Administrativa – prevê o afastamento cautelar de agente público quando a medida se fizer necessária à instrução processual;
- c) o art. 44 da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – prevê o afastamento cautelar do agente responsável por irregularidade se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a

realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento;

d) o art. 10º, § 2º, da Lei nº 12.846/13 – Lei Anticorrupção – prevê que a suspensão cautelar dos efeitos do ato ou processo objeto da investigação;

e) o art. 61, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99 – Processo Administrativo Federal – prevê efeito suspensivo a recurso administrativo em caso de justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão. O art. 45 da mesma lei prevê que, em caso de risco iminente, a Administração Pública pode, motivadamente, adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Apesar dos dispositivos citados, pode-se dizer que não há consenso acerca da existência de um poder geral de cautela como instituto jurídico autônomo no âmbito administrativo, de modo que é lacunoso o estudo sobre quais seriam seus elementos, características, requisitos e limites.

Trata-se de matéria um tanto controversa e ainda não consolidada no cenário jurídico nacional, potencializada pelo fato de que a pertinência e a juridicidade de eventual medida

cautelar não prevista tende a variar de acordo com cada microsistema administrativo.

O que de fato se constata é a existência de bons fundamentos jurídicos de lado a lado, isto é, tanto negando a possibilidade do poder geral de cautela no âmbito administrativo, mormente pela incidência do princípio da legalidade, como também sustentando a legitimidade desse poder geral de cautela, desde que aplicado de modo razoável pela autoridade administrativa que, impelido pelo dever de decidir eficazmente, há de encontrar uma solução plausível que ponha a salvo o efeito da respectiva decisão, mas sem vilipendiar direitos fundamentais dos envolvidos.

5 PELA INVIABILIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA ADMINISTRAÇÃO

O mais reconhecido limite da atuação do Estado-Administração é o princípio da legalidade, isto é, em lógica oposta ao que ocorre entre particulares, o administrador público somente pode agir quando autorizada por lei, dentro dos limites que a lei estabelecer e seguindo o procedimento que a lei exigir (ALEXANDRE, 2015, p. 176). Na ausência de base normativa,

é vedada a atuação criativa da administração. Isso impõe concluir que medidas cautelares não previstas na legislação são ilícitas e proibidas.

Embora presente pressuposto fático que, segundo o juízo da autoridade administrativa, reclame a adoção de uma cautelar inominada, o motivo do ato administrativo estaria prejudicado por ausência de pressuposto jurídico. Bem assim, o objeto do ato seria ilegal, uma vez que a medida que se pretende efetivar no mundo dos fatos extrapola os limites da discricionariedade, a qual se restringe ao leque de opções previstas na legislação. A depender do caso concreto, portanto, a iniciativa do administrador que aplica medida cautelar a descoberto da lei poderia caracterizar abuso de poder.

Nesta vereda, adotar medida cautelar inominada representaria violação ao devido processo legal, na medida em que os atos administrativos devem-se pautar pela tipicidade, atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados (PIETRO, 2018, p. 282), o que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados, sobretudo quando estes têm o potencial de restringir direitos fundamentais ou de afetar o patrimônio de terceiros.

Indo mais além, caso se trate de uma medida cautelar que importe privação de liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais, a atuação do administrador poderia subsumir-se ao tipo penal previsto no art. 9º da Lei nº 13.869/19 – Lei de Abuso de Autoridade.

6 PELA VIABILIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA ADMINISTRAÇÃO

Ao tratar das infrações e sanções administrativas, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 859) assim conceitua o que chamou de “providências administrativas acutelatórias”:

[...] são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de imediato para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas, diversamente, é a de paralisar, comportamentos de efeitos danosos ou de abortar a possibilidade de que se desencadeiem.

O referido mestre leciona que quase sempre as providências administrativas acutelatórias precedem sanções administrativas, mas com elas não se confundem, e exemplifica:

A provisória apreensão de medicamentos ou alimentos presumivelmente impróprios para o consumo da população, a expulsão de um aluno que esteja se comportar inconvenientemente em sala de aula, a interdição de um estabelecimento perigosamente poluidor, quando a medida tenha que ser tomada sem delonga alguma, são medidas acautelatórias e só se converterão em sanções depois de oferecida oportunidade de defesa para os presumidos infratores.

Mello destaca que, em certos casos, a compostura da providência acautelatória é prestante também para cumprir a função de sanção administrativa, mas só assumirá tal caráter, quando for o caso, após a conclusão de um processo regular (2012, p. 876).

A adoção de medidas cautelares, portanto, vai ao encontro das prerrogativas e sujeições da Administração Pública, defluentes, respectivamente, da supremacia do interesse público e da indisponibilidade desse interesse, tudo alinhado com o dever de bem administrar a coisa pública, e em consonância com os princípios da autotutela, da eficiência, da razoabilidade e da presunção de veracidade¹, os quais também lhe servem de fundamento.

¹Em decorrência da presunção [relativa] de veracidade, costuma-se apontar a inversão do ônus da prova em desfavor do particular, a possibilidade de execução imediata da decisão e a ausência de efeito suspensivo de eventuais recursos administrativos.

É preciso pontuar que, quando a Administração exerce atipicamente a função decidir, ou seja, quando não está meramente executando as competências próprias da função administrativa, deve ela dispor de meios que assegurem a utilidade e a eficácia da futura decisão, à semelhança do que apregoa a teoria dos poderes implícitos.

Ao julgar questão atinente ao art. 61, parágrafo único, da lei nº 9.784/99, a Primeira Turma² do STF decidiu que “o poder geral de cautela alcança as decisões administrativas”. A Segunda Turma³ da Suprema Corte, por sua vez, ao julgar questão que envolvia questionamento de ato praticado com base no art. 45 da Lei nº 9.784/99, não só chancelou a validade do ato como fez consignar no inteiro teor do julgado que “a regra seria despicienda, por ser implícito, na norma que outorga o poder de decidir, o poder cautelar necessário a garantir a eficácia da eventual decisão futura”.

Sob outro ângulo, impedir que a autoridade competente se valha dos meios necessários – ainda que implícitos – para assegurar a efetividade da futura decisão, também é descumprir a norma que dá ânimo à letra da lei. Não se concebe um modelo

² RMS nº 25.104, Relator: Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 31-03-2006.

³ RMS 31973, Relatora Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 25/02/2014, Processo Eletrônico DJe-117. Publicado em 18-06-2014.

de administração gerencial e eficiente que não focalize o esforço no legítimo resultado esperado pelo legislador.

Não se pode perder de vista que a legalidade é um princípio que, assim como os demais princípios constitucionais, não é absoluto. A depender do caso concreto, o hiato normativo que impede o administrador de exercer eficazmente a sua competência pode ser objeto de ponderação, de modo a colmatar o paradigma normativo – muitas vezes desatualizado ou inadequado – com as necessidades fáticas urgentes imbricadas com o dever de decidir.

A adoção de medidas cautelares, no entanto, é cabível apenas quando presente o binômio: *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Além disso, a juridicidade de qualquer ato administrativo – sobretudo os restritivos de direitos, incluindo medida cautelar previstas na legislação – reclama uma análise fundamentada de adequação, necessidade e proporcionalidade. A adoção de medida cautelar baseada primordialmente no poder geral de cautela, por mitigar em certa medida a legalidade estrita que baliza os atos da Administração, deve superar um ônus ainda mais elevado de motivação, de modo que os fundamentos adotados revelem *primo ictu oculi* a razoabilidade da medida.

Como já dito alhures, quem tem o dever de decidir, tem implícito o poder de pôr a salvo a eficácia do processo decisório, de modo que, deixar de tomar uma providência acautelatória urgente, em função da ausência de norma expressa, pode configurar uma proteção deficiente do interesse público subjacente, o que macula a juridicidade da atuação sob o viés positivo do princípio da proporcionalidade.

7 VIABILIDADE DO PODER GERAL DE CAUTELA NA ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Uma vez admitida a viabilidade do poder geral de cautela na seara da administração pública civil⁴, deve-se admiti-la no seio da administração pública militar, eis que, onde há as mesmas razões, deve haver o mesmo direito (*ubi eadem est ratio ibi ide jus*).

A atuação administrativa das instituições militares é manifestação do direito administrativo militar, sub-ramo do direito público administrativo (DUARTE, 1998, p. 4); e, neste sentido, é também balizada pelas disposições constitucionais

⁴ Mesmo entendendo que, em verdade, a Administração é *una*, englobando a civil e a militar, referimo-nos às autoridades civis que atuam em nome dos órgãos e das entidades que não sejam instituições militares das Forças Armadas.

atinentes à administração (CF/88, Título III, Capítulo VII), às quais se agregam especificidades que só reforçam a necessidade do exercício do poder de cautela.

Sob um enfoque administrativo, cada Organização Militar é um órgão público complexo, que se manifesta por meio de uma categoria especial de servidores da Pátria (art. 3º da Lei nº 6.880/80 - Estatuto dos Militares), sujeitos a um regime de vinculação especial (art. 142, §§ 2º e 3º, da CF, e Lei nº 6.880/80), os quais, animados por regras e princípios específicos (CF, Título V, Capítulo II), prestam serviço público típico e contínuo relacionado à destinação constitucional primária (art. 142 da CF) ou às atribuições legais secundárias das Forças Armadas (arts. 16 a 18 da LC nº 97/99), gerindo bens públicos e empregando os materiais bélicos de que são dotados.

A hierarquia e a disciplina são os pilares das forças militares, constituindo, sob o ponto de vista institucional, a base de toda a estrutura administrativa e operacional e, sob o prisma dos militares, um dever a ser mantido em todas as circunstâncias da vida (art. 14, § 3º, da Lei nº 6.880/80).

Nas palavras de Jorge César de Assis (2007, p. 67), “o sistema jurídico militar vigente no Brasil pressupõe uma indissociável relação entre o poder de mando dos Comandantes,

Chefes e Diretores Militares (conferido pela Lei e delimitado por esta) e o dever de obediência de todos os que lhe são subordinados”.

O presentante genuíno da Administração militar é o Comandante, militar que é responsável pela administração, emprego, instrução e disciplina de uma Organização Militar. O exercício desse nobre mister reclama, naturalmente, um diferenciado complexo de atribuições, deveres e encargos.

Sobre a existência de medidas administrativas acauteladoras relacionadas à atuação administrativa do Comandante, cite-se o imediato afastamento ou o impedimento do militar que, por sua atuação, se tornar incompatível com o cargo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares (art. 44 da Lei nº 6.880/80); bem assim, a revogação a qualquer tempo da autorização para porte de arma pela praça que não mantenha conduta ilibada (Portaria D-Log nº. 01/2006).

Para além das hipóteses expressas na legislação, o Comandante pode e deve valer-se dos poderes normativo, hierárquico e de polícia, com a adoção das medidas cautelares pertinentes para garantir que a Unidade esteja sempre em condições de ser empregada, bem como para compelir os

subordinados ao cumprimento do dever e à satisfação de seus compromissos morais, pecuniários e de assistência à família⁵.

Exemplificativamente, o Comandante pode alterar as normas gerais de ação do quartelamento com base no poder normativo. Com base no poder de polícia, pode limitar de modo geral as atividades desenvolvidas na OM, o exercício de certos direitos pelos subordinados e o uso dos bens públicos ou privados em área sob administração militar. O poder hierárquico agasalha uma larga gama de atos que constituem reserva de discricionariedade⁶ do Comandante, os quais envolvem boa parte dos quatro eixos de atuação administrativa militar: pessoal, informações, operações e logística/patrimônio. O poder disciplinar exercido pela autoridade militar, por sua vez, é potencializado pelo dever ímpar de obediência do subordinado⁷

⁵ Neste sentido dispõe o art. 23, inciso II, do Regulamento Interno e dos Serviços Gerais R-1 – RISG: esforçar-se para que os seus subordinados façam do cumprimento do dever militar um verdadeiro culto e exigir que pautem sua conduta civil pelas normas da mais severa moral, orientando-os e compelindo-os a satisfazerem seus compromissos morais e pecuniários, inclusive de assistência à família, e punindo-os disciplinarmente quando se mostrarem recalcitrantes na satisfação de tais compromissos;

⁶ Essa margem de liberdade decorre do caráter geral e abstrato da lei, que, dificilmente, regulará, de forma minuciosa, a atuação administrativa (ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2010, p. 65).

⁷ CPM. Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sôbre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever impôsto em lei, regulamento ou instrução:

e pela limitação do seu direito de se expressar contra atos superiores⁸.

Outra medida cautelar bastante razoável que o Comandante pode adotar, a exemplo do que preceitua o parágrafo único do art. 61 da Lei nº 9.784/99⁹, é deixar de aplicar imediatamente a sanção disciplinar, especialmente aquela incidente sobre o *status libertatis* do subordinado, quando tomar conhecimento de fato capaz de fulminar a presunção de veracidade da nota de punição, uma vez que o eventual cumprimento de penalidade restritiva de liberdade que venha a ser reconsiderada ou anulada constitui injustiça que jamais será integralmente reparada.

A especificidade do vínculo jurídico administrativo incidente sobre os militares é bastante visível no texto constitucional, o qual excetua as transgressões e os crimes

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

⁸ CPM. Art. 166. Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

⁹ Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

propriamente militares, nos casos definidos em lei¹⁰, da necessidade de ordem escrita para a prisão de alguém, (art. 5º, inciso LXI), ao mesmo tempo em que não admite *habeas corpus* em relação a punições disciplinares (art. 142, § 2º). O art. 142, § 3º, inciso X, delega à lei dispor sobre direitos, deveres e outras situações especiais dos militares, ressaltando as peculiaridades de suas atividades.

O Estatuto dos Militares, por sua vez, delega aos regulamentos disciplinares a especificação das transgressões e a edição de normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares (art. 47), além de ratificar o dever de obediência, expor os valores e preceitos ético-militares, com destaque para a dedicação e fidelidade à Pátria, até mesmo com o sacrifício da própria vida (art. 27, inciso I; e art. 31, inciso I).

O direito disciplinar militar das Forças Armadas, por meio de seus regulamentos, é o mais incisivo do gênero, sendo que, após a vigência da Lei nº 13.967/19, é o único que contempla sanções administrativas privativas de liberdade; e, conseqüentemente, é o único que admite medida cautelar dessa natureza, o que se justifica pelas peculiaridades da atividade

¹⁰ Ante a inexistência de decisão em sentido contrário, os regulamentos disciplinares que sofreram alteração por decreto após a CF/88 serão considerados, quanto a este ponto, constitucionais para fins deste trabalho acadêmico.

militar, sendo tais características referendadas pela jurisprudência:

APELAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MILITAR. FORÇAS ARMADAS. EXCESSO NÃO DEMONSTRADO. 1. É fato incontroverso que o autor não estava vestido adequadamente, pois estava usando abrigo em vez do uniforme correto, além de não ter prestado continência. Na vida civil, pode parecer mero detalhe, mas no âmbito militar, o cumprimento correto e a apresentação adequada são elementos essenciais da disciplina. A atitude enérgica da autoridade militar não configurou excesso, haja vista os princípios que regem as Forças Armadas e o necessário rigor com que, muitas vezes, o comandante militar necessita utilizar a fim de assegurar sua autoridade por parte dos subordinados. Não há vício de ilegalidade na prisão disciplinar do autor. [...] (TRF4, AC nº 5000059-23.2016.4.04.7103, Quarta Turma, Relator para Acórdão: Cândido Alfredo Silva Leal Junior, julgado em 12/06/2019)

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR MILITAR - FORMULÁRIO DE APURAÇÃO DE TRANSGRESSÃO MILITAR (FATD) - IRREGULARIDADE. NÃO VERIFICADA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - OBSERVÂNCIA - PRISÃO CAUTELAR - DETENÇÃO - BIS IN IDEM - INOCORRÊNCIA - DANO MORAL - NÃO CONFIGURADO. [...] 2 – A prisão disciplinar no âmbito militar, para fins de preservação da disciplina e do decoro da Instituição, nas

hipóteses em que se exija a pronta intervenção, na forma do artigo 12, §§ 3º e 4º, e do artigo 35, §3º, ambos do Decreto 4.346/02, possui natureza cautelar, não eximindo o transgressor da possibilidade de que, findo o procedimento administrativo de apuração, seja-lhe imputada punição mais gravosa e harmônica com a falta, sem que daí se possa inferir qualquer violação ao princípio da vedação ao *bis in idem*. Precedente. [...] (TRF3, Ap n° 1848988-0007263-02.2011.4.03.6104, Décima Primeira Turma, Rel. Juíza Convocada Noemi Martins, julgado em 24/10/2017)

O princípio da prevalência total do interesse público sobre o particular¹¹, bem como a busca obstinada da eficiência administrativa e operacional da Força, também podem justificar a adoção eventual de medida cautelar inominada pelo Comandante.

A necessidade de manter a eficiência da administração militar, aliás, exige daquele que exerce a função de comando uma postura proativa e enérgica, sob pena de ser responsabilizado pessoalmente de diversas formas, por exemplo, na via administrativa disciplinar, com base nos regulamentos disciplinares e de administração de cada Força. Neste sentido, o

¹¹ Ao tratar dos princípios básicos de responsabilização, o art. 107 do Decreto nº 98.820/90 – Regulamento de Administração do Exército (RAE)-(R-3), dispõe A responsabilidade dos agentes da administração decorre do princípio da prevalência total do interesse público ou coletivo sobre o particular.

art. 125, item “3”, do Regulamento de Administração do Exército (RAE)-(R-3), dispõe que o servidor, militar ou civil, no desempenho de qualquer função administrativa, será responsabilizado pela ineficiência de sua administração em qualquer cargo ou encargo. Na via cível pode haver obrigação de ressarcir danos ao erário, tanto com base na lei civil como na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92). Na via ética podem ser invocados o Decreto nº 71.500/72 ou a Lei nº 5.836/72 ante a incapacidade demonstrada no exercício de funções militares.

Especificamente em relação ao Comandante, a depender da intensidade da ineficiência da força sob seu comando, poderá também haver responsabilização na via criminal (art. 198 do CPM¹²). Bem assim, a ausência de controle apropriado sobre os subordinados acarreta a responsabilidade pessoal do Comandante nos casos de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional (art. 28 do Decreto nº 4.388/02).

Quanto ao *fumus boni iuris e periculum in mora*, a aferição da necessidade inadiável de uma medida cautelar na seara administrativa militar há de encontrar fundamento nos

¹² CPM, art. 198: Deixar o comandante de manter a força sob seu comando em estado de eficiência:

Pena - suspensão do exercício do posto, de três meses a um ano.

preceitos consagrados na Constituição Federal e no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80), como instrumento de manutenção da hierarquia, da disciplina, dos valores e da ética militar.

Acredita-se, portanto, que o Comandante – administrador militar por excelência –, tal qual o administrador civil, contanto que uma robusta motivação demonstre a razoabilidade da decisão, e desde que sejam respeitados os direitos fundamentais do transgressor, pode-se valer de medidas imediatas não contempladas ou não imaginadas pelo legislador. Para prevenir danos sérios à ordem administrativa militar e ao respectivo interesse público específico que orbita na atividade castrense, poderá paralisar comportamentos danosos às instituições militares ou incompatíveis com a hierarquia e a disciplina ou, ainda, para evitar um dano em escala no seio das organizações militares.

8 CONCLUSÃO

Apesar da ausência de sistematização da matéria, o estudo conjunto dos regulamentos disciplinares da Marinha (Decreto nº 88.545/83), da Aeronáutica (Decreto nº 76.322/75) e do Exército (Decreto nº 4.346/02) revela a existência de quatro

eixos de medidas cautelares disciplinares expressas, os quais foram categorizados neste artigo como prisão flagrancial disciplinar, prisão preventiva, privação da liberdade para convalescença e afastamento cautelar do militar inconformado com atos superiores.

Fora dos casos expressos na legislação, é controversa a possibilidade de atuação de autoridades administrativas com base no poder geral de cautela, que é consagrado no direito processual civil em relação à atuação do Estado-juiz, mas não é muito difundido no âmbito do direito administrativo, o que torna a sua aplicação, no âmbito da Administração pública, sempre passível de crítica.

Eventual necessidade de adotar uma medida urgente não arrolada expressamente na legislação, mas que seja necessária para salvaguardar a ordem administrativa, impõe uma espécie de paradoxo sobre aquele que tem o dever de decidir: abster-se, em obediência à legalidade estrita, evitando possíveis questionamentos do ato, ou agir, evocando o poder geral de cautela, em busca da satisfação do interesse público com base na finalidade da norma.

Buscando fundamentos jurídicos e também questões práticas que permitam fomentar o debate sobre o poder geral de

cautela no âmbito administrativo, foram agrupados os argumentos prós e contra desse modo de atuar.

Pela inviabilidade do poder geral de cautela destaca-se o princípio da legalidade, a partir do qual é vedada a atuação administrativa na ausência de norma expressa, resultando na invalidade do ato administrativo, tanto pela falta de pressuposto jurídico, quanto pelo excesso de poder no exercício das competências administrativas. Com efeito, eventual restrição de direitos com base unicamente em um suposto poder geral de cautela violaria o direito ao devido processo legal administrativo. Por fim, em se tratando de privação cautelar da liberdade por determinação da autoridade administrativa fora das hipóteses expressas na legislação, a atuação poderia caracterizar crime de abuso de autoridade.

De outro lado, pela viabilidade do poder geral de cautela administrativo, parte da doutrina sustenta a sua compatibilidade com os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público, da autotutela, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade. Considerando que a administração pública também exerce, de modo atípico, a função decisória, tem o poder-dever de pôr a salvo a eficácia do processo decisório, com base em raciocínio

análogo ao da teoria dos poderes implícitos. Presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a adoção de determinada providência acautelatória pode representar a única forma de evitar a proteção deficiente do interesse público ameaçado.

Os mesmos fundamentos subsistem no âmbito da administração militar, cujas particularidades só reforçam a viabilidade do poder geral de cautela, desde que as medidas sejam estritamente necessárias à manutenção de outros valores de envergadura igualmente constitucional, como hierarquia e disciplina, princípios indispensáveis para que as Forças Armadas estejam sempre aptas a cumprir sua missão constitucional.

Compreendendo o direito administrativo militar como ramo específico do direito administrativo e, sem olvidar da matriz administrativista já consolidada que se debruça sobre o tema, é imprescindível pensar os temas de direito militar à luz das especificidades castrenses.

Neste sentido, as prerrogativas e sujeições incidentes sobre os militares devem ser sopesadas de acordo com vínculo jurídico constitucionalmente diferenciado a que eles se submetem. Por sua vez, os atos do Comandante relacionados à hierarquia e disciplina da tropa e à gestão dos bens e materiais

bélicos não podem ser equiparados a meras formalidades burocráticas, vez que norteados e respaldados por estatuto deontológico especial, em cujo âmago se encontram muitos dos parâmetros da discricionariedade de seus atos. A eficiência que norteia a atividade militar também é qualificada e deve ser buscada e mantida com um empenho acima do mediano, principalmente pelo Comandante, que pode responder inclusive criminalmente por deixar de manter a Força sob seu comando em estado de eficiência.

As medidas que são previstas expressamente nos regulamentos, a exemplo dos quatro eixos supramencionados, podem ser aplicadas sem maiores receios com base no princípio da legalidade, podendo eventualmente sua intensidade ser reduzida pela autoridade competente com base na proporcionalidade e razoabilidade, como, por exemplo, determinar a convalescença de transgressor na enfermaria em vez de local destinado à prisão (RDM e RDAer), ou substituir a prisão preventiva por impedimento disciplinar preventivo.

Em relação a medidas não previstas na legislação, é necessário diferenciar as que incidem sobre direitos fundamentais das que estão abrangidas pela reserva de discricionariedade do Comandante. Assim, não poderia a

autoridade administrativa implementar medida cautelar não regulamentada que atente diretamente contra os bens e a liberdade do transgressor, mas poderia adotar todas as outras que, sem violar os direitos fundamentais, estejam abrangidas pelo plexo de atribuições inerentes a quem tem o dever de decidir.

Por todo o exposto, sendo ou não reconhecida a existência do “poder geral de cautela administrativo”, é preciso reconhecer que o dever de decidir imposto à autoridade administrativa – em especial ao Comandante militar – traz consigo também o poder-dever de adotar as medidas cautelares necessárias para pôr a salvo o processo decisório, o que deve ser feito em consonância com os princípios do direito administrativo, civil e militar, e com respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2010.

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito administrativo esquematizado*. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. Curitiba: Juruá, 2007.

DUARTE, Antônio Pereira. *Direito Administrativo militar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Inconstitucionalidade do processamento e do julgamento de crimes propriamente militares pelo juízo monocrático na Justiça Militar da União

Leonardo Jucá Pires de Sá

Analista do Ministério Público da União

RESUMO: A Lei nº 13.774/2018 inaugurou a competência monocrática na JMU, por meio do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992. Todavia, devido à possibilidade de comunicação de elementares do tipo penal, esse novo dispositivo atribuiu ao juízo singular a competência para o julgamento de crimes propriamente militares praticados por militar em concurso com um agente civil. Nos crimes militares próprios, a lesão ou a ameaça de lesão à hierarquia e à disciplina representam

genericamente uma maior gravidade, legitimando-se o especial tratamento normativo. O escabinato constitui a essência da Justiça Militar, de modo que esta não poderia existir sem aquele, sob pena de não ser possível ofertar uma tutela penal adequada aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina. Portanto, o julgamento de crimes militares próprios deve-se dar perante o Conselho de Justiça, órgão mais capacitado para avaliar com acurácia, no que toca aos referidos princípios, o contexto, os elementos e as consequências da conduta supostamente delituosa. Embora seja possível aventar-se a possibilidade de separação de processos (dado que o civil não é alcançado pelo particular regime jurídico e moral da sociedade militar), o fato de o agente civil, deliberada e conscientemente, atentar contra as vigas mestras das organizações castrenses, utilizando-se do conluio com um membro dessa instituição e praticando os crimes mais característicos e peculiares do Direito Penal Militar, poderá servir como fundamento para que seu julgamento se dê também perante o Conselho de Justiça, ensejando o reconhecimento da inconstitucionalidade parcial do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992.

PALAVRAS-CHAVE: Competência monocrática. Art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992. Crimes propriamente militares. Comunicação de elementares. Julgamento de civil pela Justiça Militar.

ENGLISH

TITLE: Unconstitutionality of the processing and judgment of properly military crimes by the monocratic judge in the Union Military Justice.

ABSTRACT: The nº Law 13.774/2018 inaugurated a monocratic competence in the Union Military Justice, according to art. 30, I-B, of the Law nº 8.457/1992. However, due to the possibility of communication of elements, this new rule attributed to the singular judge the competence to judge properly military crimes committed by military personnel grouped with a civilian agent. In properly military crimes, the injury or the threat of injury to the hierarchy and discipline generically represents greater gravity, legitimizing the special normative treatment. The escabinato is the essence of Military Justice, which could not exist without that judicial body, under the penalty of not being able to offer adequate criminal protection to

the constitutional principles of hierarchy and discipline. Therefore, the judgment of properly military crimes must take place before the Council of Justice, the most qualified body to accurately assess, regarding the aforementioned principles, the context, elements and consequences of the allegedly criminal conduct. Although it is possible to consider the possibility of separating processes, given that the civilian is not reached by the particular legal and moral regime inherent in military society, the fact that this agent, deliberately and consciously, attacks the cornerstones of military organizations, using the collusion with a member of this institution and practicing the most characteristic and peculiar crimes of Military Criminal Law, might serve as a basis for his judgment to also take place before the Council of Justice, giving rise to the recognition of the partial unconstitutionality of art. 30, I-B, of Law nº 8.457/1992.

KEYWORDS: Monocratic competence. Art. 30, I-B, of the Law 8.457/1992. Properly military crimes. Communication of elements. Trial of civilians within the Military Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Competência da Justiça Militar da União – 3 A crítica ao julgamento de civis pela Justiça Militar em tempo de paz – 4 A solução dada pela Lei nº 13.774/2018: surgimento do juízo monocrático na JMU – 5 Crimes propriamente militares e o concurso de pessoas – 6 Inconstitucionalidade do processamento e do julgamento de crimes propriamente militares pelo juízo monocrático – 6.1 Os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina – 6.2 Crimes propriamente militares e a ofensa aos princípios da hierarquia e da disciplina – 6.3 O escabinato como essência da Justiça Militar – 6.4 Inconstitucionalidade parcial do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992 – 6.4.1 Análise da possibilidade de separação de Processos – 6.4.2 Análise da possibilidade de julgamento único perante o Conselho de Justiça – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem o intuito de suscitar a discussão a respeito de um dos desdobramentos da Lei nº 13.774/2018, que, entre outras inovações, criou a competência monocrática no

âmbito da Justiça Militar da União (art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992). A iniciativa foi louvável, sobretudo como resposta institucional às críticas feitas ao julgamento de civis pela Justiça Militar em tempo de paz, dado que estes não estão sujeitos ao regime especial inerente às instituições militares.

Todavia, o novo tratamento normativo criou uma situação cuja constitucionalidade merece ser examinada sob criteriosas lentes. Trata-se do crime militar próprio (ou propriamente militar) praticado por militar em concurso de pessoas com um agente civil, hipótese esta viabilizada pela comunicação de elementares do tipo penal. Segundo a literalidade do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992, a competência para o respectivo processamento e julgamento seria atribuída ao recém-surgido juízo singular.

Ocorre que o julgamento de um crime propriamente militar – enquanto categoria especial no universo de crimes militares – por um magistrado civil, monocraticamente, parece contrariar a razão de ser da Justiça Militar, historicamente estruturada sobre o instituto do escabinato. Nessa toada, poderia haver uma deficiência na tutela penal dos princípios da hierarquia e da disciplina.

De início, serão tecidas breves considerações acerca da competência da Justiça Militar da União e da sua estreita ligação com o conceito de crime militar. Em seguida, abordar-se-á a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 289, que teve um importante papel na gênese da Lei nº 13.774/2018. Após algumas considerações sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do julgamento de civis pela Justiça Militar, será analisado o tratamento dado pela Lei nº 13.774/2018 à matéria.

Posteriormente ao estudo das especificidades dos crimes propriamente militares e da possibilidade de seu cometimento por militar e civil em concurso de pessoas, será examinada a constitucionalidade do julgamento de crimes militares próprios pelo Juiz Federal da Justiça Militar de forma unipessoal, fazendo-se as devidas considerações em relação aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, ao escabinato e às particularidades do agente civil.

Ressalte-se que todas as análises e conclusões expostas no presente trabalho têm apenas a humilde intenção de trazer à comunidade jurídica o debate sobre a questão, colaborando, no que for possível, para a consolidação e a operabilidade da legislação processual penal militar, a qual é de suma

importância para o desempenho das missões da Justiça Militar da União.

2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

A competência da Justiça Militar da União tem fundamento no art. 124 da Constituição Federal, o qual delega ao mais antigo ramo do Poder Judiciário brasileiro o exercício da jurisdição no caso dos “crimes militares definidos em lei”¹.

Nota-se que o constituinte originário não definiu o conceito de “crime militar”, remetendo o encargo à legislação ordinária. A matéria foi disciplinada pelo Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001/1969), sendo elencados, nos seus arts. 9º e 10, respectivamente, os crimes militares em tempo de paz e os crimes militares em tempo de guerra. Adotou-se, portanto, o critério *ratione legis* para a definição de crime militar².

¹ Segundo Jorge Cesar de Assis (2012, p.179), o conceito de jurisdição remete à aplicação do direito vigente ao caso concreto, enquanto a competência se refere aos limites dessa jurisdição. Logo, cada juiz exerce sua parcela de jurisdição de acordo com o que lhe foi outorgado pela Constituição e pelas Leis.

² ALVES-MARREIROS, A. Conceito e definição doutrinária e legal de crime militar. In ALVES-MARREIROS, A.; FREITAS, R.; ROCHA, G. *Direito Penal Militar: teoria crítica & prática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. ISBN Digital: 9788530964917. *E-book*. Posição 2784.

É recorrente na jurisprudência a afirmação de que a Justiça Militar da União detém competência para julgar os “crimes militares”, e não os “crimes dos militares”, sendo importante tal distinção. Nesse sentido:

A competência da JMU não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, "ratione personae". É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – inclusive do civil – ao preceito primário incriminador, consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar – CPM). O foro especial da JMU inexistente para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos de natureza militar.

(STM, HC 0000193-37.2014.7.00.0000, Relator(a): Min. FERNANDO SÉRGIO GALVÃO. Data de julgamento: 19/12/2014. Data de Publicação: 09/02/2015)

A partir dos arts. 9º e 10 do CPM, constata-se haver expressa previsão legal de que tanto militares (da ativa ou inativos) quanto civis podem cometer crimes militares. Daí a conclusão de que a Justiça Militar da União tem competência para julgar militares ou civis, desde que cometam crimes militares. Afinal, a competência da JMU é estabelecida na Constituição a partir de um critério *ratione materiae*, e não *ratione personae*. É dizer, importa estar presente a natureza

militar da infração penal, sendo irrelevante, *a priori*, o sujeito que a comete.

Embora fuja do escopo deste artigo, cabe apontar brevemente que a Justiça Militar dos Estados-Membros não detém autorização para julgar civis, dado que sua competência se funda em dispositivo constitucional diverso, qual seja, o art. 125, §§ 4º e 5º. Segundo o §4º do referido artigo, compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Observa-se que a Constituição restringe a competência criminal da Justiça Militar estadual ao processamento e julgamento dos militares estaduais (integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, nos termos do art. 42 da CF), o que não ocorre com a Justiça Militar da União.

3 A CRÍTICA AO JULGAMENTO DE CIVIS PELA JUSTIÇA MILITAR EM TEMPO DE PAZ

Embora seja indiscutível a existência de previsão normativa para o julgamento de civis pela Justiça Militar da União, essa realidade era alvo de críticas, ao menos em relação a fatos ocorridos em tempo de paz.

Em 2013, a Procuradoria-Geral da República propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 289, pedindo que se desse interpretação conforme a Constituição ao art. 9º, I e III, do CPM, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para que fosse reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e para que esses crimes fossem submetidos a julgamento pela justiça comum, federal ou estadual.

Sustentou a PGR, em síntese, que a submissão de civis, em tempo de paz, à jurisdição militar significaria estender a eles, por via transversa, os princípios e diretrizes próprios do regime jurídico-constitucional especial dos militares, cujo objetivo é resguardar a hierarquia e a disciplina, como forma de assegurar o cumprimento de suas missões, que são a defesa da pátria, a

garantia dos poderes constitucionais e a garantia, por iniciativa destes, da lei e da ordem.

Ressalte-se que, à época da propositura da ADPF nº 289, a competência para o julgamento de civis, em tempo de paz, na Justiça Militar era restrita ao Conselho Permanente de Justiça da JMU. Trata-se de órgão judicial colegiado, em sistema de escabinato, composto por um juiz civil, com formação jurídica (então denominado “Juiz-Auditor”), e quatro juízes militares (oficiais de carreira escolhidos por sorteio para o exercício da função jurisdicional). Assim, pode-se dizer que os civis eram julgados por militares, mesmo em tempo de paz. Curiosamente, em tempo de guerra, a previsão legal é de que o civil que cometer crime militar será julgado monocraticamente pelo juiz togado, sem a participação de juízes militares (ao menos no primeiro grau de jurisdição).

Durante o trâmite da ADPF nº 289, foram admitidos diversos *amici curiae*, tendo se manifestado pela improcedência do pedido a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Defesa, o Comando da Marinha, o Comando do Exército, o Comando da Aeronáutica, o Superior Tribunal Militar e também o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Embora a ação de controle concentrado ainda esteja pendente de julgamento, a tese

nela veiculada tem alguma reverberação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual adota uma interpretação restritiva das hipóteses legais de julgamento de civis pela jurisdição militar em tempo de paz.

Nesse sentido é o enunciado nº 36 da Súmula Vinculante do STF:

Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil.

No precedente representativo que embasou o enunciado, o Ministro Celso de Mello (relator) consignou em seu voto que:

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendido, em casos idênticos ao ora em análise, que não se tem por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se a ação eventualmente delituosa, por eles praticada, não afetar, de modo real ou potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares que constituem, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados. (STF, HC 110.237, Segunda Turma. Voto do rel. min. Celso de Mello. Data do julgamento: 19/02/2013. Data da publicação: 04/03/2013).

Depreende-se que, na visão da Suprema Corte, não bastaria a mera subsunção do fato às hipóteses do art. 9º do CPM para que haja a configuração do crime militar. Seria necessária a ofensa a bem jurídico intimamente ligado às instituições militares, tais como a hierarquia, a disciplina, a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e a garantia da lei e da ordem, estes previstos no art. 142 da Constituição.

4 A SOLUÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.774/2018: SURGIMENTO DO JUÍZO MONOCRÁTICO NA JMU

Buscando uma resposta razoável para a questão, a Lei nº 13.774/2018 alterou a Lei nº 8.457/1992, que dispõe sobre a organização e o funcionamento da Justiça Militar da União.

Pela inclusão do inciso I-B no art. 30 da Lei nº 8.457/1992, foi inaugurada a competência monocrática no primeiro grau da JMU, atribuindo-se ao Juiz Federal da Justiça Militar a competência para processar e julgar civis nos casos do art. 9º, I e III, do CPM, assim como militares, caso estes sejam acusados juntamente com aqueles no mesmo processo.

Até então, os órgãos de julgamento em primeira instância da JMU eram todos colegiados, em sistema de escabinato, consistindo no Conselho Especial de Justiça e no Conselho Permanente de Justiça, cujas competências são dadas pelo art. 27 da Lei nº 8.457/1992.

Ao Conselho Especial de Justiça compete processar e julgar oficiais, nos termos do art. 27, I, da Lei nº 8.457/1992. A exceção se resume aos oficiais-generais, aos quais é reconhecido o foro por prerrogativa de função no Superior Tribunal Militar (art. 6º, I, “a”, da Lei nº 8.457/1992).

Quanto aos civis, era pacífico o entendimento de que seriam processados e julgados pelo Conselho Permanente de Justiça, haja vista que a antiga redação do art. 27, II, da Lei nº 8.457/1992 estabelecia ser de sua competência o processamento e o julgamento de acusados que não fossem oficiais, previsão que abrangia as praças e os civis.

Contudo, na redação dada pela Lei nº 13.774/2018 ao inciso II do art. 27, tem-se que é da competência do Conselho Permanente de Justiça processar e julgar militares que não sejam oficiais. Note-se que o termo “acusados” foi substituído pelo termo “militares”, o que certamente exclui os acusados civis.

À primeira vista, parece superada a celeuma do julgamento de civis por órgãos judiciais militares em tempos de paz. Embora ainda seja possível a prática de crime militar por civis, e ainda que seu processamento e julgamento seja da competência da Justiça Militar da União, o órgão judicial competente consistiria em um juiz civil, com formação jurídica (como é a regra no ordenamento brasileiro), sem a participação de juízes militares.

5 CRIMES PROPRIAMENTE MILITARES E O CONCURSO DE PESSOAS

Os crimes militares podem ser classificados em *próprios* ou *impróprios*, sendo também utilizadas as expressões *crimes propriamente militares* e *impropriamente militares*. Embora seja relevante a distinção, dado que as citadas categorias se submetem a regimes jurídicos diversos, não há norma legal a traçar com precisão a fronteira entre ambas. Dessarte, a tarefa fica a cargo da doutrina e da jurisprudência, não se trata de matéria pacificada.

De início, deve-se frisar que, embora a qualidade de “militar” do sujeito ativo seja um dado relevante na

diferenciação dos crimes propriamente e impropriamente militares, não há plena coincidência entre essa dualidade e a divisão dos crimes (militares ou não) em “próprios” ou “comuns”, a qual se refere exclusivamente à eventual exigência de uma qualidade especial do sujeito ativo.

Cícero Coimbra³ expõe de forma analítica as principais teorias doutrinárias para a caracterização dos crimes militares próprios. Parece ser pacífico que tais crimes estão previstos no CPM e que não têm previsão idêntica na legislação penal comum. Contudo, a recíproca (“todo crime previsto no CPM e que não tem previsão idêntica na legislação penal comum é crime militar próprio”) pode ser verdadeira ou não, a depender da teoria adotada. A seguir, um breve panorama acerca do tema.

Conforme a teoria clássica, os crimes propriamente militares só podem ser cometidos por militares, pois consistem em violação dos deveres que lhes são próprios. Ex: deserção (art. 187 do CPM); cobardia (art. 363); dormir em serviço (art. 203). Já os impróprios são crimes militares que, em sua natureza, são crimes comuns, e podem ser praticados por civil ou militar. Ex: homicídio praticado por militar contra outro

³ NEVES, C. R. C; STREIFINGER, M. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN Digital: 9788502217263. E-book. Posição 2193 a 2358.

militar, ambos em situação de atividade (art. 9º, II, a. c/c o art. 205); violência contra sentinela (art. 158). Como exceção, menciona-se o crime de insubmissão, o qual é considerado crime militar próprio, mas somente pode ser cometido por civil. O caso é peculiar porque a qualidade de militar do faltoso é condição de punibilidade ou de procedibilidade da ação penal, sendo adquirida quando da sua incorporação (art. 464, §2º, do Código de Processo Penal Militar).

A teoria topográfica predomina na doutrina penal comum, focando na posição do crime ou nos elementos constitutivos do tipo. Seria crime militar próprio aquele que tem definição diversa da lei penal comum, ou nela não se encontra (art. 9º, I, do CPM). Os impróprios, por sua vez, seriam aqueles que também são previstos na legislação penal comum, conforme a redação original do inciso II do art. 9º do CPM (anterior à Lei 13.491/2017).

Para a teoria processual, formulada por Jorge Alberto Romeiro, propriamente militares seriam os crimes cuja ação penal só pode ser deflagrada contra militar. Soluciona-se a exceção da teoria clássica, que considera o crime de insubmissão como crime militar próprio, embora somente possa ser praticado por civil. Por exclusão, os crimes militares

impróprios seriam aqueles cuja ação penal pode ser proposta contra civil. Coimbra julga ser esta a teoria mais adequada, mas pontua que deve ser levado em consideração o princípio do *tempus regit actum*, fazendo-se a análise da qualidade do autor no momento da prática do crime, sendo irrelevantes eventuais alterações futuras.

Por fim, menciona-se a classificação tricotômica de Ione de Souza Cruz e Cláudio Amin Miguel, que dividem os crimes militares em “próprios” (os que somente podem ser praticado por militares), “tipicamente militares” (aqueles que são apenas previstos no CPM, não importando qual a sujeição ativa possível) e “impropriamente militares” (previstos igualmente no CPM e na legislação penal comum).

Ainda para Coimbra⁴, os crimes militares por extensão devem ser considerados crimes impropriamente militares, com o que concordamos.

A respeito do concurso de pessoas, o CPM determina que todo sujeito que concorrer, de qualquer modo, para o crime,

⁴ NEVES, C. R. C. A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas. *Observatório da Justiça Militar*. 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-penas>. Acesso em: 19 jul. 2020.

incidirá nas penas a este cominadas (art. 53, *caput*). Contudo, em obediência ao princípio constitucional da individualização da pena, estabelece que a punibilidade de qualquer dos concorrentes é independente da dos outros, determinando-se segundo a sua própria culpabilidade. Por fim, assevera que não se comunicam as condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime (art. 53, §1º).

Rogério Greco traz uma definição sintética e precisa do termo “elementar”: são os dados essenciais à figura típica, sem os quais ocorre uma atipicidade absoluta ou uma atipicidade relativa. Se a atipicidade for de natureza absoluta, a conduta tornar-se-á um indiferente penal. Sendo relativa, haverá a desclassificação do fato para uma outra figura típica⁵.

Tomemos como exemplo o crime propriamente militar de “violência contra superior” (art. 157 do CPM), cuja conduta típica é “praticar violência contra superior”. Ainda que não explicitado no preceito primário do tipo penal, trata-se de crime “próprio” (e não de crime “comum”), devido à necessária relação hierárquica entre ofendido e ofensor. Depreende-se, portanto, que o sujeito ativo do delito será apenas o militar hierarquicamente inferior à vítima da violência.

⁵ GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 227.

Prosseguindo-se na análise, é fácil concluir que a qualidade de “militar” é elementar do tipo penal. Caso o sujeito ativo seja civil, não haverá adequação típica em relação ao art. 157 do CPM, podendo restar configurado outro delito, a exemplo da lesão corporal tipificada pelo art. 129 do Código Penal comum (atipicidade relativa).

Sendo elementar do tipo penal, a circunstância pessoal “militar” será comunicável aos demais agentes que concorrerem para o crime. Assim, um civil que atuar em concurso com um militar poderá cometer o crime do art. 157 do CPM – ressaltando-se que tal construção se limita à Justiça Militar da União, pois a Constituição Federal exclui da competência da Justiça Militar estadual o julgamento de civis.

No Supremo Tribunal Federal, o *leading case* a respeito da possibilidade cometimento de crimes propriamente militares por civis foi o HC 81.438, julgado por sua 2ª Turma, em 11/12/2001. No caso, analisava-se o cometimento do crime de “ofensa aviltante a inferior” (art. 176 do CPM), e constou na ementa do julgado o seguinte trecho:

Embora não exista hierarquia entre um sargento e um funcionário civil da Marinha, a qualidade de superior hierárquico daquele em relação à vítima, um soldado, se estende ao civil porque,

no caso, elementar do crime. Aplicação da teoria monista.

É esse o entendimento da doutrina majoritária, dentre os quais citamos Jorge César de Assis e Adriano Alves-Marreiros. Já Cícero Coimbra, embora também partilhe dessa opinião, pondera que a participação ideal (ou moral) em crime propriamente militar seria subsumida pelo crime do art. 155 do CPM (“incitamento”), não havendo concurso de agentes. Todavia, o concurso seria possível em casos de participação material (ex: fornecer uma arma para que o militar pratique o crime) ou mesmo de coautoria (ex: segurar o superior para que o subordinado o agrida)⁶.

Ressaltamos que, com o fim de evitar a responsabilidade penal objetiva, a comunicação da elementar só poderá ocorrer se o civil tiver ciência da qualidade pessoal de seu comparsa.

⁶ O autor faz a ressalva de que, nos crimes de mão própria, não seriam possíveis a participação material ou a coautoria, mas apenas a participação moral (NEVES, C. R. C; STREIFINGER, M. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN Digital: 9788502217263. E-book. Posição 9975 a 10018).

6 INCONSTITUCIONALIDADE DO PROCESSAMENTO E DO JULGAMENTO DE CRIMES PROPRIAMENTE MILITARES PELO JUÍZO MONOCRÁTICO

6.1 Os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina

Em âmbito federal, os conceitos de hierarquia e de disciplina estão positivados no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980).

A hierarquia militar “é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade” (art. 14, §1º).

Jorge César de Assis menciona que a hierarquia é um atributo que tem uma pessoa dentro de uma coletividade, que lhe permite dirigi-la e exercer sobre seus componentes determinada liderança. Na instituição militar, o mais graduado comanda tão somente porque se preparou e revelou qualidades de chefe⁷.

⁷ ASSIS, J. C. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá. 2018. p. 94.

A disciplina, por sua vez:

[...] é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo (art. 14, § 2º, da Lei nº 6.880/80).

José Afonso da Silva, citando Seabra Fagundes, explicita a relação entre ambos os institutos, lecionando que onde há hierarquia – entendida como o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior, com superposição de vontades – há uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens emanadas dos órgãos superiores. Assim, a disciplina mostra-se como um corolário de toda organização hierárquica⁸.

O Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz ressalta que as noções de hierarquia e de disciplina são inerentes aos

⁸ SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 773.

Corpos armados desde a origem das civilizações, fazendo parte da essência de qualquer organização voltada para a guerra⁹.

Embora se possa dizer que a hierarquia e a disciplina estão presentes, como regra, em toda a Administração Pública brasileira, as organizações militares se distinguem pela intensidade da incidência desses institutos, os quais estão imbricados à própria essência dos corpos castrenses.

Tanto o é que, no que toca às forças militares, a hierarquia e a disciplina foram elevadas à condição de princípios constitucionais. Assim reza o art. 142 da Constituição Federal de 1988:

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.

Previsão análoga está presente no art. 42 da CF, que trata dos militares estaduais. Em verdade, tais preceitos sempre tiveram *status* constitucional no ordenamento jurídico brasileiro,

⁹ Voto do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, relator do Recurso em Sentido Estrito nº 7000530-28.2019.7.00.0000, julgado pelo Superior Tribunal Militar em 15/08/2019.

embora a atual formulação (“organizadas com base na hierarquia e na disciplina”) tenha surgido apenas na Constituição Federal de 1946¹⁰.

No mesmo sentido, cabe citar as previsões legais de que a “hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas” e de que a “disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados” (art. 14, *caput* e §3º, da Lei nº 6.880/1980).

É justamente a tonicidade desses princípios que justifica certas restrições direcionadas exclusivamente aos militares, a exemplo da vedação à filiação a partidos políticos (para militares na ativa) e da proibição de sindicalização e de realização de greve (art. 142, IV e IV, da CF).

Mais que bases constitucionais, tais princípios são garantias para o indivíduo e para a Sociedade. É em nome da Liberdade e da Democracia que há restrições aos direitos e garantias sociais e individuais em geral dos militares, assegurando-se que o braço armado do Estado esteja sempre subordinado ao poder civil e que sua atuação só ocorra dentro da

¹⁰ ALVES-MARREIROS, A. *Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais*: Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar. 1. ed. Londrina: E.D.A. 2020. pp. 36-39.

legalidade e com respeito aos direitos fundamentais. Nesta senda, pode-se dizer que os militares são admiráveis, inclusive porque abdicam de parcela de sua liberdade para garantir a dos indivíduos e a da sociedade como um todo¹¹.

Salienta-se que uma Força Armada é uma coletividade de indivíduos que devem abnegar seus interesses pessoais, anseios e temores para perseguir os objetivos da instituição que integram, ainda que com o sacrifício da própria vida¹².

Hierarquia e disciplina são essenciais à sobrevivência e à coesão das três Forças, sobretudo durante um conflito armado, por garantir a possibilidade de sucesso e de minimização do risco de perdas humanas, militares e civis. Como enunciados normativos de matriz constitucional, espraiam-se por toda a legislação de Direito Militar, inclusive na esfera penal¹³.

O Código Penal Militar, a seu turno, contém Título específico sobre crimes contra a autoridade – a hierarquia – ou disciplina militar (arts. 149 a 182), demonstrando a importância

¹¹ ALVES-MARREIROS, A. Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança trazida pela Lei 13.491/2017. *Blog GEN Jurídico*. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/01/08/codigo-penal-militar-perguntas-e-respostas-sobre-mudanca-trazida-pela-lei-13-4912017/#_ftn13. Acesso em: 19 jul. 2020.

¹² ASSIS, J. C. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá. 2018. p. 203.

¹³ TELES, F. H. M. Arts. 14 a 30. In *Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980*. Curitiba: Juruá. 2019. p. 77.

da tutela de tais bens jurídicos mesmo em tempos de paz. O Código de Processo Penal Militar, por sua vez, prevê que compete ao Ministério Público Militar fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, "tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases da organização das Forças Armadas" (art. 55).

Conclui-se que a hierarquia e a disciplina são as características distintivas dos militares, servidores incumbidos da proteção do que há de mais caro ao Estado brasileiro: a soberania nacional e a separação e a independência dos poderes constituídos. Sem tais princípios, não haveria justificativa para o tratamento diferenciado dos integrantes das Forças Armadas¹⁴.

6.2 Crimes propriamente militares e a ofensa aos princípios da hierarquia e da disciplina

Na linha do funcionalismo moderado, capitaneado por Claus Roxin e calcado nos princípios da ofensividade, da lesividade, da fragmentariedade e da subsidiariedade, tem-se que a função do direito penal é de tutelar bens jurídicos.

¹⁴ Voto do Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, relator do Recurso em Sentido Estrito nº 7000530-28.2019.7.00.0000, julgado pelo Superior Tribunal Militar em 15/08/2019.

Em relação aos crimes militares, sempre haverá, de forma direta ou indireta, a tutela da regularidade das instituições castrenses, fator esse imprescindível para o desempenho das missões constitucionalmente atribuídas a essas corporações. Mesmo nos casos em que a proteção imediata se destine a bens jurídicos não essencialmente militares e, assim, já abrigados pelo Direito Penal comum (ex: vida, integridade física, patrimônio), a tutela levada a cabo pelo Direito Penal Militar se justifica exatamente pelo resguardo ao sadio funcionamento das instituições militares, ainda que de forma mediata.

Como exemplo, pode-se mencionar o crime militar de homicídio (art. 205 do CPM), análogo ao crime do art. 121 do Código Penal comum. Se o direito penal é regido pela subsidiariedade e pela intervenção mínima, essa dupla tipificação só pode ser legitimada pelo fato de que o crime penal militar salvaguarda algo que não é abarcado pelo direito penal comum. Esse especial bem jurídico-penal militar é a regularidade das instituições militares, representada, sobretudo, pela base principiológica dessas organizações, a qual é constituída pelos princípios da hierarquia e da disciplina. Sendo assim, quando um homicídio for cometido nas condições dos arts. 9º ou 10 do CPM, não será violado apenas o bem jurídico

vida, mas também a ordem interna e os valores que regem as instituições militares – constituindo um bem jurídico-penal composto –, o que motiva a caracterização do delito como de natureza militar.

Enquanto a Parte Especial do CP comum é inaugurada pelo crime de homicídio (art. 121), a demonstrar a importância do bem jurídico vida, a Parte Especial do CPM principia seu elenco com os crimes contra a segurança externa do país, seguidos pelos crimes contra a autoridade (a hierarquia) ou a disciplina militar e pelos delitos contra o serviço militar, para somente então tratar dos crimes contra a pessoa (neles incluído o homicídio).

Por conseguinte, resta claro que a razão de ser do Direito Penal Militar é a tutela da regularidade das instituições militares, por meio da proteção da hierarquia e da disciplina, que são as bases institucionais dos organismos castrenses.

Se uma determinada conduta nem mediamente representa uma lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico-penal militar, não merecerá ser reprimida pelo Direito Penal Militar e, conseqüentemente, deverá permanecer alheia à Justiça Militar.

Assentada a ideia de que o crime militar sempre constitui uma violação, mesmo que mediata, à hierarquia e à disciplina militares, entendemos ser possível inferir que essa ofensa será ainda mais grave nos crimes propriamente militares, pois esses delitos, em regra, somente podem ser cometidos por militares – agentes submetidos diretamente à hierarquia e à disciplina, inclusive após terem prestado o juramento de dedicar-se inteiramente ao serviço da Pátria, ainda que com o sacrifício da própria vida –, por meio da violação de deveres que lhes são próprios. Logo, a lesão ou ameaça de lesão à hierarquia e à disciplina será sempre imediata e, a priori, mais acentuada.

É exatamente essa intensidade diferenciada da afronta à hierarquia e à disciplina que embasa a distinção do tratamento normativo entre os crimes propriamente e impropriamente militares.

Mesmo diante da importância da liberdade de locomoção no ordenamento jurídico brasileiro (demonstrada, por exemplo, pela existência do remédio constitucional do habeas corpus), a Constituição Federal de 1988 dispensou a existência de flagrante delito e de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente para que haja prisão motivada pelo cometimento de crime propriamente militar.

Em âmbito infraconstitucional, o CP comum estabelece que a condenação anterior por crime militar próprio não enseja reincidência (art. 64, II). Cremos que a razão enxergada pelo legislador seria a de que o crime militar próprio, como regra, ofenderia bens jurídicos estritamente militares, e não os bens jurídicos tutelados pela legislação penal comum. Dessarte, não haveria uma reincidência na violação desses bens jurídicos.

Há até mesmo quem sustente que a competência da Justiça Militar deveria restringir-se aos crimes militares próprios, por constituírem estes o âmago do Direito Penal Militar.

Findo o tópico, gostaríamos de assentar duas premissas: (I) a razão de ser do Direito Penal Militar é a proteção da regularidade das instituições militares, representada pela tutela da hierarquia e da disciplina; (II) nos crimes propriamente militares, a lesão ou a ameaça de lesão à hierarquia e à disciplina representam genericamente uma maior gravidade, legitimando o tratamento normativo diverso.

6.3 O escabinato como essência da Justiça Militar

A partir do século XVI, a jurisdição penal militar passou a ser formada por juízes militares, tanto em tempos de paz quanto em tempos de guerra, os quais eram assessorados por magistrados civis. Tempos mais tarde, esses magistrados civis passaram a julgar em conjunto com os juízes militares, no que passou a ser conhecido como um colégio judicante. Em 1547, Carlos V conferiu a designação de “Auditor” ao magistrado civil que exercia a superintendência da Justiça Militar¹⁵.

De acordo com Bierrenbach, citado por Alves-Marreiros¹⁶, o primeiro ministro da França, Georges Clémenceau, foi categórico ao negociar o Tratado de Versalhes: “Assim como há uma Sociedade civil fundada na liberdade, há uma Sociedade militar fundada na obediência, sendo conveniente compreender que o juiz da liberdade não pode ser o mesmo da obediência”.

A compreensão das tantas especificidades do Direito Penal Militar, de suas razões e da cultura a elas ligadas exige

¹⁵ ASSIS, J. C.; CAMPOS, M. Q. A. *Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019. p. 95.

¹⁶ ALVES-MARREIROS, A. *Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais: Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar*. 1. ed. Londrina: E.D.A. 2020. p. 35.

não só a existência de uma Justiça especializada, mas também que essa justiça tenha julgadores militares, que possuam a visão de dentro da caserna.

Além dessas especificidades, o fato de que grande parte do efetivo das Forças Armadas brasileiras é de militares temporários, que prestam apenas o serviço militar obrigatório, por 1 ano, enseja a necessidade de que a resposta da justiça seja rápida, para que atinja a finalidade de coibir condutas criminosas.

A crítica de que o menor número de processos, em comparação com a Justiça Comum, mostraria a desnecessidade da Justiça Militar pode ser facilmente afastada, pois a inexistência desse ramo especializado determinaria a longa duração e, mesmo, a pouca solução de processos. A ineficiência na tutela penal da hierarquia e da disciplina poderia trazer sérios problemas ao sistema político e grave risco de desestabilização da democracia, pois a força militar, enquanto braço armado do Estado, estaria desorganizada¹⁷.

Se a razão de ser do Direito Penal Militar é a proteção da regularidade das instituições militares, nela incluída a tutela da

¹⁷ ALVES-MARREIROS, A. *Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais*: Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar. 1. ed. Londrina: E.D.A. 2020. pp. 167-168.

hierarquia e da disciplina, pode-se dizer que a razão de ser da Justiça Militar, enquanto ramo especializado do Poder Judiciário, é proporcionar uma estrutura jurisdicional adequada para análise dos delitos militares.

Essa adequação resulta, sobretudo, da adoção do escabinato, órgão judicial colegiado composto por um juiz civil, com formação jurídica, e quatro juízes militares, escolhidos por sorteio dentre oficiais de carreira para o exercício da função judicante. O conhecimento técnico-jurídico alia-se à compreensão teórica e prática das peculiaridades da vida militar.

Trata-se da harmônica aliança entre “a toga” e “os sabres”. Já dizia Castro Alves, em seu poema *Quem dá aos pobres, empresta a Deus*:

Duas grandezas neste instante cruzam-se! Duas
realezas hoje aqui se abraçam!... Uma – é um
livro laureado em luzes... Outra – uma espada,
onde os lauréis se enlaçam. Nem cora o livro de
ombrar co'o sabre... Nem cora o sabre de
chamá-lo irmão...

O escabinato propicia a melhor compreensão do fato sob julgamento, possibilitando a maior aproximação ao senso de justiça e de equidade. Esta composição diferenciada justifica-se pelas inúmeras peculiaridades das corporações militares,

estruturadas na hierarquia e disciplina, cujos integrantes estão sujeitos ao rigoroso cumprimento de suas obrigações e ordens.

Dessarte, esse distinto órgão colegiado poderá aferir com mais sensibilidade e facilidade os valores colocados em discussão no âmbito da sociedade militar, que em muito se diferencia da sociedade civil. Ademais, dificilmente a decisão tomada por maioria não será a mais razoável.

A Constituição de 1988 previu expressamente o escabinato ao delinear a composição do Superior Tribunal Militar, integrado por Ministros oriundos de instituições civis e das Forças Armadas. Em relação ao primeiro grau de jurisdição, é notório que a simples menção a um “juízo militar” tinha por significado um juízo colegiado, haja vista estar o escabinato intimamente ligado à Justiça Militar, por força de uma tradição que, tendo raízes no Direito Romano, incorporou-se ao Direito Europeu e foi mantida desde a origem do ordenamento jurídico brasileiro¹⁸.

Em síntese, pode-se afirmar que o escabinato compõe a essência da Justiça Militar, de modo que esta não poderia existir sem aquele, sob pena de não ser possível ofertar uma tutela

¹⁸ NEVES, C. R. C. *Manual de direito processual penal militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN Digital: 9788553172009. E-book. Posição 13301-13353.

penal adequada aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, colocando em risco a regularidade das instituições militares e o bom desempenho de suas relevantíssimas atribuições constitucionais.

6.4 Inconstitucionalidade parcial do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992

Como já mencionado, a solução dada pela Lei 13.774/18 à crítica feita ao julgamento de civis pela Justiça Militar em tempos de paz foi a criação, na Justiça Militar da União, do juízo monocrático, órgão unipessoal composto pelo Juiz Federal da Justiça Militar.

Não obstante seja razoável que o julgamento do civil, na JMU, se dê exclusivamente por um juiz civil, haja vista não estar aquele submetido à hierarquia e à disciplina característica das instituições militares, o novel inciso I-B do art. 30 da Lei nº 8.457/1992 enseja a possibilidade de afronta à razão de ser da Justiça Militar, colocando em risco a tutela dos princípios basilares das organizações castrenses. Vejamos.

Prevê o referido dispositivo que compete ao Juiz Federal da Justiça Militar, monocraticamente, processar e julgar civis

nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do CPM, e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo.

Considerando que os crimes propriamente militares estão previstos no CPM e não têm previsão idêntica na legislação penal comum, é certo o seu enquadramento no inciso I do art. 9º do Código Substancial Castrense. Logo, no caso de um crime propriamente militar cometido por militar e civil, em concurso de agentes, a incidência do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992 atribuirá ao juízo singular a competência para o respectivo processamento e julgamento.

Relembramos que os crimes militares sempre representarão, de forma direta ou indireta, uma ofensa à regularidade das instituições militares, pois a razão de ser do Direito Penal Militar é a proteção do sadio funcionamento dessas organizações, sobretudo mediante a tutela dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina.

Nessa toada, demonstramos que o escabinato compõe a essência da Justiça Militar, sendo imprescindível para a adequada apreciação da conduta configuradora do delito militar, considerando que esta se desenvolve em um contexto permeado das particularidades da vida castrense.

No que toca aos crimes militares próprios, a lesão ou ameaça de lesão à hierarquia e à disciplina será ainda mais acentuada, haja vista que esses delitos, em regra, somente podem ser cometidos por militares (agentes submetidos diretamente à hierarquia e à disciplina), por meio da violação dos deveres que lhes são próprios.

Dessarte, considerando que a existência da Justiça Militar é fundada na necessidade de se proporcionar uma estrutura jurisdicional adequada para análise dos delitos militares; que a razão de ser do Direito Penal Militar é a proteção da regularidade das instituições militares, nela incluída a tutela dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina; e que, nos crimes propriamente militares, o ultraje a tais princípios será extremado, por se tratar de uma ofensa direta, que afeta questões vitais às organizações castrenses, ocorridas em um contexto intrinsecamente ligado à vida militar, conclui-se que é justamente nos crimes propriamente militares que a atuação do escabinato se torna mais crucial, ao proporcionar a avaliação do caso por julgadores inseridos na atmosfera castrense, que terão melhores condições de avaliar o contexto, os elementos e as consequências da conduta supostamente criminosa.

Por conseguinte, levar crimes propriamente militares, que constituem o cerne do Direito Penal Militar, a julgamento perante o juiz civil – o qual, embora exímio conhecedor das ciências jurídicas, poderá ser um leigo em assuntos essencialmente militares – representaria a negação da própria razão da existência da Justiça Militar.

Mais que isso, seria afirmar a irrelevância desse ramo do Poder Judiciário, pois significaria entender que, para o processamento e julgamento de seus crimes mais característicos (os crimes propriamente militares), seria desimportante a análise do caso pelo escabinato, órgão responsável pela notória especialização da Justiça Militar, sem o qual esta restaria irremediavelmente descaracterizada.

Seria afirmar que o processamento e julgamento das ofensas mais graves e imediatas aos princípios da hierarquia e da disciplina, bases institucionais das organizações militares, prescindiria da ótica da caserna, proporcionada pela atuação de juízes militares.

Nesse caso, restaria perguntar: se um civil pode avaliar e julgar com precisão delitos estritamente militares, intimamente relacionados com os valores militares e com o funcionamento das instituições castrenses, qual o sentido de se manter os custos

decorrentes da atividade dos juízes militares? Se o escabinato é dispensável, por que a Justiça Militar não o seria?

As respostas a tais indagações já foram exploradas ao longo deste trabalho. Para que haja uma tutela penal adequada dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, é de suma importância a união dos conhecimentos jurídicos, trazidos pelo juiz togado, e dos conhecimentos essencialmente militares, proporcionados pela atuação dos juízes militares.

Portanto, entendemos que, *a priori*, o processamento e o julgamento de crimes propriamente militares pelo juízo monocrático viola o art. 124 da Constituição Federal, que prevê a competência da Justiça Militar da União para o processamento e julgamento dos crimes militares previstos em lei. Malgrado tal dispositivo não vede expressamente o julgamento de crimes militares próprios pelo juízo singular – órgão que sequer foi cogitado pelo Poder Constituinte Originário –, tal hipótese representaria a negação da própria razão de ser da Justiça Militar, conforme já explicitado.

Outrossim, haveria violação ao art. 142 da Carta Magna, que estatui serem as Forças Armadas “organizadas com base na hierarquia e na disciplina”. Isso devido ao princípio da proibição da proteção insuficiente, faceta positiva do princípio da

proporcionalidade (*untermassverbot*), relacionada à eficácia objetiva dos direitos fundamentais e ao dever de proteção por parte do Estado, ao qual é vedada a atuação aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos. O princípio da proporcionalidade não se limita à proibição do excesso (*übermassverbot*), que constitui apenas (mas não de menor importância) a sua faceta negativa, conforme se extrai da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

Adriano Alves-Marreiros, na obra “Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais: Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar”, analisa as greves de militares ocorridas no Brasil entre 1997 e 2017, episódios de graves quebras da hierarquia e da disciplina no meio castrense –

¹⁹ “Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). (...) O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais” (STF, HC 104410, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-062 DIVULG 26-03-2012 PUBLIC 27-03-2012).

inconstitucionais e ilegais –, esmiuçando os diferentes aspectos de sua gênese e as graves repercussões sociais, como o aumento exacerbado da criminalidade, da violência e de perdas econômicas. Destaca o autor que a índole do Direito Militar, assim como uma série de outros conceitos que lhe são próprios, revela a natureza altamente específica deste ramo do Direito, cuja compreensão deficitária tenderia a levar a uma tutela insuficiente dos bens jurídicos que estão em jogo e resultaria, como já resultou, em grande prejuízo para todos. Afinal, a hierarquia e a disciplina militares são garantias do indivíduo e da Sociedade como um todo²⁰.

O correto cumprimento das missões constitucionais outorgadas às Forças Armadas depende de se manterem íntegros os princípios da hierarquia e da disciplina, o que torna patente a importância da tutela penal de tais bens jurídicos, ilustrada tanto pela histórica e remota existência de crimes militares quanto pelas consequências dos recentes acontecimentos em que esses preceitos foram incisivamente violados.

Consoante a teoria dos poderes implícitos, se a Constituição atribui determinado encargo a um órgão ou agente,

²⁰ ALVES-MARREIROS, A. *Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais*: Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar. 1. ed. Londrina: E.D.A. 2020. p. 165.

terá atribuído também, ao menos implicitamente, os meios necessários ao efetivo desempenho de tal incumbência. Em raciocínio analógico, se às Forças Armadas cabem os sérios múnus da defesa da Pátria, da garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem, devem-lhe ser fornecidas as ferramentas necessárias para tanto, ainda que na forma de colaboração com outras instituições – no caso, o Direito Penal Militar será efetivado pela coordenação entre o Ministério Público Militar, a Justiça Militar da União e as Forças Armadas, a estas cabendo as atividades de Polícia Judiciária Militar.

Em suma, o julgamento de crimes militares próprios perante o juízo monocrático togado ensejará uma tutela penal deficiente dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, a reforçar a inconstitucionalidade parcial do inciso I-B do art. 30 da Lei nº 8.457/1992.

Como exemplo de crimes praticados no contexto de greves de militares, podem ser citados o motim e a revolta (art. 149, *caput* e parágrafo único, do CPM), os quais são crimes propriamente militares e admitem, sob determinadas circunstâncias, o concurso de pessoas entre agentes militares e civis, subsumindo-se ao art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992.

Todavia, em se tratando de dramáticas afrontas aos princípios da hierarquia e da disciplina, o seu processamento e julgamento perante o juízo monocrático extrapolaria todo e qualquer limite da razoabilidade.

Por conseguinte, ao menos em relação aos agentes militares – por estarem estes submetidos diretamente aos preceitos da hierarquia e da disciplina e obrigados ao fiel cumprimento de seus deveres, mesmo que com o sacrifício da própria vida –, concluímos ser inconstitucional o processamento e julgamento de crimes propriamente militares perante o juízo singular togado, devido à ofensa aos arts. 124 e 142 da Constituição Federal de 1988.

Quanto aos agentes civis, a situação se mostra mais complexa, de sorte que desenvolveremos duas possíveis soluções para o problema, com o intuito de explorar as diversas facetas hermenêuticas da questão e suscitar o saudável debate acadêmico.

6.4.1 Análise da possibilidade de separação de processos

Como fundamento da possibilidade de separação de processos, pode ser apontada a deferência à vontade do

legislador de pôr fim ao julgamento de civis por juízes militares, haja vista não serem aqueles submetidos à hierarquia e à disciplina. Essa intenção foi manifestada pela Lei 13.774/2018, consoante analisado nos tópicos iniciais deste artigo.

Nessa toada, limitar-se-ia o âmbito de inconstitucionalidade do inciso I-B do art. 30 da Lei nº 8.457/1992 ao julgamento de militares, perante o juízo singular, pela prática de crime propriamente militar. Os civis que concorressem para tais crimes poderiam ser processados e julgados pelo juiz civil, enquanto os militares seriam julgados pelo Conselho de Justiça.

Em defesa dessa tese, é possível ainda invocar a *ratio* do entendimento dos tribunais superiores de que, nos casos de concurso de pessoas em que apenas um dos agentes detém foro por prerrogativa de função, a regra deve ser a separação de processos, sem que seja necessária, *a priori*, qualquer suspensão processual²¹. Excepcionalmente, quando o julgamento em

²¹ Parece ser controverso se o critério de definição da competência dos Conselhos de Justiça é *ratione materiae* ou *ratione personae*. Para Cícero Coimbra, seria *ratione materiae*, pois, embora ligado à condição do réu, não significa foro especial (*ratione personae*) (NEVES, C. R. C. *Manual de direito processual penal militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN Digital: 9788553172009. E-book. Posição 13595-13667). Todavia, em recente decisão do STM (RESE nº 001246-55.2019.7.00.0000, julgado em 10/12/2019), constou da ementa que a “competência dos Conselhos de

separado puder causar prejuízo relevante à prestação jurisdicional, seria admissível o julgamento único perante o foro especial, nos termos do enunciado sumular nº 704 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

Ademais, adotando-se a premissa de que a inconstitucionalidade do inciso I-B do art. 30 da Lei 8.457/92 é restrita ao julgamento de militares, poder-se-ia sustentar a impossibilidade de reunião dos processos referentes ao militar e ao civil, por se tratar de casos de competência absoluta, *ratione personae* (nos termos da jurisprudência do STM), imodificável por conexão ou continência. Afinal, embora haja, em tese, uma continência por cumulação subjetiva (art. 100, “a”, do CPPM), a nova redação do inciso II do art. 27 da Lei nº 8.457/1992, dada pela Lei nº 13.774/2018, excluiu da competência do Conselho

Justiça para processar e julgar civil que ostentava a condição de militar ao tempo do fato é de caráter absoluto, pois se fixa *ratione personae*, natureza a qual não varia em virtude da norma que a institui ser de ordem infraconstitucional”. De qualquer sorte, cremos que a *ratio* por trás do citado entendimento dos tribunais superiores se aplica à situação analisada.

Permanente de Justiça o processamento de civis, sendo essa atribuição transferida para o Juiz Federal da Justiça Militar.

Todavia, entendemos que a tese tem aspectos negativos. Uma consequência prática indesejável seria o alto risco de decisões contraditórias – embora isso pareça ser relevado pela jurisprudência e pela doutrina, ao tratar da separação de processos nos casos em que apenas um dos agentes detém foro por prerrogativa de função. Havendo concurso de pessoas entre autor e partícipe, a responsabilidade criminal deste dependerá necessariamente da responsabilidade daquele, a demonstrar a existência de uma questão prejudicial, o que deveria, em tese, resultar em suspensão processual. Em se tratando de coautoria, ainda que a responsabilidade criminal de um dos autores não dependa necessariamente da responsabilização do outro, ainda assim haveria o risco de decisões contraditórias (ex: o mesmo nexos causal entre as condutas dos autores e o resultado produzido poderia ser analisado por dois juízos distintos).

O CPPM não disciplina a questão, pois apenas prevê a suspensão processual nos casos de questões prejudiciais devolutivas, que devam ser analisadas pelo juízo cível, e não por outro juízo criminal (arts. 123 a 125). Não obstante, o art. 125, §4º, do CPM prevê como causa suspensiva da prescrição a

pendência de resolução, em outro processo (sem limitar ao processo civil), de questão da qual dependa o reconhecimento da existência do crime, o que mitigaria os inconvenientes de uma eventual suspensão processual. Nos casos de autoria e participação, não haveria dificuldade em se identificar qual processo deveria ser suspenso (o da participação), o que não ocorrerá obrigatoriamente nas hipóteses de coautoria, ante a inexistência de necessária dependência entre as responsabilidades criminais dos agentes, tornando a questão ainda mais complexa. Deve ser frisado que eventual suspensão teria como desvantagem o natural retardamento da prestação jurisdicional e o conseqüente prejuízo às finalidades da pena.

Ressalte-se, contudo, que o risco de decisões contraditórias parece ser aceito pela jurisprudência e pela doutrina sem maiores dilemas.

Não obstante, entendemos que o principal – e crítico – inconveniente da separação de processos seria manter o processamento e o julgamento de um crime propriamente militar no âmbito da competência monocrática do juiz civil, motivo pelo qual passamos à análise da outra solução aventada.

6.4.2 Análise da possibilidade de julgamento único perante o Conselho de Justiça

Conquanto seja desejável que o processamento e o julgamento do civil se deem perante o juízo monocrático, o fato de ter este agente se associado a um militar para praticar um crime propriamente militar traz uma nova perspectiva à questão.

Mesmo em se tratando de um agente civil, o delito cometido é propriamente militar, representando uma ofensa direta e acentuada aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina.

Em adição, o civil atua em sinergia com um agente militar, colaborando para que este viole a honra, o pundonor e o decoro da classe castrense, em total menoscabo aos deveres inerentes à sua condição de profissional das armas.

Portanto, ainda que o civil não esteja submetido diretamente à hierarquia e à disciplina militares, sua conduta deliberada e consciente de atentar contra as vigas mestras das organizações castrenses, utilizando-se do conluio com um membro dessas instituições e praticando os crimes mais característicos e peculiares do Direito Penal Militar, demandará uma maior atenção à tutela do bem jurídico-penal militar.

Em consequência, surge a necessidade de análise de sua conduta pelo Conselho de Justiça, órgão indiscutivelmente mais capacitado para realizar uma acurada avaliação do contexto, dos elementos e das consequências da conduta supostamente criminosa, para que não haja uma insuficiência da tutela penal prestada, respeitando-se ainda a razão de ser da Justiça Militar e auferindo as vantagens de sua insigne especialização.

Sendo assim, a competência do Conselho de Justiça terá como fundamento não a qualidade do sujeito ativo – no caso, o civil, o qual não é alcançado pelo particular regime jurídico e moral da sociedade militar –, mas sim a gravidade da conduta para a regularidade das instituições militares.

Não se está defendendo a submissão irrestrita de civis a um julgamento feito por militares. Inclusive, em recente artigo, defendemos que o juízo monocrático deve ser o órgão competente para o processamento e o julgamento do civil e do militar que, em concurso de agentes, pratiquem um crime militar subsumido ao inciso II do art. 9º do CPM, isso devido ao emprego analógico da regra constante do inciso I-B do art. 30 da

Lei nº 8.457/1992, cuja literalidade rege apenas os crimes militares enquadrados nos incisos I e III do art. 9º do CPM²².

De regra, o civil continuará a ser processado e julgado perante o juízo singular, o que abarcará todas as hipóteses em que praticar crime impropriamente militar (adotando-se como parâmetro a teoria clássica), com ou sem o concurso de um agente militar. Tais casos, convenhamos, representam a imensa maioria daqueles em que civis são julgados na JMU (ex: crimes militares de furto, estelionato, homicídio, lesão corporal, desacato, tráfico ou posse de substância entorpecente, falsificação de documento e uso de documento falso).

O que se está a propor no presente trabalho é uma exceção, que consiste nos crimes propriamente militares praticados por civil em concurso com o agente militar, considerando a afronta imediata e mais intensa aos princípios da hierarquia e da disciplina, devido à especial natureza desse grupo de crimes e à atuação conjunta com um membro da

²² SÁ, L. J. P. A competência para o julgamento de civis pela JMU após a Lei nº 13.774/2018: o tipo penal em sentido amplo e a comunicação de elementares do art. 9º, II, do CPM. *Observatório da Justiça Militar*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/04/20/A-compet%C3%A2ncia-para-o-julgamento-de-civis-pela-JMU-ap%C3%B3s-a-Lei-n%C2%BA-137742018>. Acesso em: 21 jul. 2020.

instituição castrense, respeitando-se ainda a missão e a essência da Justiça Militar, calcada no instituto do escabinato.

Perceba-se que não se trata de avaliar genericamente a gravidade “global” do crime praticado. Afinal, delitos altamente repugnantes e de nefastas consequências, como a corrupção, o tráfico ilícito de entorpecentes e o latrocínio, não são crimes propriamente militares, não há qualquer óbice ao seu processamento e julgamento perante o magistrado civil – como já sói ocorrer na Justiça Comum federal ou estadual.

Importante frisar que o Superior Tribunal Militar já vem mitigando o rigor da aplicação do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992. Pouco após o início da vigência do dispositivo, o tribunal proferiu inúmeras decisões afirmando que sua aplicação deveria observar a qualidade do sujeito ativo na data do fato, em obediência à teoria da atividade – adotada pelo CPM – e ao princípio do *tempus regit actum*, sob pena de se possibilitar a criação de juízos de exceção ou a escolha do órgão julgador pelo acusado, o que violaria o princípio do juiz natural. A tese foi solidificada no IRDR nº 7000425-51.2019.7.00.000, julgado em 23/08/2019, e ainda na Súmula nº 17 da Corte Castrense, com o seguinte enunciado: “Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça processar e julgar acusados que, em tese,

praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas".

Ocorre que, ao analisar o crime de insubmissão (RESE nº 7000228-96.2019.7.00.0000, julgado em 22/05/2019), o Tribunal flexibilizou esse entendimento. Embora o sujeito do crime fosse, na data do fato, um civil, tratava-se de crime propriamente militar, e a condição de militar constitui condição de procedibilidade da ação penal. Apesar da frontal contrariedade à Súmula nº 17, entendemos que o STM buscou evitar que um crime propriamente militar fosse julgado pelo juízo monocrático, ainda que o seu sujeito ativo fosse, ao tempo do fato, um civil.

A ideia firmada no IRDR também foi contemporizada no caso do Oficial da reserva não remunerada. No MS 7000594-38.2019.7.00.0000, julgado em 22/10/2019, decidiu-se que, embora o sujeito fosse um civil, era simultaneamente um Oficial, por ser detentor de Carta Patente. Em consequência, não seria um “civil puro”, devendo ser reconhecida a competência do Conselho Especial de Justiça para o seu julgamento, como forma de assegurar as prerrogativas e as obrigações inerentes ao Oficialato. Mais que isso, asseverou-se que a preservação dos

cânones cultuados na caserna se interliga à base principiológica do Escabinato e perfaz a essência da Justiça Militar da União.

Em síntese, entendemos que todas essas ponderações feitas pelo STM tiveram como objetivo adequar a literalidade do inciso I-B do art. 30 da Lei nº 8.457/1992 à índole do Direito Penal Militar e à *ratio essendi* da Justiça Militar, o que vai ao encontro da finalidade da tese que aqui sustentamos.

Não obstante tenha a desvantagem de frustrar – apenas parcialmente – a intenção do legislador ordinário de extinguir o julgamento de civis por juízes militares, deve ser ressaltado que a solução hermenêutica proposta neste tópico não encontra qualquer óbice de ordem constitucional ou convencional.

De início, basta observar que, durante 30 anos de vigência da Constituição Federal de 1988, o julgamento de civis pela Justiça Militar da União, perante o Conselho Permanente de Justiça, em tempos de paz, foi amplamente validado pelos tribunais superiores.

Frise-se ainda que a tese aqui exposta de forma alguma se contrapõe à interpretação restritiva dada pelo STF às hipóteses legais de julgamento de civis pela jurisdição militar em tempo de paz, exemplificada pela Súmula Vinculante nº 36. Na ótica da Suprema Corte, a configuração do crime militar não

se satisfaz com a mera subsunção do fato às hipóteses do art. 9º do CPM, sendo necessário que a conduta delituosa afete, de modo real ou potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares. Ora, se os crimes propriamente militares não representarem uma ofensa, ao menos potencial, à regularidade das organizações castrenses, nada mais o fará.

Por fim, ressaltamos que não se sustenta o argumento de que os juízes militares não teriam a independência e a imparcialidade exigidas para o exercício da função judicante, devido à forte relação hierárquica no meio militar. Isso porque o jurisdicionado nunca será hierarquicamente superior ao seu julgador, de sorte que não haveria qualquer pressão indevida sobre este. A própria ordem de votação entre os juízes militares é estabelecida de forma a evitar a eventual e inoportuna influência: o mais moderno votará antes do mais antigo.

Se o juiz militar fosse considerado insuficientemente imparcial e independente para julgar um civil, também o seria para julgar um militar. Logo, não faz sentido que uma eventual crítica se resuma ao julgamento de civis por juízes militares, pois o acusado militar também é sujeito de direitos, entre eles o

de ser submetido a um julgamento justo e imparcial, em consonância com o princípio do devido processo legal²³.

A Justiça Militar brasileira não é uma “corte marcial” nem um “tribunal de exceção”. Trata-se de órgão integrante do Poder Judiciário, em cujos processos é assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa, nela incluída a interposição de recursos em todas as instâncias e a assistência por advogado livremente escolhido, qualquer que seja o sujeito sob julgamento. Outrossim, os demais atores no processo são selecionados mediante aprovação em concursos públicos impessoais e isonômicos, neles incluídos os Juízes Federais da Justiça Militar, os membros do Ministério Público Militar e os da Defensoria Pública da União, carreiras estas cujas garantias e prerrogativas proporcionam a atuação imparcial e independente de seus membros.

As “cortes marciais”, a seu turno, são instaladas no seio das instituições militares, integrantes do Poder Executivo. Os juízes, o acusador e o defensor são militares, subordinados às autoridades que determinam o curso da investigação. Não há liberdade para escolha de advogado, e os juízes e promotores

²³ Ideias extraídas a partir de uma palestra informal ministrada pelo Promotor de Justiça Militar Fernando Hugo Miranda Teles, em seu perfil pessoal no Instagram (“@ftelesrio”), no primeiro semestre de 2020.

não gozam de independência funcional. Ademais, são comuns julgamentos a “portas fechadas” (sessões secretas). São esses os tribunais questionados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, bem distintos da Justiça Castrense no Brasil.

Salienta-se que, mesmo durante o regime militar, o ramo mais antigo do Poder Judiciário brasileiro mostrou independência, com várias decisões contrárias ao governo, sendo a primeira Justiça do Brasil a conceder liminar em *habeas corpus* e, quando estes foram proibidos, em “petições”, que surtiam o mesmo efeito^{24,25}.

Além da adequada tutela penal dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, a solução hermenêutica aqui desenvolvida materializa os proveitos oriundos da *expertise* da Justiça Militar e não apresenta o risco

²⁴ ALVES-MARREIROS, A. Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. *Blog GEN Jurídico*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/04/lei-13-491-2017-uma-analise-sobre-mudanca-natureza-comum-militar-crimes-dolosos-contra-vida/>. Acesso em 21/07/2020.

²⁵ Para maior aprofundamento sobre o estudo da constitucionalidade da submissão de civis à Justiça Militar, recomendamos a leitura do artigo “A (in)constitucionalidade da submissão de civis à jurisdição penal militar da União”, de Selma Pereira Santana, Adriano Alves-Marreiros e Camila Carvalho Souza, publicado na edição nº 26 da Revista do Ministério Público Militar, em 2016.

de decisões contraditórias ou a necessidade de suspensão de processos, garantindo mais celeridade e isonomia.

Ante o exposto, argui-se a inconstitucionalidade parcial do inciso I-B do art. 30 da Lei nº 8.457/1992, no que toca à competência para o processamento e o julgamento de crimes propriamente militares praticados por militar em concurso de pessoas com um agente civil. Em consequência, sustenta-se que a competência dos Conselhos de Justiça, delineada no art. 27 do mesmo diploma legal, deverá ser interpretada de modo a abranger o civil que praticar crime propriamente militar em concurso com um agente militar.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo teve o propósito de examinar a constitucionalidade do julgamento monocrático de crimes propriamente militares, hipótese aventada a partir da possibilidade de comunicação de elementares do tipo penal e da redação do inciso I-B do art. 30 da Lei nº 8.457/1992.

Firmou-se que a hierarquia e a disciplina são princípios constitucionais que, além de comporem a base institucional das organizações castrenses, constituem garantias do indivíduo e da

sociedade, sendo essenciais para a tutela da liberdade e da democracia.

Nos crimes propriamente militares, foi constatado que a lesão ou a ameaça de lesão à hierarquia e à disciplina representam genericamente uma maior gravidade, legitimando o tratamento normativo diverso desse especial grupo de delitos. Afinal, a razão de ser do Direito Penal Militar é a proteção da regularidade das instituições militares, representada pela salvaguarda da hierarquia e da disciplina.

Quanto ao escabinato, tem-se que este se confunde com a própria essência da Justiça Militar, de modo que esta não poderia existir sem aquele instituto, sob pena de não ser possível ofertar uma tutela penal adequada aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, o que colocaria em risco a regularidade das instituições militares e o bom desempenho de suas relevantíssimas atribuições constitucionais.

A partir de tais premissas, chegou-se à conclusão de que o processamento e o julgamento de crimes militares próprios devem-se dar perante o Conselho de Justiça, órgão indiscutivelmente mais capacitado para avaliar com acurácia, no que toca aos referidos princípios, o contexto, os elementos e as consequências da conduta supostamente delituosa.

Se tal dedução parece ser mais facilmente alcançada em relação ao agente militar, mostra-se necessária uma reflexão adicional quanto ao civil, dado que este não é alcançado pelo particular regime jurídico e moral da sociedade militar. Sendo assim, poder-se-ia sustentar a possibilidade de separação de processos, de sorte que os civis seriam processados e julgados pelo juiz civil, enquanto os militares o seriam pelo Conselho de Justiça.

Não obstante, deve ser ponderado que a conduta deliberada e consciente, praticada pelo civil, de atentar contra as vigas mestras das organizações castrenses, utilizando-se do conluio com um membro desta instituição e praticando os crimes mais característicos e peculiares do Direito Penal Militar, poderá servir de fundamento para que seu julgamento se dê também perante o Conselho de Justiça. Esta solução hermenêutica não padece de inconstitucionalidade ou inconvenção, além de adequar-se à interpretação restritiva do STF acerca do julgamento de civis pela Justiça Militar em tempo de paz e, segundo entendemos, também às recentes considerações feitas pelo STM no intuito de adequar a aplicação do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/1992 à índole do Direito Penal Militar e à *ratio essendi* da Justiça Militar.

O objetivo deste trabalho foi apenas o de impulsionar a discussão a respeito da temática e de suas possíveis controvérsias, razão pela qual sempre serão bem-vindas eventuais críticas. Esperamos, contudo, ter oferecido uma modesta contribuição para futuros aprofundamentos teóricos e jurisprudenciais.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, A. Código Penal Militar: perguntas e respostas sobre a mudança trazida pela Lei 13.491/2017. *Blog GEN Jurídico*. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2018/01/08/codigo-penal-militar-perguntas-e-respostas-sobre-mudanca-trazida-pela-lei-13-4912017/#_ftn13. Acesso em: 19 jul. 2020.

_____. Conceito e definição doutrinária e legal de crime militar. In ALVES-MARREIROS, A.; FREITAS, R.; ROCHA, G. *Direito Penal Militar: teoria crítica & prática*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. ISBN Digital: 9788530964917. *E-book*.

_____. *Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais: Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar*. 1. ed. Londrina: E.D.A. 2020.

ALVES-MARREIROS, A. Lei 13.774/2018, Conselhos e juízo monocrático na Justiça Militar da União: Uma análise visando a evitar que a música se torne ruído... ou pior: silêncio...

Observatório da Justiça Militar. Disponível em:

<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/03/26/Lei-137742018-Conselhos-e-ju%C3%ADzo-monocr%C3%A1tico-na-Justi%C3%A7a-Militar-da-Uni%C3%A3o-Uma-an%C3%A1lise-visando-a-evitar-que-a-m%C3%BAsica-se-torne-ru%C3%ADdo-ou-pior-sil%C3%A2ncio>. Acesso em: 6 fev. 2020.

_____. Lei 13.491/2017, o júri que não há mais e o que não haverá: uma análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos crimes dolosos contra a vida. *Blog GEN*

Jurídico. Disponível em:

<http://genjuridico.com.br/2017/12/04/lei-13-491-2017-uma-analise-sobre-mudanca-natureza-comum-militar-crimes-dolosos-contra-vida/>. Acesso em: 21 jul. 2020.

ALVES-MARREIROS, A; SANTANA, S. P.; SOUZA, C. S. A (In)Constitucionalidade da submissão de civis à jurisdição penal militar da União. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 26, Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 2016.

ASSIS, J. C. *Código de processo penal militar anotado* - 1º volume (artigos 1º a 383). 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

ASSIS, J. C.; CAMPOS, M. Q. A. *Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. DECRETO-LEI Nº 1.001, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. Código Penal Militar. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. DECRETO-LEI Nº 1.002, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. Código de Processo Penal Militar. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. LEI Nº 6.880, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1980. Estatuto dos Militares. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. LEI Nº 8.457, DE 4 DE SETEMBRO DE 1992. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8457.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 81.438, Brasília, 10/05/2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100242/false>. Acesso em: 21 jul. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 104.410, Brasília, 26/03/2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur206595/false>. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus nº 110.237, Brasília, 04/03/2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4136389>. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Recurso em Sentido Estrito nº 7001433-63.2019.7.00.0000, Brasília, 04/03/2020. Disponível em:

https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=c652fec859f571b6bc01033072256e85b7a5294038ba1a12151dd8b81450fa8b&options=%23page%3D1.
Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Recurso em Sentido Estrito nº 7000530-28.2019.7.00.0000, Brasília, 04/09/2019. Disponível em:
https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=374ac8022b295f293a47240c5e95d47fdceec02bec1cc65129cfd5b6de364c77&options=%23page%3D1.
Acesso em: 19 jul. 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Habeas Corpus nº 0000193-37.2014.7.00.0000, Brasília, 09/02/2015. Disponível em:
<https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2014/180/10354980/10354980.pdf>. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 7000425-51.2019.7.00.0000, Brasília, 27/06/2019. Disponível em:
https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=f575778129cc47bd68e860d4d3f886a854c80fa570e710b51bb401178ac6cc3b&options=%23page%3D1.
Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Recurso em Sentido Estrito nº 7000462-78.2019.7.00.0000, Brasília,

28/08/2019. Disponível em:

https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=f89a1527f0dd14f130ef4b3d5f5187b70e1f84637dca357b39ccf63cdc540f21&options=%23page%3D1.

Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Petição nº 7000425-51.2019.7.00.0000, Brasília, 27/06/2019. Disponível em:

https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=f575778129cc47bd68e860d4d3f886a854c80fa570e710b51bb401178ac6cc3b&options=%23page%3D1.

Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Recurso em sentido estrito nº 7000228-96.2019.7.00.0000, Brasília, 27/06/2019. Disponível em:

https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=4a2f614b1913ae4eeb40783bce04b38f3c37a0134caab348f35e38becef04cc5&options=%23page%3D1.

Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Mandado de Segurança nº 7000594-38.2019.7.00.0000, Brasília, 30/10/2019. Disponível em:

https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=3c8d1459c2c125a9e702560dafaa19780caa9012e649a1998644f9e6e121aa39&options=%23page%3D1.

Acesso em: 6 abr. 2020.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. Vol. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CASAGRANDE, C. L.; BARREIRA, J. H. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LOBÃO, C. *Direito processual penal militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

MASSON, C. *Direito penal esquematizado: parte geral - vol. 11*. ed., rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

NEVES, C. R. C. A Lei nº 13.491/17 e os reflexos na aplicação da parte geral do Código Penal Militar e nas penas. *Observatório da Justiça Militar*. 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-penas>. Acesso em: 19 jul. 2020.

_____. Crime Militar praticado por militares inativos e por civis: teorias monista e dualista. *Gran Cursos Online*. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/crime-militar-praticado-por-militares-inativos-e-por-civis-teorias-monista-e-dualista>. Acesso em: 6 abr. 2020.

NEVES, C. R. C. 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: 6 abr. 2020.

_____. *Manual de direito processual penal militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. ISBN Digital: 9788553172009. *E-book*.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN Digital: 9788502217263. *E-book*.

SÁ, L. J. P. A competência para o julgamento de civis pela JMU após a Lei nº 13.774/2018: o tipo penal em sentido amplo e a comunicação de elementares do art. 9º, II, do CPM. *Observatório da Justiça Militar*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/04/20/A-compet%C3%A2ncia-para-o-julgamento-de-civis-pela-JMU-ap%C3%B3s-a-Lei-n%C2%BA-137742018>. Acesso em: 21/07/2020.

SARLET, I. W. Constituição, proporcionalidade e Diretos Fundamentais: o Direito Penal entre proibição do excesso e de insuficiência. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza, v. 4, n. 7, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 21 jul. 2020.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

TELES, F. H. M. Arts. 14 a 30. In *Estatuto dos Militares Comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980*. Curitiba: Juruá. 2019.

_____. Princípio da Vedação à Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 25, Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 2015.

Artigos de grande repercussão

Narcoestado

Rodrigo Merli Antunes

Promotor de Justiça em São Paulo e pós-graduado em Direito

Membro do MP Pró-Sociedade

*Artigo publicado no Estadão, Blog do Fausto Macedo,
em 29 de agosto de 2020*

São tantos os episódios diários e surpreendentes que ocorrem no Brasil, que nem mesmo conseguimos acompanhar com atenção tudo aquilo que acontece em nossa volta. Dias atrás, ao menos um dos julgamentos do STF passou praticamente despercebido.

Veja só.

Tempos atrás, no estado do Paraná, um policial militar lotado na Coordenadoria Estadual de Defesa Civil, durante seu horário de expediente, deixou no Protocolo Geral da sede do Governo Estadual uma caixa para remessa pelo serviço de envio

de correspondências da administração pública. Os servidores públicos responsáveis pela triagem, desconfiados do peso e do conteúdo da embalagem, abriram o pacote e constataram a existência de 36 frascos com líquido transparente. Após perícia, ficou constatado que os frascos continham ácido gama-hidroxibutírico e cetamina, substâncias entorpecentes sujeitas a controle especial.

Pois bem, o juízo do Conselho Permanente da Justiça Militar da Comarca de Curitiba condenou o policial a três anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituídos por penas restritivas de direitos, em virtude da prática do delito previsto no artigo 290, parágrafo 1º, inciso II (tráfico de drogas cometido por militar em serviço), do Código Penal Militar. A defesa, no entanto, sustentou desde o início a ilicitude de tal prova, em razão da inviolabilidade constitucional da correspondência. Na sentença, o juízo originário concluiu pela impossibilidade de o sigilo de correspondência legitimar práticas ilegais e destacou não estar em jogo a proteção da intimidade, pois não houve violação de comunicação escrita ou de conteúdo que veiculasse manifestação de pensamento. Assentou que a caixa, por qualificar-se como encomenda, não estaria inserida na

inviolabilidade prevista na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, inciso XII).

Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR) também considerou a prova lícita e negou provimento à apelação interposta pela defesa. No entanto, no recurso extraordinário interposto ao STF, os defensores reiteraram a tese de inviolabilidade da correspondência, apontando ofensa ao artigo 5º, incisos XII e LVI, da Carta Magna, e pediram a absolvição do policial.

No último dia 17/8, por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que, sem autorização judicial ou fora das hipóteses legais, é ilícita a prova obtida mediante abertura de carta, telegrama, pacote ou meio análogo. Em outras palavras, o militar que estava em atividade pública, em horário de serviço, e que se valeu do Protocolo Geral de um órgão público para traficar, acabou sendo absolvido.

Como dito, a maior parte dos julgadores seguiu o voto divergente de um dos ministros, para quem a abertura da correspondência não observou as cautelas legais. Segundo o tal magistrado, o atual regulamento dos Correios (Lei 6.538/1978) prevê que não constitui violação de sigilo da correspondência postal a abertura de carta, entre outras hipóteses, que apresente

indícios de conter substância proibida, mas prevê que a abertura seja feita obrigatoriamente na presença do remetente ou do destinatário, o que não ocorreu no caso.

Em outras palavras, os traficantes teriam que estar ali juntinhos observando a abertura dos pacotes.

Além disso, o ministro condutor do voto vencedor ressaltou que, após a Constituição Federal de 1988, o sigilo de correspondência deve também ser lido à luz dos direitos previstos nos tratados de direitos humanos e, conseqüentemente, da interpretação dada a eles pelos órgãos internacionais de aplicação. Ele citou que o Pacto de São José da Costa Rica prevê que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação” e que o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos estabelece garantia idêntica.

Trocando em miúdos, atrapalhar o tráfico de um agente público é desumano, arbitrário e abusivo, sendo a descoberta do entorpecente um ato ofensivo à honra do traficante, o qual só estava remetendo um pacotinho ingênuo para outra pessoa.

Para finalizar, sustentou o julgador que eventual restrição à inviolabilidade das correspondências tem que atender a um fim

legítimo e necessário dentro de uma sociedade democrática. Noutras palavras, “exige-se que a restrição obedeça a um rígido teste de proporcionalidade”.

Ora bolas, se evitar o tráfico não é um fim legítimo dentro de uma sociedade que busca o bem de seu povo, então o que será que isso significa? Ademais, se a saúde pública não é proporcionalmente mais importante do que o sigilo da correspondência de um criminoso, que senso de proporções é esse que está a tomar conta da cúpula de nossa Justiça?

Com a devida vênia, achei curiosa por demais esta nova decisão, até porque o próprio STF já decidiu, por inúmeras vezes, que a abertura de correspondências suspeitas nos presídios do país, por exemplo, não ofende qualquer direito ou garantia individual. Como sabido, nenhuma prerrogativa é ilimitada ou absoluta, e muito menos quando ela é utilizada para a prática de atos ilícitos.

E isso sem contar que é também tranquilo o entendimento de que no exercício de uma atividade pública a regra é a observância do princípio da publicidade, não podendo um militar em serviço se valer do Protocolo Geral de um órgão administrativo para praticar ilícitos e, depois, invocar em seu benefício o sigilo individual da encomenda.

Definitivamente, o trato com as drogas em nosso país vai de mal a pior. Penas cada vez mais leves, benefícios cada vez maiores, operações policiais suspensas e, frise-se, sem qualquer helicóptero. Afinal de contas, a guerra assimétrica imposta pelo tráfico não pode ser vencida de modo algum, não é mesmo?

Triste nação a nossa onde alguns órgãos de cúpula parecem dar proteção às atividades dos traficantes, transformando o Brasil em um verdadeiro narcoestado. Digo isso porque, a bem da verdade, parece que a maioria do Supremo está a ditar a receita para os traficantes em geral: Despachem a droga pelo Correio. Caso sejam descobertos, não há com o que se preocupar, pois a prova será considerada ilícita.

E é exatamente por isso que, nesse final, faço minhas as palavras de Simão Bacamarte, conhecido personagem de Machado de Assis no conto *O Alienista*: “A loucura, objeto de meus estudos, era até agora uma ilha perdida no oceano da razão. Entretanto, começo a suspeitar que seja um continente”

Bem-vindo ao hospício, caro leitor!

A pandemia da Impunidade: Os criminosos devem ser soltos em razão da pandemia de Covid-19???

Rogério Zagallo

Membro do MP Pró-Sociedade

Publicado no Tribuna Diária, em 23 de julho de 2020

Desde que a Organização Mundial da Saúde – OMS reconheceu a situação de pandemia em razão da proliferação do *coronavírus*, diversos advogados e defensores públicos logo correram para bater à porta do Poder Judiciário e solicitar que bandidos sejam soltos em razão da possibilidade deles, detidos, serem acometidos pelo citado vírus.

Alguns pedidos foram bem sucedidos, pois o Departamento Penitenciário Nacional – Depen, conforme

noticiou o portal O Antagonista em 16 de junho, aproximadamente 33 mil presos foram devolvidos ao convívio com a sociedade ordeira, sob a alegação de que a soltura dessas pessoas reconhecidamente perigosas visava a evitar a proliferação do *coronavírus* entre os presos.

Algumas solturas ganharam destaque em nossa imprensa. No dia 26 de março o ex-presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha foi colocado em liberdade, assim como o ex-senador Luiz Estevão, mesmo testando negativo para o *coronavírus*, foi beneficiado pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, que permitiu que ele fosse cumprir sua pena de 26 anos de reclusão em casa. Após eles, diversos políticos condenados ou presos preventivamente foram liberados. O mais recente caso é o do ex-ministro Geddel Vieira Lima (aquele que guardava em seu apartamento em Salvador a módica quantia de R\$ 51.000.000,00), autorizado a deixar a prisão pelo ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal.

Mas não é só. Roger Abdelmassih, condenado a 173 anos de reclusão em razão de praticar estupros contra suas pacientes, os perigosos traficantes Valacir de Alencar e Gerson Palermo, também obtiveram autorização para voltar às ruas.

Essas decisões, com efeito, poderão gerar um incremento nos já elevadíssimos índices de violência em nosso país. Bem por isso, interessante fazermos uma real e isenta avaliação do assunto.

De fato, aduzem os combativos advogados e defensores públicos que buscam a soltura de bandidos condenados ou que estejam sob o jugo da prisão preventiva, que eles devem ser colocados em liberdade, ou, devem ser transferidos para a prisão domiciliar, em razão do decreto por parte da Organização Mundial de Saúde – OMS, de uma situação pandemia decorrente da proliferação do *coronavírus*. Esses zelosos causídicos reforçam o pedido citando a Resolução número 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

Dita Resolução número 62 do CNJ, editada em 17 de março, recomenda aos Tribunais e aos magistrados brasileiros “*a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.*” (sic). Os advogados e defensores públicos têm sustentado que dita norma gera a obrigação de o Poder Judiciário, sem maiores questionamentos, liberar toda e qualquer pessoa presa pelo simples fato de ter sido declarada a pandemia em relação *coronavírus*.

Sem razão, contudo, em meu modesto modo de pensar, esse entendimento sustentado pelos combativos advogados e defensores públicos e que tem sido acolhido em algumas Cortes de nossa Justiça.

Em primeiro lugar devemos lembrar que uma pessoa está submetida à privação de seu direito de ir e vir, ou porque foi condenada ao cumprimento de pena privativa de liberdade em razão de rasgado o tecido social e cometido crimes graves, ou porque pode ser considerada portadora de personalidade desvirtuada e desprovida de peia moral e ética, o que gera a conclusão de que ela é um risco para a ordem pública ou para os fins do processo a que ainda respondem. E, neste sentido, somente poderia esse detento obter algum benefício equivalente à liberdade antecipada se for ele, real e concretamente, dele merecedor.

Não é razoável que uma pessoa perigosa seja colocada em liberdade com base em alegações genéricas, abstratas, e que não estão lastreadas em algum fato que, concretamente, faça ser ela merecedora de benefício deste jaez.

Realmente, uma pessoa presa para ser alcandorada com a concessão de sua liberdade deverá demonstrar, **concretamente**, a razão fática que autoriza a concessão dessa benesse. Por

exemplo: o preso ingressou na provecta idade ou é portador de uma determinada comorbidade. Enfim, para se deferido seu pleito liberatório, no caso concreto deve ser inequivocamente demonstrado que o preso é especialmente vulnerável.

Ademais, em meu sentir, a alegação de que estamos diante de uma pandemia decorrente da proliferação do *coronavírus*, por si só, não fornece justificativa apta a autorizar a soltura dos criminosos detidos, até porque a sempre invocada Recomendação número 62/2020 do CNJ não determina a soltura imediata dos encarcerados, mas sim apenas sugere a realização de uma análise das condições de cada preso por parte dos juízes, em especial no que tange aos grupos e locais considerados como sendo de risco à propagação da doença.

Aliás, devemos lembrar que o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF número 347, cujo relator é o ministro Marco Aurélio, reconhecendo que a liberação de pessoas detidas por conta da pandemia do *coronavírus* reveste-se de uma possibilidade e não de uma obrigatoriedade, e que deve ser admitida apenas em situações especialíssimas.

Nesse passo, não estando o custodiado inserido em nenhuma hipótese de especial gravidade médica e, tampouco

não tendo sido demonstrada concretamente sua vulnerabilidade, não deve ele ser colocado em liberdade.

Há mais, contudo. A esta conclusão deve ser somado o fato de que o estabelecimento prisional onde a pessoa encontra-se detida não deve possuir equipe de saúde capaz de arrostar eventuais sintomas apresentados, uma vez que ainda que se admita a ocorrência de circunstâncias clínica especial, é fato que, ainda assim, a libertação pretendida não seria obrigatória e, nem de longe, apresenta-se como a medida mais correta.

Assim, se o estabelecimento prisional onde o preso está confinado é dotado de equipe técnica e estrutura para que o a pessoa possa ali permanecer, não deve ser ela solta.

Com efeito, tendo em vista que estamos em um momento histórico no qual a restrição de contato interpessoal é a providência muito defendida pelos especialistas da área, em especial para se evitar a proliferação da doença, penso que o mais correto é evitar a circulação indiscriminada dos presos, ainda que assintomáticos. Eles devem ficar confinados, confinamento este, por sinal, preconizado pela própria OMS a todos os cidadãos.

Até mesmo as visitas íntimas (regalo que existe somente no Brasil), as saídas temporárias e os demais benefícios de

contato do preso com o mundo exterior, devem ser vedados, exatamente para que eles não venham a ser contaminados aqui fora e levem de volta a doença para o ergástulo.

De igual forma, se houver casos de contaminação intramuros, estamos diante de mais um motivo para que os criminosos não sejam libertados, evitando-se, por óbvio, a proliferação do *coronavírus* entre os cidadãos que vivem ordeiramente em sociedade.

Em outras palavras, por qualquer ângulo que se analise essa temática, a solução mais equivocada é realmente autorizar a soltura dos presos, até porque nem um pouco lógica a libertação coletiva proposta por muitos, mas sim ideológica e extremamente revolucionária e geradora de caos social.

Ademais, fico extremamente intrigado com a atual situação de nosso país: se, de um lado, o povo ordeiro e trabalhador tem de abrir mão de quase todos os seus direitos, em especial o de ir e vir, isso por conta do confinamento exigido pelo *coronavírus*, por outro, vemos muita energia sendo canalizada, incansavelmente, para que a liberdade daqueles que, ao contrário dos primeiros, atentaram contra a boa relação social e incorreram na prática de crimes.

Triste inversão de valores a nossa! No mesmo sentido do aqui articulado, inclusive, são os artigos a seguir indicados, cuja leitura recomendo com intensidade:

O Brasil é o único país do mundo em que há pessoas querendo que bandidos sejam colocados nas ruas mesmo tendo praticado delitos gravíssimos e há casos em que a Justiça tem determinado o confinamento obrigatório de cidadãos de bem apenas e tão somente porque estão caminhando pelas ruas das cidades.

Chega-se ao desprazimento de alguns de nossos governadores terem determinado o uso de informações obtidas através dos sinais de telefonia móvel para saberem onde estão os cidadãos ordeiros e que querem trabalhar e assim sustentar seus familiares. Flagrante invasão de direitos individuais.

Mas há uma luz no final do túnel. Segundo notícia veiculada pelo portal Conjur no dia 07 de julho do corrente ano, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo teria feito levantamento e descoberto que apenas 3% dos pedidos de soltura formulados com base no risco provocado pelo *coronavírus* foram deferidos. Segundo a reportagem, dos quase 25.800 pedidos apresentados ao Poder Judiciário Paulista, apenas 756 presos lograram a liberdade pretendida.

Além disso, neste diapasão, temos o parecer número 7594/2020, assinado no dia 27 de março do corrente ano pelos Drs. Fabiano Márcio Nagel e Eduardo Neubart Trindade, no qual o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul – CREMERS, concluiu que: *“Este Grupo de Trabalho, também, recomenda que durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública, os custodiados, principalmente aqueles pertencentes ao grupo de risco, mantenham-se recolhidos no Sistema Prisional, ambiente no qual sua condição de saúde é constantemente monitorada”*.

A sociedade tem que torcer para que a sugestão preconizada pelo CREMERS e a forma como a Justiça de São Paulo enfrenta esta questão se espalhem para os outros Tribunais do Brasil, pois, assim, menos bandidos serão soltos. Caso contrário, o Brasil será reconhecido perante a comunidade mundial como o país onde o bandido está nas ruas e o cidadão de bem e trabalhador nas prisões....

Assombração Inimputável sabe pra quem aparece...

Cristiano Mourão

Promotor de Justiça do MPRS

Artigo publicado no facebook em 10 de dezembro de 2019 e que gerou grande repercussão, sendo reproduzido no Jornal da cidade Online, DN Brasil, no twitter, facebook e pinterest por vários influenciadores digitais, etc. O Título foi criado depois, visando a fazer parte da uma série de artigos sobre Direito e Povo que será reiniciada.

Audiência criminal. Tentativa de furto de um perfume contra a Renner num Shopping aqui de Caxias do Sul. Interrogatório da ré – apenada plurirreincidente no mesmo crime – que confessa o fato, pretendendo "justificá-lo" por ser usuária de crack:

– *Então a senhora está dizendo que pegou o perfume para vender e comprar drogas?* – questiona o promotor.

– *Sim. Eu tava fumando pedra - respondeu a interrogada – e o dinheiro acabou. Aí eu fiquei desesperada e "roubei" o perfume para vender e continuar usando droga.*

– *Entendi...* – disse o promotor. – *Mas por que a senhora em vez de "roubar" a Renner não "roubou" diretamente o traficante?!*

– *O quê?!!!* – exclamou surpresa a ré. – *Como que eu vou fazer uma coisa dessas?!!!*

– *Da mesma forma, ué! Se a senhora foi capaz de ir até outro lugar para roubar um terceiro inocente para conseguir dinheiro para crack, não seria muito mais fácil "roubar" uma pedra diretamente do seu traficante?!*

– *Capaz, doutor! Quem é que pensaria numa loucura dessas?!!! Traficantes estão sempre armados... Aí ele me mata!*

– *Sem mais perguntas.*

Moral da história: o criminoso habitual sempre escolhe seu caminho pesando custos e benefícios.

Diante do risco de uma punição que verdadeiramente lhe doa, ele é plenamente capaz de refrear seu ímpeto delinquente.

Diante do risco de ser pego pela pífia justiça brasileira, ele opta por delinquir.

GEORGE ORWELL: As grandes guerras mundiais

Érika da Rocha Figueiredo

Promotora de Justiça no Estado do RJ desde 1997

Formada pela Universidade Federal Fluminense

Mestre em ciências penais e criminologia pela UCAM

Publicado no Tribuna Diária, em 20 de abril de 2020

Sempre fui fascinada pela Primeira e pela Segunda Guerras Mundiais, talvez por saber que meu avô materno, a quem não conheci, lutou na Primeira e veio da Alemanha para o Brasil antes do início da Segunda. Na parede de minha casa, jazia a espada com a qual combatera, e minha mãe me contava muitas histórias e aventuras por ele vividas, nessa época de tantas incertezas e sonhos desfeitos.

Ao longo dos anos, percebendo minhas deficiências acerca da História do Mundo e das guerras (neste e em nome

deste travadas), tornei-me uma leitora voraz de livros e espectadora assídua de documentários e filmes que me ajudassem a fechar o grande quebra-cabeças da civilização moderna e de suas batalhas, travadas a pretexto de libertarem povos da opressão, oprimindo outros tantos povos.

Chamou-me atenção, em especial, o papel da Rússia nos conflitos do século XX, tendo sido Stalin, naquela parte do planeta, seu grande protagonista, surgindo a União Soviética, bloco de países subjugados à dominação e às diretrizes desse ditador sanguinário, que chegou a ocupar um sexto do território mundial.

A União Soviética voltou a povoar meus pensamentos quando li ‘1984’, de George Orwell. Tal livro, publicado em 1949, foi um imenso sucesso de público e crítica, quando o mundo ainda se recuperava dos horrores do nazi-fascismo, discorrendo sobre um país imaginário chamado Oceânia, sendo a narrativa imediatamente identificada como uma crítica ao regime soviético.

Em Oceânia, todos dependem de modo intrínseco do Grande-Irmão (O Estado), que tudo provê e tudo vê, regulando as relações pessoais e de emprego, as condutas sociais, observando as conversas de todos através de uma espécie de tv

(a teletela, que permanece ligada nos lares e capta até as mudanças de fisionomia e o ritmo da respiração), controlando a economia, o ir e vir, estabelecendo toque de recolher e punindo severamente quem descumpra tais determinações, mantendo a população acuada e encolhida por meio do medo, e determinando até mesmo um novo vocabulário, através da novilíngua.

Entretanto... ao confrontar a ausência de liberdades dos habitantes de Oceânia com o que vive hoje o mundo, impossível não tecer comparações e identificar semelhanças, uma vez que, sob o império do medo plantado na coletividade, oriundo de um vírus, todas as liberdades individuais têm sido limitadas, algumas até mesmo usurpadas, enquanto assistimos impassíveis ao dragão que cospe fogo, e a todos chamusca, o Grande-Irmão em sua versão atual.

Analisando o quadro que se delineou no Brasil, eu, que identificava na narrativa de George Orwell uma denúncia do comunismo e do que este pode causar à sociedade, assisto incrédula ao avanço do Estado sobre as liberdades duramente conquistadas por todos, as quais foram alçadas à categoria de cláusulas pétreas em nossa Constituição Federal, justamente para que não fossem violadas. Em nosso país denominado

democrático, vejo limitações do ir e vir, monitoramento de cidadãos via celular, prisões arbitrárias para os que descumprem o isolamento imposto, desemprego, medo e desespero em relação ao porvir.

Em 1984 – o livro, Winston, o protagonista, vive um despertar, para a realidade nua e crua da opressão vivida, ao se apaixonar. O que acionará o nosso toque de despertar? Sacrificaremos nossa autonomia e independência pessoais de modo inquestionável, sem que tenhamos aprendido com a historiografia do século XX?

“Poder concentrado sempre foi o inimigo da liberdade”

Ronald Reagan

Fascistas

Diego Pessi

Promotor de Justiça do MPRS

Coautor da obra "Bandidolatria e Democídio"

Publicado no Brasil sem Medo,

em 15 de fevereiro de 2020

“Trouxeram os fascistas! Trouxeram os fascistas! – gritavam excitados, correndo pelo campo, alguns jovens presidiários – rapazes e raparigas –, quando os nossos dois caminhões, cada um deles carregado com trinta ‘fascistas’, entraram no recinto quadrado do pequeno campo de Nova Jerusalém. (...) Então vocês são os fascistas? São todos fascistas? – perguntam-nos com esperança os presidiários que se aproximam. E, depois de confirmarem que, sim, que somos fascistas, imediatamente fogem, afastam-se. Nada mais em nós lhes interessa”. Assim é narrada por Aleksandr Soljenítsin a

chegada de seu grupo de prisioneiros a um campo disciplinar - de “extermínio pelo trabalho” - da União Soviética, no dia 14 de agosto de 1945 (coincidentemente, a mesma data em que foi proclamada a rendição do Japão). A cena iria se repetir no final do Verão e no Outono daquele ano em todas as ilhas do “Arquipélago Gulag”, onde a chegada dos “fascistas” abriria caminho para a libertação dos presos comuns (o que incluía estupradores, assaltantes e traficantes e até mesmo desertores), anistiados por Stalin.

Mas quem eram os fascistas, afinal? Eram os presos políticos enquadrados no artigo 58 do Código Penal de 1926. Segundo observou Soljenítsin, não havia debaixo da cúpula celeste conduta, desígnio, ação ou inação que não pudesse ser punido pela mão pesada do art. 58. De seus catorze parágrafos nenhum era interpretado “de maneira tão ampla e com tão ardente consciência revolucionária como o décimo – ‘A propaganda ou agitação que contenham um apelo ao derrubamento ou enfraquecimento do Poder Soviético... e também a difusão, preparação ou conservação de literatura com esse mesmo conteúdo’” –, cuja pena não possuía limite máximo! O parágrafo décimo-segundo, por sua vez, “era o que mais dizia respeito à consciência dos cidadãos”, pois criminalizava a “não

denúncia” de qualquer dos fatos enumerados: quem “sabia e não disse” se equiparava ao autor do “delito”.

Considerando que a maioria dos dissidentes políticos propriamente ditos já fora dizimada, a condição de preso político estabelecida pela verdadeira máquina de moer carne do regime stalinista abarcava todo aquele que tivesse a desventura de, por qualquer circunstância, ser considerado inimigo do povo ou da revolução, fosse ele intelectual, militar, camponês, operário, ou, mesmo, um comunista convicto. Apenas um exemplo entre muitos: um carpinteiro surdo-mudo estava a colocar o soalho em um clube. Tudo havia sido retirado da sala, onde não havia sequer um prego ou gancho. Enquanto trabalhava, o carpinteiro colocou o casaco e o boné sobre o busto de Lênin. Alguém viu. Artigo 58, 10 anos de prisão.

A esta altura é razoável que o leitor questione: mesmo num regime totalitário, qual a justificativa para se conferir tratamento privilegiado a criminosos habituais em detrimento dos presos políticos? Soljenítsin explica que na antiga Rússia havia uma concepção no sentido de que os ladrões eram criminosos incorrigíveis, verdadeiro “esteio da criminalidade”, razão pela qual a administração quebrava-lhes os privilégios e a preponderância no mundo prisional, aplicando aos reincidentes a

fórmula “Abaixem-lhes a cabeça sob o jugo da lei”. Os presos políticos eram, então, protegidos do contato com os de “direito comum”. Ocorre que, logo após a revolução de fevereiro de 1917, os criminosos precipitaram-se para fora das prisões, misturando-se com os cidadãos livres. Nas palavras de Soljenítsin, “Achava-se muito útil e divertido que eles fossem inimigos da propriedade privada e portanto uma força revolucionária. Raciocinando socialmente: toda a culpa é do meio, não é? Portanto reeduquemos; esses são os *lúmpen* e incluamo-los na vida consciente!”. Por outro lado, o próprio Stalin, de forma realista, percebera que a apregoada reeducação dos criminosos era “apenas zumbido” e mudou-lhes a direção da energia, lançando-os contra os cidadãos do seu próprio país. Com suas leis, afirma Soljenítsin, o poder stalinista dizia claramente: “rouba, mas não a mim! Rouba aos particulares! Pois a propriedade privada é sobrevivência do passado”. Dessa forma, enquanto o roubo de três batatas ou de uma caixa num armazém do Estado poderia render uma pena de até 20 anos, o roubo do patrimônio que uma família amealhou durante toda a vida era punido com uma pena de até um ano e, em alguns casos, de apenas seis meses.

Na terminologia do “Gulag” os criminosos profissionais eram considerados “socialmente próximos”, vale dizer, ao contrário dos elementos capitalistas (estudantes, engenheiros, monges e agrônomos), invariavelmente inimigos da ditadura do proletariado, os criminosos profissionais são apenas politicamente instáveis: o *lumpen*, que não é proprietário, e por isso não pode aliar-se aos elementos inimigos de classe, mais facilmente se aliará ao proletariado. Com base nesse princípio, os mais temíveis criminosos exerciam o controle dos campos prisionais, recebendo como escravos camponeses, cidadãos e intelectuais condenados como incurso no famigerado artigo 58, expediente que viria a ser reeditado num novo contexto, quando o governo ucraniano lançou mão dos “Titushky” para provocar desordem e atacar manifestantes durante a repressão à Revolução Ucraniana de 2014, formidavelmente retratada no documentário “Winter on Fire: Ukraine’s Fight for Freedom”.

Voltando aos “fascistas”, o que pretendo aqui evidenciar é que a atribuição de rótulos infamantes constitui artifício historicamente empregado para suprimir dissidências. Desumanizar opositores é abrir caminho para que se lhes imponham suplícios inomináveis, mediante eliminação de qualquer resquício de empatia ou prurido de consciência que

milite em seu favor. Afinal, como ensina Dave Grossman, quanto mais semelhante ao agressor for a vítima, mais difícil será aniquilá-la, pois a identificação havida entre ambos desperta sentimentos de compaixão e clemência. Pelo contrário, é mais fácil matar alguém a quem se considera radicalmente diferente e por tal razão as máquinas de propaganda de guerra trabalham para incutir nos combatentes a ideia de que os inimigos não são realmente seres humanos, mas formas inferiores de vida. Assim, quando adeptos de uma ideologia totalitária e genocida passam a estigmatizar opositores, dissidentes e até mesmo pessoas indiferentes à sua causa, impingindo-lhes o ultrajante estereótipo de “fascista”, não tardará o momento em que a erradicação desse inimigo será defendida com a melhor das consciências.

Alguns exemplos melhor poderão ilustrar aquilo que aqui tento descrever: 1) uma escritora afirma ser “a favor do assalto”, crime no qual consegue enxergar uma certa “lógica”, enquanto resposta à contaminação capitalista; 2) indo um pouco além, um blogueiro anuncia que “a revolução está chegando”, que se dará através da explosão da criminalidade e que a “justiça” será feita nos semáforos, em cada esquina; 3) um artista monotemático afirma que as pessoas que se identificam como “direita liberal”

merecem ter a testa marcada a faca com uma suástica;4) uma professora universitária escreve nas redes sociais que “fascistas têm de morrer um a um”; 5) discursando para uma plateia de correligionários, um político, faz alusão a Bertold Brecht, oferecendo a seus opositores “um bom paredão, uma boa espingarda, uma boa bala e, depois, uma boa pá, uma boa cova”; 6) um candidato a Presidente da República, alvo de reiterados ataques que lhe atribuem a pecha de fascista, é vítima de tentativa de homicídio e, enquanto ainda luta pela vida no leito do hospital, é chamado de “fascista, frouxo de merda” por um opositor.

Os exemplos acima relatados constituem uma ínfima amostragem de práticas que hoje se verificam à fartura no Brasil: desumanização de opositores, apologia à violência, legitimação da criminalidade perpetrada pelos “socialmente próximos” e estabelecimento de um duplo padrão moral, que exclui do espectro das garantias legais os cidadãos não alinhados politicamente a um certo credo ideológico. Se tudo isso parece ser feito em nome das melhores intenções, é justamente porque, como disse Santo Tomás de Aquino, o hipócrita simula possuir uma virtude que não tem, opondo-se não a essa virtude, mas à própria verdade.

E a verdade, caro leitor, é que sob a máscara do “antifascismo” se esconde uma legião de pequenos tiranos, para quem “liberdade, democracia e direitos humanos” não passam de clichês publicitários, destinados a alimentar a crença de uma militância fanática, seduzir um público incauto, neutralizar a reação de suas vítimas e, *last but not least*, camuflar a fealdade hedionda de uma ideologia que, após haver semeado terror destruição e morte onde quer que tenha vingado, não ousa se definir como aquilo que de fato é: a própria genitora do fascismo, “o filho feio do comunismo”, na imortal definição de Winston Churchill. Perfilhação sacramentada em cartório no dia 23 de Agosto de 1939, data da celebração do pacto Molotov–Ribbentrop, que remete à partilha, entre pai e filho, da mesma essência totalitária, intolerante e desumana. Esconjurar um deles e glorificar o outro é desprezar uma verdade bíblicamente revelada (Romanos, 12:21): não se pode vencer o mal com o mal.

REFERÊNCIAS

CHURCHILL, W. (1995). *Memórias da Segunda Guerra Mundial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

DE AQUINO, Santo Tomás (2016). *Suma Teológica*, vol. 3 Ila Ilae. Campinas: Ecclesiae.

GROSSMAN, D. (2009) *On Killing, the psychological costo f learning to kill in war and society*. New York. Back Bay Books.

SOLJENITSIN, A. (2019). *O Arquipélago Gulag*. Porto: Sextante Editora.

Visão do cidadão comum

Infiltração proposital e aberta

Márcio Scansani

Editor da Armada

Não sou da área do Direito. Sou um ex-publicitário comercial, atualmente editor e revisor de livros.

Mas tenho alguma vocação para raciocinar com alguma lógica – coisa que parece distante do cidadão comum, bombardeado pelo consenso conformista insuflado pela imprensa. Vamos tentar um raciocínio desses:

Breve análise de quadro

Muita coisa tem sido dita a respeito da corrupção generalizada em nosso país. Dos desmandos, dos abusos, dos absurdos, do ridículo perante o mundo civilizado, da degradação da Academia e do ensino em geral, o que acabou afetando os costumes e o próprio comportamento de cada indivíduo. Existe pela *internet* uma profusão interminável de acusações

justificadíssimas, que, no entanto, não resultam em grande coisa, pelo menos a olhos vistos.

Muita gente de altíssimo nível, de jornalistas a advogados ou acadêmicos das mais variadas áreas, denunciando, comentando e acusando diuturnamente o Febeapá redivivo que tomou conta do país. Indignando-se. Demonstrando os erros. Essas lições causam a impressão de atingir um contingente enorme, mas isso se dá apenas porque estamos acostumados a lidar com nossos próprios círculos de convivência. Porque no mundo lá fora não é bem assim: o cidadão comum, que não tem acesso a determinados tipos de literatura e formas de interpretação da realidade, é vítima fácil do consenso gerado por gente mal-intencionada e propagado por uma imprensa cúmplice. Se quiserem um exemplo, basta sair às ruas e ver todo mundo mascarado.

Mas, voltando ao raciocínio, aparentemente todas essas denúncias não dão em nada. Denunciam-se os abusos, as investidas de um Poder, e bem sabem a qual Poder estou me referindo, sobre os outros dois, compromete-se a estabilidade e a harmonia entre estes, com decisões absurdas que bem caberiam em uma novela kafkiana, só que a incidência de fatos bizarros é tamanha que essa novela teria forçosamente que ser dividida em

tantos capítulos e volumes que faria a Barsa parecer uma coleção pequena e discreta.

Não preciso me alongar aqui. Todos já vimos isso. Também já vimos, p. ex., até onde chegam os arroubos de pequenos ditadores, hitlerzinhos de estados, stalinzinhos de prefeituras, e até a chamada “Síndrome do Pequeno Poder”, representada por vigias do terror, aqueles que nos apontam pistolas à cabeça, investidos da autoridade de permitir que entremos ou não em, p. ex., um supermercado, no caso do tratamento dado ao combate a uma “pandemia” causada por um vírus que nem era tudo isso, no mínimo obtusa e no máximo criminosa. Foi o que denominei “corrida da proteção”, onde cada governador queria demonstrar “proteger” seu estado mais do que seu vizinho; daí nasceu o festival de estupidez nunca dantes observado, e também todos vimos que deu no que deu: quebraadeira generalizada, desemprego em massa, sem contar o número de suicídios, coisa da qual nunca seremos devidamente informados, e também sem contar com o que talvez tenha sido o pior efeito direto: uma população inteira submetida, usando máscaras (focinheiras, na verdade) até para ir à praia e acreditando piamente que um pedaço de pano os protegeria de um vírus. E, ainda pior, *dividida*.

Ok, bem sei que de saúde pública mesmo, bem pouco foi aproveitado, uma vez que parece óbvio que todas essas atitudes foram políticas.

Mas os donos do poder, para usar a expressão de Raymundo Faoro, absolutamente não se importam, encastelados em suas torres e em seu mundinho particular. Eles não dão a mínima para detalhes como as reais necessidades da nação, e muito menos para anseios da população, crentes que seus poderes são quase sobre-humanos e que jamais serão desempossados de cargos de comando para os quais não receberam um voto sequer. Ora, se não respeitam nem a majestade de seus cargos, não haveria o que os fizesse respeitar essas firulas, não é mesmo? A mim, isso causa a impressão que talvez sequer conheçam a extensão dos problemas que causam, mas é só impressão: eles sabem muito bem o que fazem e por que o fazem, posto que foram colocados lá exatamente para agir com base na ideologia que seguem em momentos de necessidade. É por isso que nada acontece, nenhuma dessas acusações atinge quem deveria atingir, e se atinge, não lhes faz nem se amedrontar. Eles não ligam. Eles já não ligam sequer para serem levados a sério.

Isso chegou ao ponto de atingir todas as áreas – literalmente *todas mesmo*. Muito se fez para especular de onde, afinal vem essa realidade que nos assombra. Não vou entediar o leitor com motivos nem com detalhes históricos – isso vem de longe, e para se informar sobre, também existem várias publicações excelentes e não é esse o nosso foco: apesar de eu ter uma mania irritante de sempre buscar os motivos e fazer perguntas incômodas como “por que isso?”, ou o famoso “*cui bono?*”, mas não vamos falar disso aqui. Muita gente já fez essas perguntas e já obteve boa parte das respostas.

O fato é que sabemos que estamos num buraco cujo fundo ainda não conseguimos enxergar. Só não sabemos ainda como lidar com isso. Tomar pé da situação é um bom começo.

Breve análise de perspectivas

Podemos, assim, enumerar as perspectivas:

1) Conformarmo-nos e aceitar nosso destino degradante. Isso significa entregar nossas vidas e, pior, nossa liberdade, aos predadores, sem resistência – nesse caso, foi bom ter convivido com vocês: me encontrarei com alguns de vós no paredão;

2) Continuar denunciando, reclamando e rezando para que uma hora a coisa se reverta como que

por intervenção divina, só que Ele não vai fazer isso por um motivo muito simples: “Ajuda-te que Eu te ajudarei”, lembram?;

3) Resta-nos combater essa doença com as mesmas armas. Enumerarei isso mais adiante.

Dessa maneira, vamos tentar esboçar uma ideia de como criar a consciência do dever de combater esse quadro, que já passou há muito do estágio do alarmante e adentra, glorioso, o estágio do perigo iminente. A catástrofe está logo ali. Se quiserem um exemplo, basta olhar para a Argentina. Ainda que Macri não seja propriamente um conservador puro-sangue, sua eleição foi uma das primeiras reações do campo conservador no continente, e sem dúvida a primeira realmente importante. Em escala mundial, foi seguida pelo fenomenal ressurgimento de algo que podemos chamar, no mínimo, de anti-esquerda: Brexit no Reino Unido, crescimento da direita francesa, eleição de Trump nos EUA, Viktor Orban e todos os líderes do Leste Europeu, Matteo Salvini na Itália, Sebastian Kurz na Áustria, reeleição de Netanyahu em Israel, Boris Johnson no Reino Unido, e o fenômeno Bolsonaro aqui na terrinha.

Evidentemente o Foro de São Paulo, que está contido no movimento de esquerda globalista, tinha que fazer alguma coisa,

tão logo entendesse qual foi o caminhão que o atropelou. Isso posto, na Argentina, ficaram quatro anos desconstruindo a imagem de Macri, que cometeu o erro de não ser suficientemente austero e de tentar algum tipo de convivência com a bandidagem que o antecedeu e que colocou o país naquela situação infernal. Resultado: se não foi o caso de uma mega-armação eleitoral, a massa, manobrável como sempre, tanto pelo bolso quanto pelo estômago, trouxe de volta para resolver o problema os mesmos que o criaram. É isso que está acontecendo aqui, ou alguém já se esqueceu de todas as tentativas de desconstrução da imagem de Bolsonaro?

Mas novamente me perdi em devaneios. Voltando ao foco.

O que fazer, então?

A esquerda age na *praxis*, e age nas sombras. Sempre agiu. É de sua natureza sub-reptícia ter dois discursos, um para as cabeças pensantes e outro para agradar à militância, até porque, se dissessem a que vieram, bem poucos comprariam seu peixe. Assim, a mentira é a norma, inclusive internamente, e a criação de inimigos imaginários é a forma.

Entendemos que nos últimos, no mínimo, 40 anos, eles vêm cumprindo as orientações de Antonio Gramsci e se

infiltraram em todo e qualquer canto (fizeram isso na Argentina também, e foi utilíssimo). Onde quer que houvesse um espaço, ali estaria um militante ou membro de alguma agremiação solidária à causa pronto a ocupar o lugar.

Muito bem: façamos o mesmo. Lancemos candidatos que tenham estômago e disposição para a briga, sabendo que enfrentarão quem mal sabe do que está falando, mas tem o discurso pronto na ponta da língua, cheio de respostas-padrão para perguntas determinadas, ou raciocínios circulares para perguntas inesperadas.

Evidentemente existem diferenças, não se pode pedir que conservadores usem da mentira, nem que ocupem postos temporariamente sem muita importância, especialmente agora que a coisa é urgente, e principalmente porque estamos falando em fazer isso abertamente, não sub-repticiamente – até porque não temos o que esconder.

Portanto, façamos o mesmo, só que abertamente. Apoiemos todos os candidatos que defendam o armamento e o direito de defesa da população. Que defendam a faxina geral na educação, no Judiciário, na imprensa. Que defendam o direito do indivíduo e não de coletivos – isso inclui não patrocinar eventos de coletivos, como paradas *gays*, marcha da maconha,

whatever – nem mesmo de iniciativa conservadora – quem quer se manifestar, que se manifeste, mas o faça com verbas próprias; isso não tem absolutamente *nada a ver* com preconceitos de qualquer natureza, mas com o bom tratamento da coisa pública. Que defendam que criança tem que ser protegida e não usada como objeto de experiência social. Que defendam a família e os valores civilizacionais.

Que defendam que artistas produzam o que o mercado quer consumir, como qualquer outro produtor do que quer que seja, ou calem a boca. Que defendam a iniciativa privada e *cada vez menos participação do Estado*. Que se portem e demonstrem coragem e discernimento para quais batalhas valem a pena e quais não valem.

E que não sejam puristas a ponto de devolver verbas não utilizadas, que voltarão para os comandos das casas em que atuam, mas usem todas as verbas disponíveis destinadas a seus gabinetes na contratação de quem também pensa assim, gente que propagará essas ideias que o candidato defende e programas e/ou eventos que prestigiem esses valores.

E sobretudo que não se comportem como portadores de ideias velhas, obtusas, mas sim de ideias perenes, permanentes, universais – isso inclui até a vestimenta.

Mais, e tão importante quanto: apoiar e incentivar candidaturas viáveis às reitorias das universidades, nos mesmos moldes dos apoios a candidaturas políticas.

Finalmente, rejeitar a mídia *mainstream*.

Pode parecer lógico o que estou falando? Pelo nosso histórico, não é tanto. Mas não custa tentar.

Este periódico foi impresso em Brasília, em novembro de 2020,
pela Gráfica FullGraph.

O papel do miolo é o Off-Set 75g, e o da capa é o Duo Design
250g.

Visite o site da Revista do MPM: <https://revista.mpm.mp.br/>

Siga a Revista do MPM no Twitter: @revistampm